



ANO 5 - NÚMERO 2 - MAIO - AGOSTO 2020

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

ANO 5 - NÚMERO 2 - MAIO-AGOSTO 2020



EXPEDIENTE

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR.

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná Diretoria OAB/PR – Gestão 2019-2021

Cássio Lisandro Telles (Presidente)
Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)
Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)
Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)
Henrique Gaede (Tesoureiro)
Alexandre Salomão (Diretor de Prerrogativas)

Escola Superior de Advocacia

Adriana D'Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)
Marília Pedroso Xavier (Coord. de Direito Privado da ESA-PR)
Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Adriana D'Avila Oliveira
William Soares Pugliese

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva
Carlos Eduardo Manfredini Hapner
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Claudionor Siqueira Benite
Daniel Ferreira
Eduardo Talamini
Fernando Previdi Motta
Graciela I. Marins

João Bosco Lee
José Affonso Dallegrave Neto
Leila Cuellar
Lucia Maria Beloni Correa Dias
Marilena I. Winter
Rafael Munhoz de Mello
Rogéria Dotti
Sandro Gilbert Martins

Editor:

Maria Isabel M. Ritzmann (Bebel Ritzmann)

Produção: NCA - COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

Conheça nossa editora: www.livroslegais.com.br

Selo editorial

**Projeto Gráfico e edição:** Roberto Costa Guiraud – Designer**Revisão:** Próprios autores**Diagramação:** Equipe Edição por Demanda

Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná Escola Superior de Advocacia

Endereço postal:

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú
80.540-340 – Curitiba - Paraná

**Distribuição: GRATUITA**

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Avila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.5, n.2 (maio-ago. 2020) -- Curitiba: OABPR, 2020. 260 p. ; 20,5 cm.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Oliveira, Adriana D'Avila. IV. Pugliese, William Soares.

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

ÍNDICE

PALAVRA DO PRESIDENTE	7
APRESENTAÇÃO	9
DOCTRINA	11
AUDIÊNCIAS VIRTUAIS CÍVEIS: SOLUÇÃO OU RETROCESSO?	
Graciela I. Marins	13
A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19	
Rafael Junior Soares e Lucas Andrey Battini	43
MOMENTO DE PANDEMIA: OS IMPACTOS E AS CONSEQUÊNCIAS DOS ATOS DO GESTOR PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS E DEVERES DOS BRASILEIROS A FIM DE BUSCAR A MAXIMIZAÇÃO DA FELICIDADE A PARTIR DA TEORIA DE JEREMY BENTHAM	
Andressa de Liz Sampaio	67
ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO	
Thiago Simões Pessoa	93
VINCULAÇÃO DA PROPOSTA DE COLABORAÇÃO PREMIADA ACEITA	
Rodrigo Castor de Mattos	133
SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS ADVOGADOS ASSOCIADOS	
Anderson Angelo Vianna da Costa	159

DA NECESSIDADE DE UNIFORMIZAR PROCEDIMENTOS NO FUNCIONAMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS – ENUNCIADOS FONAJE OU APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC	
José Carlos Madalozzo Junior _ _ _ _ _	183
APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EM LIDES DE CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO	
Weyne Cassou Pietniczka e Fernanda Schaefer Rivabem _ _ _ _ _	207
O ABUSO DO PODER NO DIREITO ELEITORAL	
Josafá Antonio Lemes _ _ _ _ _	241

PALAVRA DO PRESIDENTE

REVOLUÇÃO NA ADVOCACIA

A Escola Superior da Advocacia da OAB-PR continua seu trabalho exemplar de promover a pesquisa e difundir o conhecimento dos estudos jurídicos à classe da advocacia e aos demais operadores da ciência do Direito.

Nesse volume, encontramos estudos, que reputo históricos, contemplando a atividade da advocacia nos tempos de pandemia. São dois artigos falando da arte de advogar no meio virtual e um terceiro, abordando o comportamento da administração pública nesse período.

Creio que daqui há 10 anos, quem manusear esse volume terá uma noção do quanto a advocacia foi impactada, num espaço de 60 dias. Em 20 de março de 2020, nos deparamos com a determinação de isolamento social e, por 15 dias, ficamos todos reclusos em nossas casas. Em maio, os prazos voltaram a fluir e, no caso do Paraná, em junho já estávamos com as sessões virtuais ocorrendo nos Tribunais. Uma revolução, que exigiu da advocacia rápida adaptação.

E as transformações continuam: as audiências de custódia virtuais agora mesmo estão sendo analisadas pelo CNJ. Há um dilema: fazer pelo meio virtual, para assegurar o direito do acusado à celeridade, ou somente admitir isso pelo modo presencial, para garantir a confiança de que o cidadão que está do outro lado da câmera não esteja sofrendo qualquer constrangimento.

A advocacia paranaense está se adaptando rapidamente às novas realidades e, felizmente, o Paraná, por ter um processo eletrônico consolidado na Justiça Estadual, do Trabalho e Federal, está conseguindo manter a prestação jurisdicional em atividade.

A revista, ainda, cuida de temas variados, desde a delação premiada, até a questão da contribuição previdenciária dos advogados associados. O alcance dos enunciados do FONAJE (que por vezes superam até o que está dito nas leis), a prova no processo coletivo e o uso de mediação e arbitragem para solucionar conflitos na locação urbana, são outros temas apresentados pelos estudiosos do direito que abrilhantam esse volume.

Uma excelente fonte de ensinamento e consultas para o nosso dia a dia. Um volume, que mais uma vez espelha a excelente qualidade da inteligência da advocacia paranaense.

Boa leitura.

Cássio Lisandro Telles
Presidente da OAB Paraná

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

APRESENTAÇÃO

O presente número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR é marcado pela superação e pelo compromisso – características que foram a base do trabalho de toda a OAB/PR ao longo do ano de 2020. Com toda a advocacia “em casa”, por força da necessária prevenção à COVID-19, não foram poucos os desafios a serem superados. O momento, porém, não é de revisitar o passado recente, mas de seguir adiante.

Fica o convite para a leitura do presente número da Revista, cujo compromisso sempre reiterado é o aprimoramento cultural da classe jurídica, oferecendo conteúdo de livre acesso para a constante atualização dos advogados e para o uso profissional destes.

Por fim, registramos um agradecimento mais do que especial a todos os autores, à Diretoria da OAB-PR, a seus Conselheiros, aos membros do Conselho Editorial da Revista e aos colaboradores da ESA-PR. Mais do que nunca, este número é resultado do comprometimento e do trabalho de todos..

Adriana D’Avila Oliveira
William Soares Pugliese



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



DOCTRINA

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

AUDIÊNCIAS VIRTUAIS CÍVEIS: SOLUÇÃO OU RETROCESSO?

Graciela I. Marins¹

Resumo: O artigo analisa a viabilidade ou não da realização virtual das audiências de conciliação e/ou mediação, bem como das audiências de instrução, como alternativa à não paralisação do trâmite processual, em razão da Pandemia - Covid 19.

Palavras-chave: Audiências virtuais. Conciliação. Mediação. Instrução.

1. A PANDEMIA CORONAVÍRUS - COVID 19

A pandemia mundial intitulada de Coronavírus - Covid 19 alterou o modo de vida de todos, incluindo a forma da prestação jurisdicional. O receio de transmissão do vírus, a necessidade do isolamento físico, a restrição nos transportes (aéreo, marítimo e terrestre), bem como todos os

¹ Advogada. Mestre e Doutora em Processo Civil. Conselheira Federal da OAB/PR.

cuidados decorrentes do risco da doença, trouxeram uma nova realidade aos profissionais do Direito.

Quem imaginaria não poder sair de casa, deslocar-se ao seu escritório, ter audiências com os magistrados, fazer sustentação oral, realizar audiências etc.? A nova realidade assustou. O risco de paralisação total era iminente e, por consequência, de grave declínio econômico.

Em face da situação de calamidade pública, e das inúmeras dificuldades para evitar a paralisação do trâmite processual, surgiram alternativas. E uma dessas alternativas foi a realização das chamadas audiências virtuais, ou seja, realizadas por meios eletrônicos.

2. RESOLUÇÕES DO CNJ

2.1 Foram diversas as resoluções do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários durante a pandemia.

A Resolução nº 313, de 19.03.2020, foi a primeira e estabeleceu, até 30 de abril de 2020, no principal:

- suspensão dos prazos processuais;
- suspensão do trabalho presencial dos magistrados, servidores, estagiários e colaboradores das unidades judiciárias;
- atendimento às partes, advogados e interessados de forma remota pelos meios tecnológicos disponíveis;

- a possibilidade de os Tribunais disciplinarem o trabalho remoto dos magistrados, servidores e colaboradores.

Ou seja, com essa Resolução houve uma paralisação quase total dos trabalhos no Poder Judiciário, mantido apenas um plantão extraordinário.

2.2 A Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020, prorrogou o prazo de vigência da anterior Resolução nº 313, com as seguintes modificações, no principal:

- os processos judiciais e administrativos em todos os graus de jurisdição, que tramitavam em meio eletrônico, tiveram os prazos processuais retomados, a partir de 04.05.20, vedada a designação de atos presenciais;
- apenas os atos que não pudessem ser praticados por meio eletrônico ou virtual, **por impossibilidade técnica ou prática, devidamente justificada nos autos**, deveriam ser adiados por decisão fundamentada;
- as sessões virtuais de julgamento nos tribunais poderiam ser realizadas tanto em processos físicos, como eletrônicos;
- os Tribunais deveriam disciplinar o trabalho remoto dos magistrados, servidores e colaboradores para a realização de todos os atos processuais virtualmente (art. 6º);

- para a realização dos atos virtuais por videoconferência assegurou-se a utilização da plataforma Cisco Webex, disponibilizada pelo CNJ;
- para a realização das audiências em primeiro grau de jurisdição por videoconferência deveriam ser consideradas as dificuldades de intimação das partes e testemunhas, realizando-se somente quando possível a participação e vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores pelo comparecimento das partes e testemunhas (art. 6º, §3º).

Essa Resolução trouxe a orientação para a retomada do andamento dos processos eletrônicos. Foi a linha norteadora para os trabalhos virtuais.

2.3 A Resolução nº 318 trouxe principalmente a previsão de suspensão automática dos prazos processuais em caso de “medidas sanitárias restritivas à livre locomoção de pessoas (lockdown)” (art. 2º), bem como a possibilidade de requerimento pelos Tribunais, ao Conselho Nacional de Justiça, de suspensão dos prazos processuais (art. 3º).

2.4 E, por fim, a Resolução nº 322, de 1º.06.20, que prevê a possibilidade de retomada dos serviços jurisdicionais presenciais de forma gradual e sistematizada, a critério do respectivo Tribunal, a partir de 15.06.2020.

No entanto, trouxe previsão específica quanto à manutenção, preferencialmente, do atendimento virtual, na forma das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (art. 2º, §4º).

E ainda, a necessidade dos Tribunais prestarem informações à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, quanto às retomadas do trabalho presencial (art. 8º). O Conselho Nacional de Justiça, “manterá em sua página da internet quadros e painel eletrônico contendo dados necessários para que todos os interessados tenham conhecimento do regime em vigor em cada um dos tribunais do país durante o período da pandemia” (art.9º).

Como se nota, houve relevante preocupação pelo Conselho Nacional de Justiça para evitar a paralisação das atividades do Poder Judiciário, com providências eficazes em meio à pandemia.

3. UTILIZAÇÃO DE MEIOS TECNOLÓGICOS: PERMISSÃO NO CPC/15

3.1 A ideia da utilização da tecnologia em prol da atividade jurisdicional já veio prevista no Código de Processo Civil de 2015 e desenvolve-se cada vez mais. Como bem apontam LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI:

“As leis processuais têm progressivamente ampliado a admissibilidade da prática de atos por meio eletrônico. Não é exagero dizer que se passou de uma ‘tolerância’ ao uso pontual de novos recursos tecnológicos para uma postura de claro incentivo à informatização generalizada do processo”.²

² Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1, 16ª ed, p. 486;

A utilização da tecnologia no processo jurisdicional, como se diz em expressão popular “é um caminho sem volta”.

O art. 236, §3^o, do CPC, prevê de forma genérica a possibilidade de realização dos atos processuais, quaisquer que sejam, por meio de “videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”. A autorização é ampla, portanto.

De outro lado, o estatuto processual também estabelece, no art. 194⁴, a necessária observância da publicidade, acesso e plena participação das partes e de seus procuradores nos atos realizados através dos meios tecnológicos.

O Código de Processo Civil permite, portanto, independentemente da situação de pandemia, a realização de qualquer ato processual, por meio eletrônico.

3.2 No art. 334, §7^o O CPC de 2015 prevê especificamente a possibilidade das audiências de conciliação ou mediação por meio eletrônico.

3 “Art. 236, §3^o: Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.

4 “Art. 194. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções”.

5 “Art. 334, §7^o: A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”

Assim, além da previsão genérica do art. 236, §3º, o Código realça no art. 334, §7º a plena possibilidade da audiência de conciliação e/ou mediação pela via eletrônica. Ao que parece, pretende reforçar a ideia, especificamente em relação a essa audiência preliminar.

3.3 Também o art. 385, §3º⁶ do CPC prevê a possibilidade do depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo, por “videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.

O costume para a tomada dos depoimentos pessoais por via eletrônica era o seguinte: a parte que reside em cidade diversa daquela onde tramita o processo, desloca-se ao fórum de sua cidade, e lá é tomado o seu depoimento pelo juiz que preside o processo, via sistema eletrônico.

Assim, a parte ficava sob a “vigilância” de um funcionário do Cartório da cidade onde reside, e respondia às questões feitas pelo juiz e advogados do processo em que tramitava o litígio. Ou seja, o depoimento era tomado da sede do Poder Judiciário da cidade do depoente, não de sua casa, por exemplo.

⁶ “Art. 385, §3º: O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento”

3.4 Da mesma forma o art. 453, §1º do CPC7 prevê a possibilidade da ouvida das testemunhas por meio eletrônico. Como bem aponta TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER [et. al]:

“A principal crítica que se faz à medida é de que, ao adotá-la, o juiz deixaria de manter o contato direto com a parte ou a testemunha, tão importante para a concretização do princípio da oralidade, pois lhe possibilita a percepção imediata das reações do depoente, e com isso a avaliação mais segura da credibilidade das informações prestadas.

A videoconferência, porém, não priva o juiz da causa desse contato direto e pessoal. Irá privá-lo da proximidade física, o que é irrelevante, e já não acontece quando o depoimento é colhido por meio de carta precatória”⁸.

O costume, como se apontou em relação ao depoimento da parte, é a testemunha dirigir-se ao Fórum da cidade onde reside, e de lá ser inquirida.

Fala-se em costume porque o Código de Processo Civil não restringe a ouvida da parte e das testemunhas no local da sede do Poder Judiciário, apenas permite, expressamente, a possibilidade dos atos processuais por meio eletrônico.

⁷ “Art. 453, §1º: A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento”.

⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil : artigo por artigo*, p. 738;

4. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

4.1 O objetivo da audiência

Uma das várias inovações albergadas pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a previsão das audiências de conciliação e mediação ainda na fase postulatória do processo.

O objetivo é nobre: possibilitar a resolução consensual do litígio, ainda na fase inicial, por autonomia das próprias partes, seguindo a diretriz exposta nos §2º do art. 3º do CPC⁹.

Percebe-se, também, a clara importância outorgada pelo Código a essa audiência preliminar, pois o ato não se realizará somente se **ambas as partes**, expressamente, manifestarem desinteresse ou se o litígio não admitir autocomposição¹⁰. E ainda: a ausência de comparecimento de alguma das partes será considerado ato atentatório à dignidade da justiça e ensejará a aplicação de multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa¹¹.

9 “Art. 3º, §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

10 “Art. 334, §4º: A audiência não será realizada: I – se ambas as partes, manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição”.

11 Art. 334, §8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em

Percebe-se, com clareza, a intenção do CPC de tornar essa audiência preliminar **quase que obrigatória**, lembrando sempre, no entanto, que a lei nº 13.140/15, prevê expressamente, no seu art. 2º, §2º a não obrigatoriedade das partes em permanecer em procedimento de mediação¹².

4.2 A obrigatoriedade ou não da sua realização

4.2.1 Nesse viés, surge a seguinte problemática: em caso de dificuldade na realização presencial ou virtual dessa audiência, o processo poderá ter andamento? Essa audiência preliminar é ato essencial a ser realizado somente na fase postulatória do procedimento? Há nulidade do processo se a audiência não for realizada? É razoável suspender o andamento do feito, somente para possibilitar a efetivação dessa audiência?

São questões muito relevantes, que merecem atenção.

Não há obrigatoriedade na realização da audiência de conciliação e mediação. É perfeitamente aceitável a citação para o requerido contestar o feito diretamente, sem a realização da audiência preliminar, em razão das restrições decorrentes do período de pandemia ou por qualquer outra justificativa razoável como, por exemplo, a extensa pauta de audiências. O que se exige, sempre, é a respectiva razão plausível para a não realização do ato. Se for possível, deve ser realizada.

favo da União ou do Estado”.

12 “Art. 2º, §2º. Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

A audiência preliminar não é ato essencial do procedimento, como a citação, por exemplo. Tanto não é essencial que o próprio CPC permite sua dispensa se houver manifestação expressa de ambas as partes pela sua não realização. Por isso o seu cancelamento ou postergação não macula o procedimento, desde que justificadamente.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a inexistência de obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação e/ou mediação, bem como a ausência de nulidade do processo nesse caso¹³.

4.2.2 De outro lado, o próprio CPC prevê no art. 139, V, a possibilidade da tentativa de conciliação ou mediação a qualquer tempo¹⁴. Por que impedir, então a regular tramitação do processo, somente pela impossibilidade de realização da audiência preliminar, ou seja, na fase postulatória do processo judicial?

A resolução dos conflitos pelos métodos consensuais é bem-vinda e merece total atenção do Poder Judiciário.

13 “Agravo interno. Agravo em recurso especial. Indenização por danos morais. Cumprimento de sentença. Revisão do valor da indenização. Coisa julgada. Designação de audiência conciliatória. Não obrigatoriedade. Ausência de impugnação a fundamento do acórdão recorrido. (...). 3. A falta de realização de audiência de conciliação não é causa de nulidade do processo. Precedentes...” (STJ – 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, AgInt no AREsp 1406270/SP, DJe 26.02.2020).

14 “Art. 139, V: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – promover, a qualquer tempo a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

No entanto, não podemos deixar de ressaltar também a valorização pelo Código de Processo Civil, do princípio da razoável duração do processo, previsto nos arts. 4º¹⁵ e 6º¹⁶. A suspensão do processo jurisdicional por longo período de tempo, somente pela impossibilidade de realização da audiência de conciliação e mediação, não atende ao princípio da razoável duração do processo, efetividade da jurisdição, eficiência. A tão propalada morosidade do Poder Judiciário vem sendo combatida há largo espaço de tempo, com inúmeras providências para tentar resolver o problema. Não se pode, agora, sob a pauta da necessidade da audiência de conciliação e/ou mediação, prolongar demasiadamente o trâmite dos processos jurisdicionais.

Já há largo espaço de tempo se fala em “processo civil de resultados”, como tão bem pontua CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da ideia do processo civil de resultados. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo”¹⁷.

15 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

16 “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

17 Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 108.

Como se ressaltou, a conciliação pode ser tentada a qualquer tempo. E mais: as partes, por seus advogados, ou por elas próprias, podem ter a iniciativa da conciliação ou mediação, independentemente do ato judicial. Aliás, a experiência demonstra que o advogado é o partícipe mais eficiente para a tentativa do acordo, que pode ser feita a qualquer tempo.

Não se justifica, assim, sob todas as luzes, elevar a realização da audiência preliminar de tentativa de conciliação e/ou mediação a um dogma que impede a plena eficácia do processo jurisdicional. Um dos princípios mais relevantes dos dias atuais é o da razoabilidade, previsto no art. 8º do CPC¹⁸. Assim, permitir a postergação por demasiado tempo só pela impossibilidade de realização da audiência preliminar, não atende à razoabilidade.

4.3 A realização por meio virtual

Além da não obrigatoriedade da audiência de conciliação e/ou mediação, nada impede que seja realizada por meio eletrônico. Essa prática surgiu como meio de não paralisação dos processos judiciais, em face da restrição aos atos presenciais pela pandemia Covid 19, e parece ter sido bem recebida.

Os benefícios de realização da audiência de conciliação e/ou mediação virtual são consideráveis: - relevante economia; - facilidade para as partes que residem em cidades diversas ou

¹⁸ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

em locais distantes; - viabilidade para os partícipes que tem dificuldade de locomoção; - otimização do tempo de todos os participantes; - maior segurança, pois não há deslocamento e contato pessoal.

É claro que, por vezes, o contato pessoal pode ser mais eficaz para a realização do acordo. Mas, de outro lado, também pode prejudicar, pois esse contato presencial por vezes estimula o litígio. O meio virtual é mais impessoal e pode vir a ser uma boa alternativa.

Também merece realce o fato de que muitas vezes se desloca toda a máquina do Poder Judiciário, bem como os advogados e as partes, apenas para “figurar” uma tentativa de acordo e cumprir “tabela”.

A verdade é clara: quando uma das partes quer o acordo, nada há que impeça as tratativas.

4.4 O procedimento da audiência virtual

4.4.1 O procedimento não oferece maiores dificuldades para aqueles acostumados ao ambiente virtual.

O conciliador/mediador envia as instruções por e-mail ou qualquer outro meio indicado pelas partes, com o link que será utilização para a realização da audiência. O Conselho Nacional de Justiça, em face da pandemia Covid 19, disponibilizou a plataforma Cisco Webex (art. 6º, §2º da Resolução 314) a todos os Tribunais do país. Essa é a plataforma mais usual, mas nada impede que qualquer outra possa ser utilizada, ou ainda outros meios virtuais, até mesmo whatsapp, e-mails etc.

No Juizado Especial de Pequenas Causas no Paraná foi criado o Fórum Virtual de Conciliação. Trata-se de ferramenta interessante, que atende à efetividade do processo jurisdicional.

É claro que a realização da audiência exige que os partícipes tenham um computador, ou até mesmo um celular, com internet funcionando e saibam acessar o link da reunião. No entanto, isso não é um obstáculo, pois não se cogita de advogado que não possua computador para o exercício de seu trabalho. Mas se houver essa dificuldade, o advogado poderá servir-se das salas das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, que mantém computadores para acesso dos advogados. A maior dificuldade talvez ocorra em razão da internet que, em algumas regiões, não apresenta bom sinal. Nesses casos, justificadamente, a audiência poderá ser redesignada ou postergada.

O acesso ao link e o modo de participar da reunião é de fácil compreensão. E as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, por vezes prestam assistências aos advogados para realizarem o teste prévio de realização dessas audiências virtuais. A Ordem dos Advogados do Brasil – Secção Paraná, disponibiliza aos advogados a realização desse teste, desde a data em que as audiências virtuais passaram a ser previstas.

4.4.2 Nas audiências de conciliação e mediação, por meio virtual, o conciliador/mediador estará em sua residência ou em qualquer outro lugar, assim como os advogados e partes, cada qual no lugar que achar mais conveniente.

Nada impede que as partes participem da audiência estando no escritório do seu advogado. No entanto, não

pode haver obrigatoriedade quanto a isso, pois em razão dos cuidados decorrentes da pandemia Covid 19, a aglomeração de pessoas é proibida. Se, no entanto, houver estrutura para que as partes estejam no escritório, com a distância necessária, bem como os meios eletrônicos necessários e for da vontade de todos, as partes poderão realizar essas audiências do escritório dos seus patronos. Ou até mesmo de qualquer outro lugar, que julgarem conveniente.

4.4.3 Nos termos do art. 166 do CPC19 a audiência de conciliação e mediação deve observar os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Nesse viés, vale a pergunta: a realização virtual permite a observância desses princípios?

Entre os princípios pontuados, a confidencialidade merece destaque quando se trata da realização virtual. Haveria maior risco à confidencialidade das audiências, se realizadas virtualmente?

O risco sempre existiu, tanto nas audiências presenciais e existirá também nas virtuais.

Afinal, quem impede que qualquer um esteja com seu celular em modo gravação nas audiências? Ou com qualquer

19 “Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

outro meio de gravação, imperceptível à primeira vista?

No entanto, nas virtuais, a facilidade parece ser um pouco maior, pois o ambiente é aquele escolhido pelos próprios participantes, facilitando, assim, a violação da confidencialidade. Mas não é por isso que a audiência não se realizará.

O conciliador/mediador, no início de cada ato, deverá esclarecer a todos os participantes quanto à necessidade do sigilo, bem como alertá-los das consequências jurídicas.

Ora, o Código de Processo Civil também outorga grande realce aos princípios da boa-fé²⁰ e cooperação²¹. Se houver a violação, o responsável responderá pela sua conduta.

4.4.4 Ao final da audiência o conciliador/mediador fará a ata com o resultado frutífero ou não, submeterá à concordância das partes e anexará ao processo o vídeo e áudio apenas com a parte da concordância com os termos do ato. As tratativas para o acordo são acobertadas pelo sigilo.

É importante a conclusão da ata na própria sessão de conciliação/mediação em que houve o acordo. Postergar a redação dos termos acordados poderá inviabilizar o acordo, ou dar ensejo a tumulto processual.

20 “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa fé”.

21 “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

4.5 A possibilidade da apresentação da contestação antes da audiência de conciliação

Outro ponto que merece destaque em tempos de restrição dos atos presenciais pela pandemia Covid 19 é a possibilidade da apresentação da contestação antes da audiência de conciliação/mediação. Explica-se.

Nos termos do art. 335 do CPC²² o prazo para apresentação da contestação, no procedimento comum, é de 15 (quinze) dias úteis, contados somente a partir da última sessão da audiência de conciliação/mediação infrutífera.

A ideia do Código, como já se ressaltou, é estimular a composição no início do litígio, na fase postulatória do processo. Daí a previsão do prazo para contestar apenas após essa tentativa de acordo.

No entanto, não se trata de um imperativo processual. A apresentação da contestação pode ser feita antes da audiência preliminar. Nos termos do §4º, do art. 218 do CPC²³, não há mais óbice legal à realização do ato processual antes do início do seu prazo.

22 “Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo será a data: I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, §4º, inciso I; III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos”.

23 “Art. 218 , §4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

Nessa perspectiva, pode surgir a pergunta: qual réu terá interesse em “agilizar” o processo? Ora, em muitos casos há esse interesse da parte ré. Basta pensar nas ações de família, em que se discute divórcio, dissolução de união estável, guarda de filho, partilha de bens, separação de corpos, arrolamento de bens etc. Até mesmo nas ações de alimentos, há interesse em agilizar o feito, para estabelecer o pleno contraditório e tentar reduzir a pensão fixada, por exemplo.

Também nas ações de dissolução societária, declaratórias das mais variadas espécies, rescisões de contrato etc.

Nas ações de cobrança, indenizatórias, ou seja, naquelas que tem por objeto suposto direito de crédito é que se imagina o interesse da parte requerida em postergar o andamento do feito. No entanto, não são poucos os casos em que o réu não tem a obrigação pleiteada da inicial, com pleno interesse em estabelecer suas razões o quanto antes.

Em grande parte dos casos, há interesse do réu em não permitir a suspensão do feito por largo espaço de tempo. E a apresentação da contestação, antes do início do prazo, é uma dessas formas.

5 AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO VIRTUAL

5.1 As dificuldades

Como já mencionado no item 3 supra, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a realização de qualquer ato processual por meio eletrônico. Especificamente em relação

à audiência de instrução e julgamento, o art. 385, §3º do CPC²⁴ permite o depoimento pessoal da parte que residir em comarca diversa, por videoconferência ou qualquer outro recurso tecnológico²⁵. Da mesma forma o art. 453, §1º do CPC²⁶ dispõe sobre a possibilidade da ouvida das testemunhas por meio eletrônico e o §2º do art. 461, acerca da realização da acareação das testemunhas por videoconferência²⁷.

Nesse viés, não haveria, então, qualquer impedimento para a realização das audiências de instrução e julgamento por meios eletrônicos, na previsão do estatuto processual.

24 “Art. 385. §3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento”.

25 Como bem aponta CASSIO SCARPINELLA BUENO: “A segunda regra está no §3º do art. 385. Trata-se de importante inovação, que passa a admitir expressamente a colheita do depoimento pessoal por meio de videoconferência ou recurso tecnológico equivalente, inclusive durante a audiência de instrução e julgamento. A disponibilização de tais meios pelo Poder Judiciário é garantida pelo §2º do art. 453, que, a despeito de estar localizado na prova testemunhal, não tem o condão de limitar o meio de prova a ser produzido pelos avanços tecnológicos” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 242).

26 “Art. 453, §1º: A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento”.

27 “Art. 461. §2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.

É importante pontuar, no entanto, que a ouvida por videoconferência permitida pelos artigos citados, quando a parte residisse em outra comarca ocorria, em regra, no fórum onde cada parte ou testemunha reside. A prática, antes da pandemia Covid 19, era assim. Ou seja, haveria um certo controle, pois a ouvida da parte ou da testemunha ocorria sob a supervisão do Poder Judiciário. Atualmente, em plena pandemia Covid 19, a questão é se essa ouvida pode ocorrer por meios eletrônicos fora da estrutura do Poder Judiciário, por exemplo, cada qual em sua casa ou seu escritório profissional, no caso dos advogados.

A esse respeito merecem realce as bem lançadas palavras de FREDIE DIDIER JR. [et. al.):

“A inquirição à distância, nos termos do §1º do art. 453, é uma alternativa à expedição de carta precatória ou de ordem para inquirição presencial. O seu objetivo é justamente o de desburocratizar o procedimento, em atenção ao princípio da eficiência. Por isso, deve ser priorizada. A testemunha pode estar na sua própria residência, numa lan house, na sede de outro juízo, no prédio da OAB – qualquer lugar, enfim, em que possa conectar-se, por internet, com o juízo da causa. A oitiva pode ser feita por qualquer meio idôneo de geração de áudio e vídeo em tempo real – inclusive por Skype e FaceTime”²⁸.

Não há, assim, impedimento para a realização das audiências de instrução e julgamento por meio eletrônico.

No entanto, algumas dificuldades podem surgir, considerando o objetivo dessa audiência de produção da prova

²⁸ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 245.

oral, com a colheita dos depoimentos pessoais das partes e ouvida de testemunhas e que causam certa resistência à sua permissão virtual.

5.2 A incomunicabilidade das testemunhas

Nos termos dos arts. 385, §2^o²⁹ e 456 do CPC³⁰ as partes e testemunhas são ouvidas separadamente, em regra primeiro as do autor e depois as do réu, para que uma não ouça o depoimento das outras. O objetivo, portanto, é extrair a verdade dos fatos, sem que uma testemunha seja influenciada pelo testemunho da outra.

No entanto, há exceções trazidas pelo próprio Código a essa regra, como a ouvida de testemunhas por carta precatória, em produção antecipada de prova, em razão do adiamento do término da audiência³¹, que ocorrem em momentos diferentes e permitem, em hipótese, o acesso das demais testemunhas aos seus depoimentos.

29 “Art. 385. §2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte”.

30 “Art. 456 O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras”.

31 “De toda sorte, há situações que podem autorizar, por exemplo, a interrupção da audiência e sua continuação em outro dia. Nada impede que as partes, mediante convenção, resolvam interromper a audiência que já teve início (art. 190), ou que a audiência seja interrompida para continuar em nova data quando não puderem comparecer, por motivo justificado, as partes, as testemunhas, o perito ou o assistente técnico. É evidente que a audiência também pode ser interrompida, e devidamente transferida, quando o adiantado da hora assim o recomendar” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. 2, p. 247).

Essa exigência de incomunicabilidade seria, para alguns, um impedimento à realização virtual das audiências de instrução e julgamento, pois nada impediria que uma testemunha ouvisse o depoimento de outra estando, por exemplo, na mesma sala de um dos participantes da audiência. Ou ainda, mediante ouvida de gravação de algum dos testemunhos.

Esse risco efetivamente existe. E talvez seja maior do que o risco nas audiências presenciais que também existe, pois a gravação pode ser feita tanto na audiência virtual quanto na presencial. A facilidade da gravação nas virtuais, talvez seja efetivamente maior, mas não parece servir para impedir a realização virtual dessa audiência.

O risco de comunicação entre testemunhas existe sempre, mesmo fora do ambiente judicial e antes da audiência. Não são poucas as vezes em que se presenciam depoimentos de testemunhas de uma das partes adredemente convergentes, destoando, no entanto, do restante do contexto probatório dos autos. E isso sem qualquer violação aparente à incomunicabilidade entre as testemunhas.

Mas esse risco não pode servir para impedir a realização virtual da audiência de instrução. Basta uma atenção um pouco maior pelo julgador e pelos advogados, para que esse perigo diminua. E ainda: se houver problemas aparentes, nada impede que o juiz determine a ouvida de alguma das testemunhas presencialmente.

5.3 A falta de naturalidade nos depoimentos

O art. 387 do CPC³² proíbe que a parte no seu depoimento, utilize-se de “escritos anteriormente preparados”. Quanto ao objetivo dessa regra, bem apontam EDUARDO CAMBI[et. al]:

“É permitido que o depoente se valha de breves notas para se lembrar de certos fatos, mas não pode levar escrito nem ler seu depoimento. Isso para não tornar o depoimento um ato mecânico, garantir a sua espontaneidade e assegurar o princípio da oralidade (NCP, art. 387)”³³.

A hipótese da perda de espontaneidade em um testemunho virtual é maior nas audiências virtuais. Pode haver escritos facilmente consultados pelos depoentes, sem que o juiz, ou os advogados percebam. Imaginem um teleprompter com as respostas a serem dadas pela testemunha. Mas para julgadores e advogados experientes, a falta de espontaneidade é perceptível. Daí porque esse risco também não pode impedir a realização da audiência virtual de instrução.

5.4 A viabilidade da audiência virtual de instrução e julgamento

Se o próprio CPC permite a ouvida do depoimento das

32 “Art. 387. A parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos”.

33 CAMBI, Eduardo....

partes e das testemunhas por videoconferência, por que não permitir a audiência de instrução virtual?

Ora, nas bem lançadas palavras LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA e CAIO CÉSAR BUENO SCHINEMANN, em artigo publicado, recentemente, no Conjur³⁴:

“A jurisdição se destina a garantir a pacificação social por meio de uma tutela jurisdicional adequada, célere e tempestiva. Não se pode dar à garantia da autenticidade dos depoimentos e oitivas a relevância cogitada. Ainda mais quando essa primazia se coloca em contraposição aos fins da jurisdição – especialmente quando impede o avanço do processo. Em um contexto de pandemia, com isolamento social sem data para acabar, tratar a autenticidade absoluta como dogma intransponível é incogitável”.

Não se justifica a paralisação do processo, apenas pela impossibilidade de realização presencial da audiência de instrução.

5.5 As Resoluções do CNJ e o decreto 400/2020 do Tribunal de Justiça do Paraná

5.5.1 A Resolução nº 322 do Conselho Nacional de Justiça, prevê, genericamente, a realização das audiências virtualmente, por videoconferência, sempre que possível³⁵. Ou seja, refere-se tanto às audiências de

³⁴ <https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/direito-civil-atual-audiencia-instrucao-virtual-epidemia>

³⁵ “Art. 5º Para a retomada dos trabalhos presenciais durante a primeira

conciliação e/ou mediação, bem como quanto às de instrução.

Em caso de impossibilidade, sugere a realização de forma mista, semipresencial.

5.5.2 O Tribunal de Justiça do Paraná, em agosto de 2020, editou o decreto nº 400 estabelecendo “regras para a realização de audiências em primeiro e segundo grau de jurisdição durante o período em que perdurar o estado de calamidade pública”.

E estabeleceu em seu art. 2º, §2º³⁶, a possibilidade da realização das audiências de instrução, de modo virtual, mas, aparentemente, **exigindo o consenso das partes para utilização desse meio**. É louvável a preocupação com a incomunicabilidade entre as testemunhas, mas esse cuidado não pode transformar-se em dogma que impeça a regular tramitação do processo jurisdicional. A exigência do consenso para utilização do meio virtual para as audiências de instrução, é exagero.

etapa, serão observadas as seguintes medidas: IV – as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência, preferencialmente pelo sistema Webex/Cisco disponibilizado por este Conselho, possibilitando-se que o fato seja efetivado de forma mista, com a presença de algumas pessoas no local e participação virtual de outras que tenham condições para tanto, observando-se o disposto no artigo 18 da Resolução CNJ nº 185/2017”.

36 “Art. 2º. As audiências serão virtuais independentemente da natureza do processo, respeitadas as peculiaridades de cada procedimento e de cada ato processual previsto em lei. §2º. Caso não exista consenso entre as partes, o risco de eventual violação da incomunicabilidade entre testemunhas, ou entre elas e as partes, enquadra-se como impossibilidade prática para a realização da audiência virtual de instrução, que, se apontada por quaisquer dos envolvidos, implicará adiamento do ato pelo magistrado mediante decisão fundamentada”.

Não se sabe quanto tempo irá durar a pandemia Covid-19. A restrição aos atos presenciais poderá ainda persistir por longo período de tempo. Impedir a realização de qualquer ato processual pelo meio virtual, poderá implicar em graves prejuízos aos jurisdicionados.

6. CONCLUSÃO

O processo eletrônico, implementado pela lei 11.419/2006, já é uma realidade no Brasil. Em alguns Estados em maior proporção, em outros em menor, mas não se nega que é o caminho a ser seguido. A adaptação foi difícil no início, mas hoje ninguém nega as suas inúmeras vantagens.

A utilização dos meios tecnológicos em favor de um processo jurisdicional que atenda aos princípios da razoável duração do tempo, da eficiência, da efetividade, da razoabilidade, é imprescindível. A pandemia Covid 19 apenas acelerou um processo que já vinha ocorrendo.

As audiências virtuais não se configuram como solução para todos os males do processo jurisdicional. Também não demonstram ser um retrocesso jurisdicional. Configuram-se sim como necessidade, que apenas foi acelerada pela pandemia Covid 19 e não mais deixará de existir. Os profissionais do Direito precisam conformar-se com essa realidade e cooperar para o regular trâmite do processo jurisdicional. Nas palavras de RUI BARBOSA “a luz e as trevas são os dois extremos, entre os quais existem todas as cores”³⁷.

³⁷ Migalhas de Ruyi Barbosa, vol. I, 120.

7. REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier [et. al], 1ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA, Rui. *Migalhas de Rui Barbosa*, vol. I, 1ª ed., São Paulo : Migalhas, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Procedimento Comum*, Processos nos Tribunais e Recursos, vol. 2, 8ª ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

CAMBI, Eduardo [et. al], *Curso de processo civil completo*, 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters, 2019, p. 747.

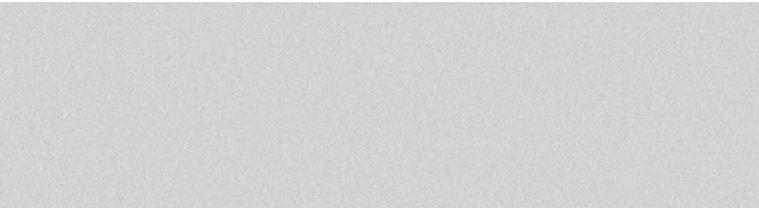
DIDIER JR., FREDIE [et. al]. *Curso de Direito Processual Civil : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 10ª ed., Salvador : Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Malheiros Editores : São Paulo, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz, Mitidiero, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande, SCHINEMANN, Caio César Bueno, *Audiência de instrução em tempos de epidemia*, <https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/direito-civil-atual-audiencia-instrucao-virtual-epidemia>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 16^a ed. Reformulada e ampliada de acordo com Novo CPC – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

Rafael Junior Soares¹
Lucas Andrey Battini²

Resumo: O presente artigo examina a audiência de custódia como instrumento importante na fiscalização de maus tratos e abusos cometidos pelas autoridades públicas. Ademais, há que se destacar a importância do instituto no controle da

1 *Mestrando em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. Advogado criminalista. E-mail: rafael@advocaciabittar.adv.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>.*

2 *Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Advogado criminalista. E-mail: battini@advocaciambli.adv.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/801135897234941>.*

legalidade das prisões cautelares. Por sua vez, com o advento da COVID-19, houve uma série de adaptações do sistema de justiça criminal, dentre elas a sugestão da realização de audiência de custódia por meio de videoconferência. Diante disso, por meio de método hipotético dedutivo e baseando em ampla pesquisa bibliográfica, demonstrar-se-á a impossibilidade de realização do referido ato processual por meio de videoconferência, sob pena de frustração dos próprios objetivos da audiência de custódia.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Videoconferência. COVID-19.

1. INTRODUÇÃO

A audiência de custódia consolidou-se no país como importante instrumento no controle da legalidade das prisões cautelares e na fiscalização de eventuais maus tratos e abusos cometidos pelas autoridades públicas.

No entanto, após o advento da COVID-19, foram adotadas diversas medidas excepcionais visando evitar ou minorar a propagação da doença no âmbito do sistema de justiça criminal, inclusive com a suspensão das audiências de custódia por certo período, conforme determinação do Conselho Nacional de Justiça.

Com o objetivo de superar a não realização dos atos processuais, bem como assegurar a celeridade processual, surgiram propostas pelos Tribunais pátrios de efetivação da audiência de custódia por meio de videoconferência.

Neste contexto, o presente artigo propõe o exame da importância da audiência de custódia à luz das suas finalidades,

além de situá-la no contexto da pandemia da COVID-19, como forma de se compreender melhor os desafios impostos pela doença na concretização de direitos e garantias fundamentais.

Por fim, analisa-se a impossibilidade de se produzir a audiência de custódia utilizando-se da tecnologia da videoconferência, sob pena de se frustrarem os próprios objetivos delineados pelo instituto, desvirtuando-se os propósitos estabelecidos pelos tratados internacionais que asseguram o encaminhamento do custodiado à imediata presença do juiz.

2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A audiência de custódia recebeu tal definição por meio de criação doutrinária, muito embora existam outras definições como audiência de garantia, proteção e apresentação. No Brasil, a terminologia “audiência de custódia” ganhou notoriedade e foi adotada, inclusive, pelas normas administrativas e legais.³

O instituto representa o ato judicial pré-processual que assegura a garantia que todo cidadão preso em flagrante (ou outra prisão provisória) tem em face do Estado de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária competente para a aferição da legalidade de sua prisão.⁴

³ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1049.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. *A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 16, n. 67, p. 155-178, out./dez.. 2017.

Os objetivos delineados podem ser descritos como resguardar integridade física e psíquica do preso, prevenir tortura dos agentes estatais⁵ e, por fim, o controle da legalidade das prisões⁶. Trata-se de importante instituto que permite ao juiz obter maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação da prática criminosa, oferecendo, com isso, significativa qualidade no ato decisório se comparado com a mera leitura da peça processual.⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, inexistia qualquer previsão legal tratando da audiência de custódia. Afirmava-se, contudo, que alguns dispositivos da legislação ordinária teriam correlação com a intenção do mecanismo processual, como, por exemplo, o art. 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989 e art. 656, do Código de Processo Penal, que dispõem sobre a possibilidade de encaminhamento do preso à autoridade judicial no caso, respectivamente, de prisão temporária e exame de *habeas corpus*.⁸

5 Em estudo específico sobre a atuação da polícia, verificou-se a existência de violência estrutural, que em regra é ignorada pelas autoridades competentes na sua apuração. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada: relatório: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2017. 23 p., 32 cm.

6 LOPES JR., Aury. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Revista Liberdades, nº. 17, setembro/dezembro de 2014, p. 11.

7 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. *O difícil caminho da audiência de custódia*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-difícil-caminho-da-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 14 jul.2020.

8 MAIS, Carlo Velho. *A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento*. Revista dos Tribunais. Vol. 960/2015, Out -2015, p. 77-120.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto 592/1992, estipula em seu art. 9.3 o seguinte:⁹

9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

Já a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, com entrada em vigor por meio do Decreto 678/1992, em seu art. 7.5., assegura a mesma garantia fundamental ao cidadão:¹⁰

Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo

Tais direitos moldam o sistema penal e processual penal do Estado Democrático de Direito, na medida em que consagram como direito individual inerente à condição humana, a

9 MONTEIRO NETO, Figueiredo. *A audiência de custódia e sua incapacidade de contenção do poder punitivo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 277-314, fev. 2019.

10 *Ibidem*.

apresentação do custodiado à autoridade judicial para verificação de necessidade e legalidade da prisão.¹¹

Na sequência, especificamente ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 213, a qual fixou a audiência de custódia em todo o país:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrantedelito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

O marco legislativo é importante porque estabeleceu a obrigatoriedade de realização do ato processual em todo o país, oferecendo maior dimensão e segurança jurídica às audiências de custódia. Não obstante, no julgamento da medida cautelar da ADPF 347, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional¹², definiu-se que os juízes e tribunais estariam

11 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 11-13

12 O Supremo Tribunal Federal ao assumir o protagonismo que extrapola suas funções, vez que interferiu em políticas públicas e escolhas orçamentárias, declarou haver no âmbito do sistema prisional brasileiro o estado de coisas inconstitucional, admitindo a presença dos pressupostos de admissibilidade da referida intervenção, quais sejam: a) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação e c) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades. COSTA, Anderson Silva da. *Audiências de custódia: garantismo ou simbolismo?* 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019,

obrigados a realizarem, em até noventa dias, as audiências de custódia, a fim de viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judicial.¹³

É importante frisar que o argumento quanto à ausência de lei foi superado pelo Supremo Tribunal Federal em razão da natureza supralegal da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁴, de modo que seria despicinda a previsão específica em determinado diploma interno, porquanto o tratado internacional supriria a ausência de dispositivo específico.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos possui experiência em relação ao assunto, vez que definiu

p. 94-95.

- 13 *CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO (...) Estão obrigados juizes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).*
- 14 O Supremo Tribunal Federal, ao examinar prisão civil do depositário infiel, entendeu que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009).

alguns contornos acerca do ato processual: a) o simples conhecimento judicial sobre a detenção é insuficiente, impondo-se a exibição física do custado ao magistrado¹⁵; b) a apresentação ao juiz somente após cinco dias é desarrazoada; c) entendimento de que deve ser autoridade judicial e não, por exemplo, o representante do Ministério Público.¹⁶

A Lei 13.964/19 (Lei Anticrime) inseriu dispositivos que abordam o tema audiência de custódia na perspectiva de sua obrigatoriedade e consequências acerca da não realização pelo juiz (arts. 3º-B¹⁷, II, 287, 310, § § 3º 4º), evidenciando que o instituto foi, finalmente, incorporado na legislação processual

-
- 15 CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *A audiência de custódia como instrumento de persecução criminal menos abusiva e garantia individual protetiva*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 14, n. 80, p. 22-45, out./nov.. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=141498. Acesso em: 14 jul. 2020.
- 16 VITAGLIANO, Daniella; SOUZA, Ricardo André de. *Audiência de custódia por videoconferência: incompatibilidade à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos*. In: Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública Geral. Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR: Rio de Janeiro, 2018, 240-243. Para conhecer melhor os precedentes ver: PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2 ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.
- 17 A Lei Anticrime inseriu o juiz de garantias no Código de Processo Penal, que seria responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e proteção dos direitos fundamentais sujeitos à reserva de jurisdição. Uma de suas atribuições seria a condução da audiência de custódia. Apesar do avanço legislativo, o Min. Luiz Fux suspendeu o a implantação do juiz de garantias e a liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24, conforme decisão monocrática proferida na ADI 6.298/DF. Sobre o tema ver: MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 94-95.

penal, em face da importância que representa no contexto atual das prisões cautelares.

Finalmente, a audiência de custódia constitui um marco legal buscando frustrar eventuais prisões que violem circunstâncias normais de sua realização, sobretudo aquelas pautadas em atos de tortura ou coação. Contudo, não se pode ignorar a finalidade do mecanismo favorecer o controle de prisões ilegais e arbitrárias, pois, ainda que não seja capaz de evitá-las por completo, a audiência de custódia possibilita o manejo de um complexo de atos de resistência contra as prisões de natureza cautelar.

3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO CONTROLE DE PRISÕES ILEGAIS E DESNECESSÁRIAS

A audiência de custódia não só possibilita o conhecimento, pelo magistrado, daquelas prisões que tiveram em seu entorno práticas abusivas como tortura física ou psicológica, mas também atende ao controle de custódias ilegais e desnecessárias.

Ou seja, viabiliza-se a transposição do magistrado de seu gabinete do papel frio para a forma presencial, de modo que ali deliberará sobre a detenção. Ao preso, a seu turno, transparece, com essa conferência, a expectativa de que a autoridade que tem poder de decidir sobre seu destino (soltura ou encarceramento) o ouvirá, o reconhecerá como sujeito de

direitos e avaliará sua situação jurídica de fato¹⁸.

Sob esse viés, ultrapassa o diagnóstico sobre abusos relatados pelo custodiado, criando a oportunidade do operador do direito imiscuir-se na análise dos requisitos da custódia cautelar dispostos nos arts. 310, 311 e 312 do Código de Processo Penal, podendo relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória ou convertê-la em prisão preventiva.

A audiência de custódia, no que toca à oitiva do suspeito/ indiciado, presta-se a humanizar o contato entre a autoridade judicial e aquele que está sujeito à persecução penal, dando vigor, cor, cheiro e tato na confrontação entre esses dois sujeitos processuais, que deixa de ser virtual, via papel e cartório, para ser pessoal¹⁹.

Um dos impeditivos do atendimento desta finalidade é a cláusula de contenção argumentativa, a qual funciona como obstáculo da análise da cautelaridade da prisão pela não antecipação do mérito, ou ainda, de que a avaliação, pela autoridade policial, foi exauriente no sentido de justificar uma medida odiosa.

Por razões de recorte metodológico não se presta o presente trabalho à discussão sobre os motivos lançados pelo magistrado ao rechaçar a liberdade provisória durante audiência de custódia. Ocorre que, situação problemática surge quando este não se propõe a fazê-la, restringindo o ato ao exame de abusos ou maus tratos das autoridades públicas.

18 FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. *Audiência de custódia e seus (in) sucessos* – breves críticas a seus descompassos práticos. Revista Liberdades. Ed. 24, julho/dezembro de 2017, p. 80.

19 *Ibidem*.

Em tais casos, a resistência de uma prisão que se tem como desnecessária pode ser atravancada com o próprio depoimento pessoal do custodiado, porquanto uma manifestação lida não gera o mesmo impacto que uma manifestação presencial.

Com isso, a pessoalidade da ingerência da autoridade judicial sobre a vida do preso durante a análise do auto de prisão em flagrante é uma das facetas teleológicas da audiência de custódia, que enfrenta cotidianamente constantes ameaças e resistências²⁰.

Tal revés é digno de nota a partir de caso prático²¹: decretada prisão preventiva do custodiado em 07 de janeiro de 2018, após debates em sede de audiência de custódia (ocorrida em 08 de janeiro de 2018), em que houve a percepção pessoal e presencial do magistrado sobre a desnecessidade de manutenção da custódia cautelar, proferiu-se a seguinte decisão:

Diante do que foi apurado por ocasião da audiência de custódia em relação ao acusado, assim como observando atentamente os argumentos expostos pelo Ministério Público no parecer lançado na sequência 20.1, revogo a prisão preventiva anteriormente aqui decretada somente em relação a ele, por entender ser recomendável no caso em particular a adoção desta medida, sem que isto implique no exame definitivo do tema.

20 *Ibidem*.

21 Autos nº. 0000015-95.2018.8.16.0137. Processo criminal de competência da Vara Criminal de Porecatu-PR.

No referido exemplo é de se mencionar que a presença física das partes no ato não só poupou o custodiado de permanecer com sua liberdade restrita por tempo indeterminado, como também influenciou sobremaneira no não oferecimento de peça acusatória contra o envolvido.

Com a presença física das partes no ato processual, venceu-se decisão anterior que tratou da prisão preventiva e, portanto, não se resumiu, o ato, na obstaculização da cláusula de contenção argumentativa. Do contrário, estar-se-ia diante de situação estranha, pelo fato de que o custodiado teria que suportar o cárcere, em seu desfavor, até eventual avaliação posterior, pelo Ministério Público.

Deste modo, estando as partes fisicamente no recinto para realização da audiência de custódia, esta cumpre com suas finalidades primordiais, que transcendem a mera análise de práticas de tortura e abusos pessoais, com o controle de prisões absolutamente desnecessárias.

4. A PANDEMIA DO COVID-19 E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou publicamente a situação de pandemia no tocante a COVID-19.²² O Brasil, já atento quanto ao avanço da doença, aprovou a Lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública de

22 Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 14 jul.2020.

importância internacional decorrente do coronavírus.

No dia 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62, dispondo sobre uma série de questões que buscavam, em especial, estabelecer procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação do novo coronavírus particularmente em espaços de confinamento, além de assegurar condições para a continuidade da prestação jurisdicional, preservando-se a saúde de magistrados, agentes públicos e pessoas custodiadas.

Ademais, no art. 8º definiu que as audiências de custódia poderiam não ser realizadas durante o período de restrição sanitária, autorizando-se que a pandemia de COVID-19 servisse como justificativa idônea. Por outro lado, no § 3º, do mesmo artigo, caso se mostrasse viável a realização das audiências de custódia, algumas medidas adicionais deveriam ser respeitadas, com o escopo de se identificar pessoas que possam estar contaminadas.

Além disso, por meio da Recomendação 68, incluiu-se o art. 8-A em 17 de junho de 2020, que ofereceu balizas aos Tribunais que optassem pela suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia, tendo em vista que a paralisação lhes obrigava a observar diretrizes como forma de minorar os prejuízos advindos da não realização da solenidade processual.

Mesmo assim, na esfera do Tribunal de Justiça de São Paulo, emitiu-se o Provimento nº. 2564/2020, art. 28²³, que

²³ Art. 28. A partir do dia 03 de agosto de 2020 (inclusive), na comarca da Capital, durante os dias úteis e Plantões Ordinários, as audiências de custódia serão realizadas por videoconferência, na forma dos Comunicados CG nº 284/2020 e 317/2020, mantida, no mais, a

autorizava a audiência de custódia por meio da tecnologia da videoconferência. Todavia, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo apresentou Reclamação visando suspender e anular o ato. Como o Conselho Nacional de Justiça criou a Recomendação 68, a questão acabou por ser dirimida.

5. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA

O emprego da videoconferência para concretização das audiências de custódia não é novo, mas é certo que ganhou espaço no contexto da pandemia causada pela COVID-19. As vozes favoráveis à sua realização há muito advogam que a tecnologia seria capaz de conferir celeridade, praticidade, eficiência segurança e redução de gastos em razão das escoltas.²⁴

Por outro lado, a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é firme quanto à apresentação pessoal do preso. Todavia, deve-se destacar que ainda não houve o exame de forma direta sobre a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência.²⁵

Acrescente-se o fato de que atualmente a redação do

sistemática estabelecida pela Resolução OE nº 740/16 e pelo art. 406-A do Tomo I das Normas de Serviço da Corregedoria Geral.

24 FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. *Audiência de custódia e seus (in) sucessos – breves críticas a seus descompassos práticos*. Revista Liberdades. Ed. 24, julho/dezembro de 2017, p. 86.

25 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 63.

art. 310 do Código de Processo Penal assegure que “após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia *com a presença do acusado*”, existindo, enfim, dispositivo bastante específico acerca da necessidade de comparecimento pessoal.

No âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, buscou-se a realização das audiências de custódia mediante o uso da videoconferência, o que foi refutado pelo Ministro Dias Toffoli, por entender que a “transmissão de som e imagem não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona”.²⁶

O Tribunal de Justiça do Paraná lançou o Decreto Judiciário 172/2020 assentindo com a realização das audiências de custódia por videoconferência até a normalização da crise sanitária (art. 6º, § 1º).

Assim, no conflito de competência nº. 168.522/PR²⁷, a Ministra Laurita Vaz asseverou que a audiência de custódia deveria ser concretizada no local da prisão do agente, eis que a realização mediante videoconferência destoa da essência do instituto que é aferir de forma presencial se houve respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa.

Finalmente, o Conselho Nacional de Justiça aprovou Resolução que delimita critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por meio de videoconferência,

²⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proibe-audiencias-custodia-videoconferencia>. Acesso em: 14 jul.2020.

²⁷ CC 168.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019.

sobrevindo expressamente no art. 19 a proibição da audiência de custódia por meio da referida tecnologia: “É vedada a realização por videoconferência das audiências de custódia, previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015”.

Na mesma esteira, o Ministro Dias Toffoli assentou que a audiência de custódia “por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão”.

Merece atenção o fato de que o Brasil tem causado preocupação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela falta de investigação e acompanhamento das denúncias de maus tratos e tortura durante a detenção e que foram narradas nas audiências de custódia.²⁸ Isso significa que eventual adoção do ato processual por meio de videoconferência teria o condão de enfraquecer ainda mais a fiscalização relativa aos maus tratos a abusos constantemente narrados às autoridades.

6. A ATUAL RESOLUÇÃO 329/2020 QUE PROÍBE A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA

Cabe mencionar, ainda, a Resolução nº. 329/2020 do Conselho Nacional de Justiça, publicada no dia 30 de julho de

²⁸ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 14 jul.2020.

2020, a qual se alinha à proposta do presente ensaio.

A Resolução busca parametrizar a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Definiu-se que o uso de videoconferência só será inviabilizado mediante impossibilidade técnica ou instrumental de participação por algum dos envolvidos, oportunidade em que é vedado ao magistrado aplicar qualquer penalidade a defesa, caso isso ocorra.

Todavia, o que chama atenção é que, ainda que o ato por meio eletrônico seja postura considerada adequada diante do quadro mundial de emergência, em que a regra é sua utilização e a exceção só será permitida diante de incapacidades técnicas, quanto à audiência de custódia, a dita resolução prevê, especificamente, em seu art. 19 que *“é vedada a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015”*.

A proposta de resolução é oriunda de Grupo de Trabalho (Portaria CNJ nº 58/2020) coordenado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, que teve como objetivo a emissão de pareceres sobre a realização de videoconferências com apresentação de propostas contidas na resolução final.

Por maioria dos votos, no âmbito do processo nº 0004117-63.2020.2.00.0000 do Conselho Nacional de Justiça, restou decidido pela impossibilidade da realização de videoconferência para as audiências de custódia, o que foi capitulado no art. 19 da resolução 329/2020.

Na oportunidade, quando do voto do Ministro Dias Toffoli, houve a apresentação das razões²⁹ pelas quais se considera como inviável a realização do ato por videoconferência, dentre elas, o fato de que o ato por meio eletrônico, além de não permitir o exercício das finalidades da audiência de custódia, não se equipara como um molde de apresentação de um preso, imediatamente, ao magistrado.

29 Conclui-se, com efeito, que sistema de videoconferência vai de encontro à essência do instituto da audiência de custódia, que tem por objetivo não apenas aferir a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, mas também verificar a ocorrência de tortura e maus-tratos. Conforme expressamente destacado nas considerações iniciais da Resolução CNJ nº 213/2015, “a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”. Por tal razão, o uso de sistema de videoconferência na audiência de custódia foi vedado no âmbito do CNJ, na Reclamação para Garantia das Decisões nº 0008866-60.2019.2.00.0000 e no Procedimento de Controle Administrativo nº 0000930- 47.2020.2.00.0000, havendo, também, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da inviabilidade do uso da referida ferramenta (CC 168.522/PR). Por força dessas circunstâncias e em face da persistência das restrições sanitárias a trazer dificuldades para manter a realização de atos processuais presenciais, entende-se que a Recomendação CNJ 62 houve por bem indicar o melhor caminho de também suspender as audiências de custódia. A propósito, depreende-se da Recomendação CNJ 62 uma série de exigências e obrigações adicionais que o CNJ impôs aos juízes de todo o país como contrapartida para a convalidação de autos de prisão em flagrante. Em outras palavras, audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equipará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão, standarte, por sinal, bem definido por esse próprio Conselho Nacional de Justiça quando fez aplicar em todo o país as disposições do Pacto de São José da Costa Rica.

Optou-se, portanto, pela suspensão das audiências de custódia por videoconferência em razão do desvirtuamento absoluto das finalidades do ato, pois, em consonância com a abordagem trazida no presente trabalho, exige-se a presença física das partes e o contato magistrado-custodiado para que se possa assegurar o direito à integridade física e psicológica decorrentes de uma prisão.

Por fim, ao se mencionar como sendo um dos motivos da inviabilidade a finalidade da custódia em decidir sobre a manutenção da própria prisão, reverbera a posição tratada anteriormente em tópico precedente, no sentido de que é na audiência de custódia que se inicia a primeira resistência àque-las prisões que ultrapassam o limite da legalidade, em que a discussão sobre sua necessidade se sobrepõe a qualquer outro aspecto formal.

7. CONCLUSÃO

Não se olvida da grave e emergencial situação que assola o mundo, em que medidas alternativas, nem sempre, propiciam a retomada de atos que, em situação de normalidade, teriam sua efetividade alavancada. Não se refuta, ainda, que a flexibilização de determinadas posturas tem seu mérito, principalmente por permitir a continuidade de atividades essenciais, como é o caso da prestação jurisdicional.

Entretanto, assim como a própria justiça detém uma finalidade ao entregar ao cidadão, ou ainda, à sociedade, a emanação da ordem legal amoldada ao caso concreto, seus atos também são possuidores de um aspecto teleológico, muitas vezes irrenunciável.

Um ato realizado com a dispensa de suas finalidades não é o mesmo que intentar propor um respeito exacerbado à formalidade. Muito pelo contrário, a formalidade é capaz de ditar as regras a fim de que a finalidade do ato judicial possa ser cumprida e efetivada. Um ato jurídico sem fins não possui, sequer, razão de existência.

É o caso da audiência de custódia. Importante para que possa o preso ter o primeiro contato com o magistrado competente; essencial para análise de práticas de tortura e violência contra a pessoa do custodiado e, não fosse suficiente, imprescindível para que o juiz tome o primeiro contato com prisões absolutamente ilegais e desnecessárias.

E nesse aspecto, a videoconferência, utilizada de forma amplamente valiosa em inúmeros outros atos judiciais, afasta a audiência de custódia de suas finalidades principais, porque estão calcadas na presença física das partes e seus contatos, o que verdadeiramente pouco se tem nos demais atos processuais, até mesmo em situações de normalidade.

A postura ora defendida se coaduna com o próprio entendimento do Poder Judiciário, no sentido de ser atual a resolução nº 329/2020 e, nas palavras do próprio Ministro Dias Toffoli, ao destacar que “*audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia*”.

O ato exige a presença física das partes, ao pressupor que o magistrado coíba qualquer tipo de ingerência autoritária e pautada na tortura quando da prisão do custodiado, isto é, medida que ultrapassa os limites do papel e se fixa na realização do contato magistrado-presos.

A audiência de custódia viabiliza um revés em prisões arbitrárias e que carecem de necessidade, concedendo-se

liberdade àqueles que só a teriam em momentos distantes e naqueles casos em que não se faz uso da cláusula de contenção argumentativa na qual o magistrado se exime em proceder à avaliação de necessidade de subsistência da cautelar odiosa.

No momento, é preciso compreender as finalidades da audiência de custódia para que se verifique a essencialidade da presença física das partes. Somente assim, quando se entenda que a audiência de custódia constitui irrefragável e primeira resistência contra atos autoritários, sejam eles oriundos de maus tratos, abusos ou prisões desnecessárias, poder-se-á, de fato, atender às previsões dos tratados internacionais e, da mesma forma, reforçar os objetivos propostos pelo importante instituto introduzido no país.

8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais [livro eletrônico]*. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada: relatório: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*. São Paulo: Conectas Direitos Humanos.

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *A audiência de custódia como instrumento de persecução criminal menos abusiva e garantia individual protetiva*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 14, n. 80, out./nov. 2017.

COSTA, Anderson Silva da. *Audiências de custódia: garantismo ou simbolismo?* 1 ed. São Paulo:Tirant Lo Blanch, 2019.

FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. *Audiência de custódia e seus (in) sucessos – breves críticas a seus descompassos práticos*. Revista Liberdades. Ed. 24, julho/dezembro de 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. *A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 16, n. 67. out./dez. 2017.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 14 jul.2020.

MAIS, Carlo Velho. *A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento*. Revista dos Tribunais. Vol. 960/2015, Out -2015.

MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MONTEIRO NETO, Figueiredo. *A audiência de custódia e sua incapacidade de contenção do poder punitivo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 152, fev. 2019.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. *O difícil caminho da audiência de custódia*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 14 jul.2020.

LOPES JR., Aury. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Revista *Liberdades*, nº. 17, setembro/dezembro de 2014.

VITAGLIANO, Daniella; SOUZA, Ricardo André de. *Audiência de custódia por videoconferência: incompatibilidade à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos*. In: *Rio de Janeiro (Estado)*. Defensoria Pública Geral. Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR: Rio de Janeiro, 2018.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

MOMENTO DE PANDEMIA: OS IMPACTOS E AS CONSEQUÊNCIAS DOS ATOS DO GESTOR PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS E DEVERES DOS BRASILEIROS A FIM DE BUSCAR A MAXIMIZAÇÃO DA FELICIDADE A PARTIR DA TEORIA DE JEREMY BENTHAM

Andressa de Liz Sampaio¹

Resumo: O momento atual do país é de cautela e merece seu respeito. A pandemia causada pelo vírus do COVID-19 se instalou no mundo todo e rapidamente ascendeu alerta a todos os países acerca de seu modo rápido de transmissão. Proveniente de Wuhan, na China, o Coronavírus, além de impactos na saúde, causa impactos econômicos e os atos dos chefes de Estado precisam ser cautelosos, de modo a equilibrar saúde e economia. Diante deste cenário, em janeiro de 2020, o Presidente da

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Especialista em Direito Processual Civil pelo UniCuritiba; Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP; Advogada. E-mail: andressasampaio.adv@gmail.com

República Federativa do Brasil se pronunciou nacionalmente acerca da negativa de intenção em permitir que brasileiros que estavam em Wuhan pudessem retornar ao Brasil, sob o argumento de que eles poderiam colocar em risco toda uma nação. Esse pronunciamento chamou atenção, pois relembra os limites éticos e morais acerca da melhor escolha a ser tomada, com o menor grau de consequências possíveis, como na doutrina utilitarista de Jeremy Bentham. Partindo dessa premissa é que se propõe o estudo no presente artigo, a fim de analisar as consequências práticas e econômicas da tomada de decisão do gestor público.

Palavras-chave: Utilitarismo; chefe de Estado; direitos individuais e coletivos; consequências econômicas e práticas; direitos constitucionais.

1. INTRODUÇÃO

Em 31 de dezembro de 2019 a Organização Mundial da Saúde lançou o primeiro alerta acerca de uma suposta pneumonia grave que estava acometendo moradores da Cidade de Wuhan, na China. Ainda não se sabia a origem daquela doença, tampouco se tinha informação acerca da gravidade da situação.

Em 9 janeiro de 2020 a Organização Mundial de Saúde informou que descobriu a origem da suposta pneumonia: tratava-se de um novo coronavírus advindo do mercado de peixes da Cidade de Wuhan², na China e causava morte semelhante à

² A questão da origem do vírus é controvertida, mas a maioria dos estudos publicados pela imprensa é de que adveio do mercado de peixes, podendo ser encontrado ainda informações como origem dos

Síndrome Respiratória Aguda, que matou inúmeras pessoas no passado.

Fato é que, ainda em 9 de janeiro de 2020 sobreveio a primeira morte, de um homem de 61 anos, que estava internado com a suposta pneumonia e veio a falecer com insuficiência respiratória.

Em 13 de janeiro foi anunciada a primeira morte pelo coronavírus fora da China, na Tailândia, de uma mulher que viajou para Wuhan e retornou ao país portando o vírus. Logo na segunda semana de janeiro, sobreveio a notícia de que haviam pelo menos outros 4 países com a notícia da doença: Japão, Coreia do Sul, Taiwan e Tailândia. Ou seja, rapidamente o vírus atingiu países fora da China, através de pessoas que regressaram aos seus países, advindos da cidade de Wuhan. Até então pouco se sabia da doença, mas já era fato que ela era de fácil contágio.

Diante desse cenário de caos que começou a se instalar por conta do novo COVID-19, assim batizado pela comunidade científica, brasileiros que estavam na cidade de Wuhan pediram repatriação ao Governo do Brasil por meio de vídeos, e o chefe do Poder Executivo respondeu: *“Pelo que parece, tem uma família na região lá onde o vírus está atuando. Não seria oportuno retirar de lá, com todo respeito. Pelo contrário. Não vamos colocar em risco nós aqui por uma família apenas. A gente espera que os dados da China sejam reais. [Que seja] Só isso de pessoas contaminadas. Se bem que é bastante. Mas a gente sabe que esses países são mais fechados no tocante a informações.”*³

morcegos, das feiras livres, etc.

3 Informação disponível no sítio eletrônico <https://veja.abril.com.br/>

A afirmação do Presidente da República causou reação imediata na comunidade brasileira, de modo que trouxe indagações sobre o custo do direito na garantia dos direitos fundamentais, além de questionamento em relação ao caráter utilitarista (ou não) do pronunciamento de um gestor público e sua tomada de decisão.

Sabe-se que as escolhas públicas têm custos econômicos atrelados, de modo que para decidir sobre algo é necessário considerar inúmeras variáveis e suas consequências. Entretanto, sobre o pronunciamento do Chefe do Executivo, o que deve ser considerado é a vida de brasileiros que não tinham como fazer a previsão do surgimento do novo coronavírus, *versus* o custo econômico para o país em um ato de repatriação inesperado.

Diante dessas premissas, e mediante a utilização do método hermenêutico analítico, o presente estudo busca estudar o princípio do utilitarismo e sua aplicabilidade diante das garantias constitucionais, utilizando-se da teoria de Jeremy Bentham. Ainda, perquirir sobre o custo atrelado à efetivação do direito frente ao mínimo existencial e a reserva do possível. E, por fim, analisar o efeito do princípio do utilitarismo diante do ato da repatriação, considerando-se os custos e a harmonização entre as garantias constitucionais dos cidadãos brasileiros.

Com isso, será necessário pensar nas consequências da tomada de decisão sobre a repatriação frente ao cenário atual brasileiro vivido em razão da pandemia do coronavírus, bem como na ideia de busca pela maximização da felicidade

e a rejeição do egoísmo pregado pelo princípio utilitarista de Jeremy Bentham, a partir do critério geral de moralidade.

No primeiro capítulo será apresentado o princípio do utilitarismo, sistematizado por Jeremy Bentham e estudado por outros doutrinadores a partir da visão inaugural de Bentham, que busca apresentá-lo a partir de uma visão moral da conduta humana em busca da felicidade individual e em conjunto, ou seja, de toda uma sociedade, a fim de garantir a máxima felicidade, rejeitando o egoísmo. Já no segundo capítulo, será tratado acerca dos custos do direito à repatriação e das escolhas públicas em torno das políticas públicas e econômicas do governo para que seja tomada uma decisão ou econômica e/ou social. Por fim, no terceiro capítulo, buscar-se-á apresentar as consequências práticas e econômicas de uma tomada de decisão em momento de pandemia e risco geral de uma nação, em detrimento da proteção de um grupo minoritário, como forma de expressão de poder/dever do gestor público.

O objetivo geral, portanto, é analisar a relação entre os estudos acerca do cenário brasileiro atual e o princípio do utilitarismo a partir dos seguintes aspectos: a) momento de pandemia; b) pronunciamento de chefe de Estado; c) direitos constitucionais fundamentais e d) consequências práticas e econômicas da tomada de decisão de gestor público.

2. O PRINCÍPIO DO UTILITARISMO E A DOUTRINA UTILITARISTA DE JEREMY BENTHAM E SEUS SEGUIDORES

Muitos filósofos se debruçaram sob a doutrina lançada por Jeremy Bentham acerca do princípio do utilitarismo, em

especial quando o estudo se volta à maximização da felicidade do indivíduo. Mas Bentham construiu sua doutrina utilitarista desprezando a ideia de direitos naturais, o que levou outros filósofos a analisarem o tema sob vieses distintos daqueles originalmente postos pelo criador da referida doutrina.

Originariamente, o utilitarismo busca explicar a felicidade através da razão e da lei, estabelecendo que uma ação pode ser aprovada ou desaprovada em razão da felicidade atrelada ao seu conteúdo, bem como uma medida de governo pode ser adequada para o propósito da fala, vejamos:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade.

(...)

Quando uma pessoa supõe que uma ação ou, em particular, uma medida de governo, está em conformidade com o princípio da utilidade, pode ser conveniente para as finalidades do discurso, imaginar uma espécie de lei ou ditado, denominado uma lei ou ditado de utilidade; conseqüentemente, poderá ser conveniente dizer que ação em pauta está em conformidade com tal lei ou ditado.⁴

Partindo dessa premissa, o autor em estudo faz uma

⁴ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Coleção Os Pensadores. Trad.: João Marcos Coelho, Pablo Rubén Mariconda. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

contra-posição ao utilitarismo apresentando o princípio do asceticismo⁵, ou seja, existem ações que diminuem a felicidade do sujeito e, deste modo, o princípio utilitarista é o único fundamento correto para justificar uma ação. Assim, a ação deve ser pautada na busca pela felicidade do sujeito individual ou mesmo da coletividade. Há uma obrigação moral pela felicidade e há dois fatores capazes de determinar aquilo que o homem é obrigado a fazer, quais sejam, dor e prazer.

A delimitação de dor e prazer está em fontes como a física, a moral, a política e a religiosa de modo que “aqueles que pertencem a qualquer uma dessas sanções, em última análise, não diferem especificamente daqueles que pertencem a qualquer uma das outras três: a única diferença existente entre eles reside nas circunstâncias que acompanham a sua produção”⁶, ou seja, pode advir uma fonte de dor ou de prazer através de uma calamidade, conforme denomina Bentham.

A calamidade, então, é tratada como imprudência da pessoa que, por sua vez, poderá sofrer um castigo mediante uma sanção física. A punição faz parte da ideia de maximização da felicidade individual ou coletiva, pois os atos praticados por um determinado indivíduo da sociedade podem ter consequências se ele não primar pela felicidade, ou seja, mais uma vez a intenção de Bentham é evitar a punição e maximizar a busca pela felicidade.

Na visão de Bentham a punição possui quatro elementos: ato, intenção, circunstâncias e consciência, sendo que a in-

⁵ De acordo com referido princípio a abstenção dos prazeres é o caminho para a perfeição e equilíbrio moral e espiritual.

⁶ Ibidem, p. 14.

tenção representa a vontade de praticar um ato juntamente com suas consequências, ao passo que as circunstâncias levam ao motivo (bom ou mau) e a disposição geral de praticar aquele ato.

Importa destacar que todo ato, individual ou coletivo, gera uma consequência e os motivos que levam à prática daquele ato são diversos, mas todos esses atos devem buscar a maximização da felicidade e a rejeição do egoísmo a partir de uma visão geral de moralidade. Viver é buscar a felicidade constantemente, sem dor e maximizando o prazer.

Importa trazer que essa doutrina utilitarista trouxe estudos de outros pensadores sobre ela, como John Stuart Mill e Michael Sandel.

Mill exprimiu a ideia central do utilitarismo explicando que “o credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade”.⁷

Para este autor, o utilitarismo deve ser tratado como uma doutrina mais humana e menos calculista, por assim dizer:

(...) ele não é de maneira alguma uma condição indispensável para a aceitação do padrão utilitarista, pois esse padrão não é a maior felicidade do próprio agente, mas o maior total de felicidade em termos globais e, embora seja possível duvidar que um carácter nobre seja

⁷ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Pedro Galvão. Portugal: Porto, 2005. p. 9.

sempre mais feliz devido à sua nobreza, não pode haver dúvida que ele torna as outras pessoas mais felizes e que o mundo em geral ganha imensamente com ele. Deste modo, o utilitarismo só pode atingir o seu fim através da cultura da nobreza de caráter – e isto seria verdade mesmo que cada indivíduo fosse beneficiado apenas pela nobreza dos outros, e a sua própria, no que diz respeito à felicidade, constituísse uma simples subtração do benefício. No entanto, a simples apresentação de uma abusividade como esta última torna a refutação supérflua.⁸

Em termos gerais, para Mill o utilitarismo é válido, mas não pode ser lido como única forma de encontro da felicidade, pois o objetivo é conciliar os direitos individuais com a filosofia utilitarista para que o indivíduo tenha liberdade absoluta. E cumpre também ao governo a garantia dessa liberdade ao indivíduo, já que nem sempre a conformidade com a maioria é a melhor forma de viver. Logo, a felicidade não pode ser uma redução da expressão em prazeres e dores, mas deve-se considerar um ideal moral de dignidade e personalidade humana independentemente da própria utilidade.

Já para Michael Sandel o utilitarismo ou a busca pela felicidade moral é uma avaliação quantitativa de vidas. Há uma relação de custos e benefícios que precisam ser adequados. Aliado a isso, o governo não pode deixar de pensar que suas atitudes refletem em impactos morais e políticos e que, nem sempre, referidas atitudes serão aceitas por todos como meio para se atingir a felicidade.

⁸ Ibidem, p. 52-53.

Além do mais, há custos em torno da promoção da felicidade, que podem incidir nas duas objeções a seguir expostas:

- a) A ideia de todos contra um. Para seguir a regra do utilitarismo é necessário que haja uma preponderância da vontade coletiva sobre a individual, ou seja, deve-se considerar que a coletividade tem interesse mais forte que a vontade individualizada de cada um que a compõe. Neste viés, considera-se que não é possível levar em conta cada um individualmente se esse um não se encaixar no perfil que a sociedade impõe como certo ou errado, de modo que se ele vier a ser distinto dos padrões da sociedade, ele está errado e não terá seus interesses atendidos;
- b) Valores como moeda monetária. Para Bentham os valores podem ser moeda de troca, ou seja, se um indivíduo pretende agregar valores à comunidade em que vive, é necessário pesa-los em uma balança e atribui-los como moeda de troca. Para Sandel, essa monetarização é um grande erro, na medida em que “que não é possível mensurar e comparar todos os valores e bens em uma única escala de medidas”.⁹

Logo, não é possível pensar em utilitarismo sem a manutenção do elo entre dignidade e custo de manutenção dessa dignidade, a fim de garantir a maximização da felicidade do indivíduo.

Nesse contexto, busca-se apontar que o princípio do utilitarismo está (ou deveria estar) presente nos atos próprios

⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. p. 47.

dos chefes de estado, pois cumpre a eles o dever de assegurar as garantias individuais e coletivas, conforme preconizam os artigos 1º e 5º da Constituição Federal de 1988.¹⁰

Mas além disso, não se pode olvidar que todos os direitos têm um custo e o reflexo desse custo recai sob os direitos individuais e coletivos. A grande questão incide, portanto, em qual é o custo da garantia dos direitos fundamentais a fim de assegurar a máxima felicidade dos indivíduos que compõem a sociedade. É o que se apresentará a seguir.

3. O CUSTO DOS DIREITOS PELO ESTADO E OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DAS GARANTIAS DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Com a análise do princípio do utilitarismo foi possível perceber que há busca pela maximização da felicidade, individual ou coletiva, desde que a felicidade seja

10 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

algo moralmente aceitável. Essa moralidade é discutida entre a doutrina de Bentham e seus seguidores, mas o ponto comum entre eles é que não é possível aceitar que um indivíduo não seja capaz de sentir dor e prazer, cada um nos seus respectivos limites.

Pois bem, acontece que, em um Estado de Direito, onde se retirou o estado natural, há intervenção estatal em todas as atitudes dos sujeitos que compõem determinada sociedade, de modo que até mesmo a busca pela maximização da felicidade pode ser atingida. Desta maneira, a intervenção estatal nem sempre prima pela concretização da felicidade individual, mas pode primar pela concretização da felicidade coletiva.

Os argumentos em torno dessa afirmação se pautam pelo fato de que há um custo para o asseguramento e manutenção dos direitos dos cidadãos e esse custo pode ser fator determinante para que o Estado de Direito opte por tomar determinadas medidas já que muitas vezes é colocado em questão os direitos individuais *versus* os direitos coletivos.

Para explicar todos esses apontamentos, há dois princípios que podem servir de base, quais sejam, o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial.

Sobre a reserva do possível, as considerações são inúmeras, mas aplica-se ao presente estudo as lições de Ingo Sarlet:

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres

públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.¹¹

Sob este viés, é possível perceber que a reserva do possível trata do poder de disposição financeira que o Estado

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. v.1, n. 1, out/dez. 2007. p. 171-213. p. 19.

tem para suportar o asseguramento de garantias individuais e coletivas, dentre os quais, os direitos sociais encontram-se listados (de primeira ou de segunda geração). Contudo, a doutrina entende que não é possível enquadrar a reserva do possível como direito fundamental, mas sim como meio de garantir direitos fundamentais, observado o custo e as possibilidades dessas garantias.

Mais uma vez, cumpre ressaltar a lição de Sarlet:

(...) não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.¹²

Portanto, ainda que hajam garantias a serem observadas pelo Estado aos cidadãos, há limites decorrentes das possibilidades financeiras que o Estado possui, especialmente quando há disposição orçamentária destinada à garantia de

12 Idem.

direitos fundamentais.¹³

Contudo, não se pode invocar este princípio para justificar omissões estatais quando há deveres que o Estado precisa cumprir, cabendo a ele a justificativa comprovada de impossibilidade de utilização ou destinação de recursos para cumprimento de garantias individuais ou coletivas.

A reserva do possível não pode servir como “desculpa” para a omissão Estatal, tampouco para negligenciamento de direitos constitucionais, ainda que os recursos sejam escassos e as necessidades sejam infinitas. É preciso haver ponderação. É preciso que haja razoabilidade nos casos em que se precisa destinar parte do orçamento para garantias que não se enquadram nos custos efetivos do Estado. Mas também é preciso saber distribuir o orçamento, sob pena de não conseguir resguardar o mínimo existencial para os indivíduos.¹⁴

13 SCHIER, Paulo Ricardo, ensina que “é a partir dos direitos fundamentais (pois são os direitos vinculados à proteção do homem) que se deve compreender uma Constituição. Esses é que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Estado de Direito, princípio da legalidade, separação dos poderes, técnicas de distribuição do poder no território e mecanismos de controle da Administração Pública, por exemplo, são instrumentos que giram em torno da proteção daqueles direitos fundamentais que, embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado, permaneceram como núcleo legitimador do Estado e do Direito, *in*: Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Pensar**. Revista de Ciências Jurídica. v. 12. n. 2. Fortaleza. 2007. p.164.

14 MASTROID, Josué; ALVES, Abner Duarte, ensinam que “a simples alegação de uma reserva do possível, sem apresentar elementos concretos a respeito de haver, de fato, impossibilidade material para a prestação de um direito, pode levar a uma aniquilação, pela via interpretativa, dos direitos sociais reconhecidos pela Constituição”, *in* Sobre a teoria dos custos do direito. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 2. Rio de Janeiro, 2016. p. 715.

Nestes casos, há que se considerar a máxima felicidade e as possibilidades de asseguramento de garantias pelo Estado, de modo que não haja conflitos entre deveres e obrigações, bem como para que haja estrita observância às normativas constitucionais, em que pese as decisões do Estado devam ser estritamente legais.

Para tanto, considerando a estrita ligação entre a garantia do mínimo existencial e a observância do limite da reserva do possível, é necessário que o agente público trabalhe de um modo onde consiga “maximizar recursos e minimizar impactos da reserva do possível”¹⁵.

Neste viés, e seguindo a linha proposta no presente estudo, é necessário compilar informações acerca do impacto econômico na tomada de decisão de um chefe de Estado quando decide pelo retorno de brasileiro ao país após a estadia no epicentro da transmissão de vírus altamente contagioso, de modo que, para além dos limites econômicos, é possível se ater às consequências práticas desta decisão, observada a busca pela maximização da felicidade.

4. A TOMADA DE DECISÃO DO GESTOR PÚBLICO E A BUSCA PELA MAXIMIZAÇÃO DA FELICIDADE: AS CONSEQUÊNCIAS E OS IMPACTOS FRENTE À UMA NAÇÃO

O pronunciamento do Senhor Presidente da República Federativa do Brasil, em janeiro de 2020, no início do caos

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit. p. 191.

que estava sendo instaurado em decorrência do Coronavírus, causou certa perplexidade aos brasileiros dotados do senso comum. Mas a perplexidade acerca de sua fala merece atenção sob os pontos de vista econômico e moral frente a atitude que seria ou não tomada naquele momento.

O momento era de instalação de uma epidemia advinda de um vírus altamente contagioso, onde não se registravam casos no Brasil da doença por ele provocada. Contudo, haviam brasileiros natos na cidade de Wuhan, na China, que precisam voltar para o Brasil, mas poderiam estar contaminados com o vírus do Coronavírus (cientificamente denominado de SARS-CoV-2 ou Síndrome Respiratória Aguda Grave), e, conseqüentemente, iniciar a chamada transmissão exportada e avançarem para a transmissão comunitária.

Pois bem, diante desse cenário de risco que o mundo se encontrava naquele momento, os brasileiros que estavam na China gravaram vídeos para pedir que o Brasil os autorizasse retorno ao país antes que fossem atingidos pelo vírus, e o pronunciamento do Presidente da República foi o seguinte:

Pelo que parece, tem uma família na região lá onde o vírus está atuando. Não seria oportuno retirar de lá, com todo respeito. Pelo contrário. **Não vamos colocar em risco nós aqui por uma família apenas.** A gente espera que os dados da China sejam reais. [Que seja] Só isso de pessoas contaminadas. Se bem que é bastante. Mas a gente sabe que esses países são mais fechados no tocante a informações.¹⁶ (grifado)

¹⁶ Informação disponível no sítio eletrônico <https://veja.abril.com.br/mundo/brasileiros-de-wuhan-pedem-auxilio-de-bolsonaro-para->

A frase, embora impactante e dotada de críticas, traz uma análise pontual acerca dos atos de gestão do chefe de Estado de um lado, *versus* direitos de brasileiros natos entrarem no país a qualquer tempo.

A Constituição Federal assegura que aos brasileiros natos é garantida a livre locomoção no país, podendo sair e ingressar nele a qualquer momento, nos termos do artigo 5º, inciso XV. O citado inciso trata da liberdade de ir e vir, estampado no artigo destinado às garantias fundamentais dos cidadãos. Logo, não há que se questionar acerca da possibilidade de receber os brasileiros da China novamente em seu país de origem.

A grande questão, e o que faz pensar acerca do conteúdo da frase que diz “*Não vamos colocar em risco nós aqui por uma família apenas*” é justamente a ligação com o princípio da utilidade de Jeremy Bentham.

Para Bentham, a felicidade consiste em um maior número de pessoas satisfeitas e que seguem a linha de condutas que são moralmente aceitas, sendo que há regras que determinam o que é certo e o que é errado, devendo o agente destinatário da regra agir conforme ela determina, de modo que a infringência àquela regra gera dor e, portanto, não maximiza a felicidade.

Neste viés, é possível perceber que, da frase em análise dita pelo Presidente da República, ele busca a maximização da felicidade de uma nação em detrimento de alguns brasileiros que estavam em situação de risco e, sua preocupação,

a princípio, era a de evitar trazer o vírus ao Brasil para não iniciar a transmissão em território nacional.

Há dois pontos que merecem especial atenção à essa sinergia entre o utilitarismo e a declaração dada pelo Presidente: a) o custo do direito; b) as consequências práticas em torno dos atos que podem ser tomados pelo chefe de Estado.

Segundo informações constantes no sítio eletrônico do Ministério da Defesa, o custo para repatriação dos brasileiros em Wuhan, na chamada Operação Repatriação Pátria Amada Brasil, era de 11,2 milhões de reais^{17 18}. Para este ato, o Presidente assinou a Medida Provisória n. 921 de 07 de fevereiro de 2020, destinando esse crédito extraordinário para sua realização¹⁹.

Ao que se nota, a análise econômica do direito é a relação perfeita com o utilitarismo de Bentham, pois milhões de vidas estavam em jogo em detrimento de trinta e quatro outras vidas brasileiras que buscavam asilo no país de origem, e a grande questão é quanto valem essas vidas para o Direito? Neste caso, para o Direito elas valeram estimados 11,2 milhões de reais. Mas todo direito tem um custo e isso não pode ser ignorado.

17 Informação constante no site: <http://www.fab.mil.br/operacaoregresso/>. Acesso em 29 de março de 2020.

18 Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/02/18/operacao-que-trouxe-repatriados-da-china-tem-orcamento-de-r-112-milhoes-diz-ministerio-da-defesa.ghtml>. Acesso em 29 de março de 2020.

19 Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-921-de-7-de-fevereiro-de-2020-242339925>. Acesso em 29 de março de 2020.

Alejandro Bugallo Alvarez define essa afirmação sob a análise econômica do direito, conforme abaixo:

Neste sentido a análise econômica do direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os efeitos destas na consecução de resultados eficientes. Uma teoria preditiva e explicativa é possível por dois motivos, em primeiro lugar, porque o direito influi no comportamento dos indivíduos e, em segundo lugar, porque esta influência é de natureza econômica. O direito influi nos comportamentos através de duas formas: pela primeira, fixa preços para determinadas condutas, porquanto responsabilidade e obrigação, é o preço de conduzir-se de determinada forma e, pela segunda, fixa o direito na media em que sanciona determinada estrutura de direitos, o que tem influência na eficiente alocação de recursos na sociedade²⁰

Segundo o referido autor, ao gestor dos gastos públicos há que se considerar a intensidade da participação do agente na atividade gestora da obrigação imposta por lei e, ainda, se cumprirá ou não com essa obrigação²¹.

20 ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**. PUC Rio. v. 9. n. 29 jul/dez 2006. p. 49-69. p. 56.

21 Sobre o tema, Alejandro Bugallo Alvarez escreve que "É possível distinguir dois tipos de decisões por parte dos agentes, sujeitos de obrigações legais: 1) uma decisão sobre a intensidade com que o agente participa na atividade geradora da obrigação legal e 2) a partir dessa participação o agente decide se cumprirá com sua obrigação ou não. Neste contexto, a proteção do direito impõe um preço às decisões dos agentes. A decisão de não cumprir uma obrigação resulta de uma

No caso da repatriação, ainda que a frase do Senhor Presidente fosse dotada de críticas pelo senso comum, há preocupação com o custo financeiro da operação e com dever enquanto chefe de Estado. Bem como existe preocupação com as consequências práticas em detrimento de uma nação.

Ora, de fato, até aquele momento sabia-se que o Coronavírus era altamente contagioso e estava se espalhando para o mundo todo, sendo que no Brasil não haviam registros de casos. Seguindo a linha do utilitarismo de Bentham, a medida de não repatriar seria a mais correta, pois estaria colocando milhares de outras vidas em risco para salvar as 24 que estavam lá, podendo trazer prejuízo, ainda, para mais 10 vidas que estariam sendo enviadas para a missão.

De outro lado, deve-se considerar que há, igualmente,

ponderação estabelecida entre o custo relativo do descumprimento em relação ao custo relativo do cumprimento, enquanto que a decisão sobre o nível ou intensidade da atividade do agente resulta da magnitude do custo em que incorre como resultado de cumprir ou não cumprir com a norma. Sob a ótica econômica, o agente é guiado por um padrão de conduta configurado pelos seguintes pressupostos: Primeiro, a maximização e racionalidade no comportamento. Os indivíduos têm a capacidade de ordenar suas preferências e escolher as que mais lhe satisfazem a partir do suposto paradigma do cálculo racional, o que não implica que de fato os indivíduos se comportem dessa forma. Segundo, as preferências são estáveis, no sentido de que, via de regra, não variam e nem são afetadas pela ação de terceiros. Terceiro, os titulares são os melhores conhecedores do valor de suas coisas. E quarto, o princípio do equilíbrio, no sentido de que a tendência é somente alterar-se as situações na possibilidade de melhora. Conclui-se, portanto, que, fixada a prioridade da teoria da ação racional econômica e fixado o fim da referida ação na eficiência econômica, o direito na perspectiva da AED converte-se num conjunto de incentivos e guias que encaminham a conduta dos indivíduos para a consecução do fim específico que deve perseguir o direito, qual seja, a consecução da eficiência econômica. *Ibidem*, p. 55-56.

consequências práticas para o cargo de chefe de Estado negar asilo à Brasileiros natos, vez que a Constituição assegura esse direito como direito fundamental, mesmo que para tanto tenha que se destinar um custo, ainda que extraordinário.

Há, portanto, dois pesos e duas medidas: não repatriar brasileiros natos que estão em situação de risco e utilizar o gasto extraordinário para emergências no país, ou destinar crédito extraordinário e salvar vidas brasileiras em situação de eminente risco.

Em qualquer das situações, o direito tem um custo e ele precisa ser previsto, sob pena de colocar em risco uma nação.

5. CONCLUSÃO

Uma pandemia não é algo que se propaga propositalmente, mas é algo esperado por todos os pesquisadores da área médico-científica. Seu conceito, puro e simples, já sugere algo que é imaginável, embora a busca é sempre pela contenção de uma doença que pode matar milhões de pessoas pelo mundo todo.

O cenário atual é pandêmico e requer cuidados pessoais a fim de erradicar, ou ao menos, conter a propagação do vírus que causa a COVID-19. Entretanto, é preciso analisar os direitos e os deveres dos cidadãos frente a esse cenário, já que há inúmeras teorias a favor ou mesmo contra a política de contenção da propagação.

A busca pela garantia dos direitos constitucionais é constante e deve ser preservada também nestes momentos, como o atual. O ideal é buscar sempre a máxima felicidade, por

certo, mas quando não for possível, não há como admitir que a minoria sofra em prol dos direitos (ou felicidade) da maioria. Todos os brasileiros têm direitos e obrigações. Na medida em que cumprem suas obrigações devem ter seus direitos assegurados, mesmo que isso gere um custo.

Esse custo não deveria ser colocado “em xeque” toda vez que é acionado, pois o cenário de pandemia é algo previsível e os cidadãos têm direito à manutenção de suas garantias constitucionais.

O gestor público, no exercício de sua função, tem o dever de assegurar essas garantias, bem como tem o dever de gerir os custos econômicos da manutenção dessas garantias. Afirmar que “*Não vamos colocar em risco nós aqui por uma família apenas*” é o mesmo que deixar de observar seu dever legal de bem gerir a vida dos cidadãos brasileiros, bem como não saber administrar os custos e as consequências da tomada de decisão que precisa ser feita frente a uma crise como esta causada pelo Coronavírus.

Buscar a maximização da felicidade não pode ser desmoralizar condutas legais. Ao contrário, deve ser uma forma para assegurar direitos e garantias para o máximo de pessoas possíveis, mesmo que para isso seja necessário dispor de “crédito extraordinário” para resguardar vidas.

A lei está para ser cumprida e ela vale para todos.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-01/bolsonaro-lista-dificuldades-para-trazer-brasileiros-da-china>. Acesso em 21 de março de 2020.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**. PUC Rio. v. 9. n. 29 jul/dez 2006. p. 49-69.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Coleção Os Pensadores. Trad.: João Marcos Coelho, Pablo Rubén Mariconda. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-921-de-7-de-fevereiro-de-2020-242339925>. Acesso em 29 de março de 2020.

DWORKIN, Ronald Myles. **O Império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORÇA ÁEREA BRASILEIRA. Disponível em: <http://www.fab.mil.br/operacaoregresso/>. Acesso em 29 de março de 2020.

GALDINO, Flavio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

GLOBO.COM. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/22/cronologia-da-expansao-do-novo-coronavirus-descoberto-na-china.ghtml>. Acesso em 21 de março de 2020.

GLOBO.COM. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/02/27/o-que-se-sabe-e-o-que-ainda-e-duvida-sobre-o-coronavirus.ghtml>. Acesso em 21 de março de 2020.

GLOBO.COM. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/02/18/operacao-que-trouxe-repatriados-da-china-tem-orcamento-de-r-112-milhoes-diz-ministerio-da-defesa.ghtml>. Acesso em 29 de março de 2020.

MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos do direito. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 2. Rio de Janeiro, 2016. p. 695-722.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Pedro Galvão. Portugal: Porto. 2005.

Ministério da Defesa. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/65694-defesa-divulga-proximas-etapas-da-operacao-de-repatriacao-de-brasileiros>. Acesso em 29 de março de 2020.

Revista Abril. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-pandemia-zoonose/>. Acesso em 28 de março de 2020.

Revista Exame. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-diz-que-brasil-nao-deve-repatriar-familia-com-suspeita-de-virus/>. Acesso em 21 de março de 2020.

Revista Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/brasileiros-de-wuhan-pedem-auxilio-de-bolsonaro-para-retirada-da-china/>. Acesso em 21 de março de 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. v.1, n. 1, out/dez. 2007. p. 171-213.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Verba Juris**. a.4. n. 4. dez/jan 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Pensar**. Revista de Ciências Jurídica. v. 12. n. 2. Fortaleza.2007. p. 162-172.

THEODORO, Marcelo Antônio; SILVA, Laís Batistuta. **Custo do direito**: apontamentos sobre o conflito entre reserva do possível e o mínimo existencial. Disponível em: <http://www.publica-direito.com.br/artigos/?cod=757c26bb260eb37f>. Acesso em 25 de março de 2020.

ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO

Thiago Simões Pessoa¹

Resumo: O presente texto busca realizar uma análise dos aspectos teóricos e práticos referentes ao direito probatório no processo coletivo. Assim, parte-se inicialmente de uma análise mais abstrata da relação jurídica probatória para ingressar posteriormente em aspectos mais objetivos relacionados a institutos do direito probatório e suas peculiaridades diante de uma relação jurídica coletiva.

Palavras-chave: Processo coletivo; Técnicas de coletivização; Aspectos teóricos; Aspectos práticos; Prova.

1. INTRODUÇÃO

A produção da prova no âmbito do processo coletivo se trata de um tema que desperta pouco interesse ordinariamente na doutrina. É fácil verificar dos manuais

¹ Mestre em Direito pela Unibrasil. Pós Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Bacellar. Pós graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Procurador do Estado do Paraná. Email: thiago-simpes@hotmail.com.

e cursos sobre processo coletivo a ausência de tratamento individualizado do tema, havendo apenas menções ao inquérito civil, este um instrumento extrajudicial de investigação de titularidade do Ministério Público.

Assim, via de regra, é aplicável ao processo coletivo as noções gerais estabelecidas para o direito probatório de demandas individuais. Porém, como se mostrará neste artigo, existem algumas peculiaridades do processo coletivo que podem afetar a instrução probatória.

Ressalte-se que para fins do presente trabalho, é adotada classificação que considera como processo coletivo todas as formas de coletivização, sejam elas parciais ou totais do processo², abrangendo, portanto, incidentes de coletivização (incidente de resolução de demandas repetitivas; julgamento de recursos repetitivos; incidentes de coletivização da prova), bem como as ações coletivas propriamente ditas.

Portanto, será realizada uma análise de temas comuns referentes à prova, buscando um enfoque individualizado quanto sua aplicação no processo coletivo, devido às peculiaridades intrínsecas destes processos que envolvem direitos materiais de titularidade coletiva ou mesmo situações jurídicas que podem afetar inúmeros outros processos, como nos casos de julgamento de casos repetitivos.

² Para mais informações consultar: OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.1, p.115-138, 2015.

2. PREMISSAS TEÓRICAS QUANTO AO MODELO DE PROCESSO ADOTADO

2.1. Autonomia privada e um modelo de processo cooperativo

Durante muitos anos, houve uma disputa entre o sistema inquisitivo de processo e o sistema dispositivo de processo. No primeiro sistema, era possível observar um elasticamento dos poderes do juiz, com o conseqüente ofuscamento das partes, dado que o objeto do processo seria a revelação da verdade.

De outro lado, no sistema dispositivo de processo, vislumbrava-se um fortalecimento das partes, com ofuscamento do juiz, o qual possuiria diminutos poderes na condução do feito, atuando quase que como um árbitro, fiscalizando as regras e adjudicando a vitória ao vencedor.

No entanto, há muito que a doutrina já afirma inexistir sistema puramente inquisitivo ou dispositivo, uma vez que com a evolução dos tempos houve uma mistura de concepções nos países que adotavam os respectivos sistemas, sendo que é possível apenas dizer que haveriam aqueles em que predominava uma concepção inquisitiva e outros que predominava uma concepção dispositiva.³

Na atualidade principalmente, vislumbra-se a insuficiência de uma concepção inquisitiva de processo, dado que a

³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p.122-123.

busca pela democracia trouxe as partes de volta ao jogo processual, devendo todos os sujeitos processuais atuarem juntos na busca de um melhor provimento jurisdicional. Inclusive, para MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, a participação das partes, em contraditório, é fator de legitimação da própria jurisdição.⁴

No entanto, também não parece ser mais possível no processo civil contemporâneo retirar do magistrado a condução ativa do processo⁵, senão em razão do enraizamento cultural, também porque em muitos casos se observa um desequilíbrio entre os demandantes, tornando imprescindível a conduta ativa do juiz, o qual detém inclusive a prerrogativa de produzir provas.

Dito isso, já se vislumbra que um novo sistema deveria ser inaugurado, no qual fosse possível a conciliação da autonomia privada das partes, bem como preservasse a importância do juiz na condução do feito.

Este novo sistema, em razão da necessidade de todos os sujeitos trabalharem em conjunto, sem estrelismos ou ostracismos, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes, fora chamado de modelo cooperativo.⁶ Neste sistema, o juiz não pode se encontrar em uma posição assimétrica frente às partes, mas sim chamá-las para conduzir

4 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.447.

5 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.99.

6 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. p.50.

o feito em pé de igualdade e de uma forma cooperativa.⁷

A adoção de um modelo cooperativo impacta diretamente no campo probatório. Como todos os sujeitos processuais devem atuar em conjunto, se propõe que deve ser diversa a participação do juiz no feito a depender do direito material discutido em juízo.

Nesta linha, Flávio YARSHELL afirma que:

pensar que o poder de instrução do juiz deveria ser sempre o mesmo, sem qualquer cogitação acerca da relação de direito material controvertida, seria reputar – ainda que tacitamente – que o viés público do processo, determinado pelos seus escopos, seria também determinante de um caráter absolutamente indisponível da relação de direito processual.⁸

Deste modo, caso discutido um direito material indisponível ou mesmo se encontrando em jogo um direito fundamental, deve-se privilegiar um poder instrutório amplo. Entretanto, vale a ressalva que o feito deve caminhar em conjunto com todos os sujeitos processuais. Assim, apesar do poder instrutório ser amplo, deve ser utilizado somente de forma complementar, proporcionando às partes primeiramente se desincumbir de seus ônus da forma que melhor lhe aprouver.

Porém, em processos em que se discute relações

⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. p.125.

⁸ YARSHELL, Flávio. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.124.

jurídicas simétricas, como o direito civil e o empresarial, deve-se ter um poder instrutório extremamente reduzido, para não se dizer inexistente, dando primazia a vontade das partes, as quais, em última medida, são as mais interessadas na prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Assim, no âmbito do processo coletivo, em razão do princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, haverá um poder instrutório amplo ao juiz, o qual deve fiscalizar a produção probatória, bem como atuar ativamente na sua produção, inclusive com a possibilidade de averiguar a deficiência do substituto processual em produzi-la.

Registre-se que a prova produzida não só pertence ao processo em que surge, mas a todos os substituídos que possuem um direito à adequada produção da prova, atendendo-se aos requisitos do direito material discutido, bem como as peculiaridades do caso concreto. É certo que por serem os representantes escolhidos por um rol legal, ganha ainda mais destaque a função do juiz na instrução probatória, atuando ativamente, ainda que de forma complementar, suprimindo eventual deficiência dos substitutos processuais.

2.2 Conceito e destinatário da prova

Inicialmente, é possível afirmar que sob um viés estático, as provas pertencem ao campo do direito material, pois sob este aspecto estas são consideradas como meios ou fontes, relacionadas à função de certeza dos negócios jurídicos.⁹ De outro lado, sob um aspecto dinâmico, a prova ganha especial

⁹ SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Campinas: LZN, 2003. v.1. p.395.

importância no direito processual, em razão de importar numa reprodução ao juízo do fato a provar, o que ocorre no bojo do processo e obriga todos os sujeitos processuais.¹⁰

O conceito de prova pode ser analisado por diversos ângulos, uma vez que a própria acepção da palavra “prova” pode ser vista por diferentes funções, limitando-se a este estudo a 03 (três) acepções: a) Atividade de provar; b) Prova como meio; c) Prova como fonte.¹¹

A prova como atividade demonstra o ato por meio do qual cabe a um sujeito processual demonstrar a veracidade de suas alegações. Neste ponto, faz necessário frisar que não se provam fatos no âmbito do processo, mas sim alegações de fato, uma vez que os primeiros pertencem ao campo do ser e não do dever-ser.¹² Assim, “o fato não pode ser qualificado de ‘certo’, ‘induidoso’ ou ‘verdadeiro’. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação”.¹³

Frise-se que o juízo de convencimento obtido ao final não se operará sobre os fatos (estes existentes ou não), mas sim sobre as afirmações de fato provenientes das partes que as buscam prová-las.¹⁴

¹⁰ Ibid., p.396.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. v.2. p.48.

¹² *ibid.*, p. 63.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.103.

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.10, p.171, 1955.

Ainda pode se analisar a acepção do termo “prova” como meio e como fonte. Como meio de prova, temos a forma de extração das informações do objeto¹⁵, assim estes podem se constituir em uma prova testemunhal, prova pericial, confissão, dentre outras tantas. De outro lado, a fonte da prova se constitui no objeto do qual se extraem as informações pelo meio de prova, assim seriam as coisas, as pessoas e os fenômenos.¹⁶

Dita essas questões preliminares referentes a prova, cabe a análise de questão que mais atenção merece no direito probatório desenvolvido no âmbito de um processo cooperativo.

Inicialmente, sempre se acreditou que a finalidade da prova era promover a formação do convencimento do juiz.¹⁷ Assim, o juiz seria o destinatário direto das provas, podendo apenas se falar nas partes como destinatários indiretos, pois precisariam restar convencidas para aceitar a decisão como justa.¹⁸

Atualmente, ainda há autores que defendem ser o juiz o destinatário principal da prova, porém, atualizando o conceito ao desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica e ao direito processual moderno. Assim, a prova seria “um meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer

15 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.63.

16 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.76, p.115, 1994.

17 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. v.2. p.327.

18 Ibid., p.328.

o Estado-juiz da validade das proposições”.¹⁹ Portanto, a finalidade da prova seria promover o convencimento do juiz, o que explicaria o por quê de dois juízes distintos, em casos idênticos, poderem chegar a conclusões distintas.²⁰

Nada obstante, esta concepção se aplica melhor a um modelo inquisitivo de processo, no qual prevalece uma relação assimétrica entre as partes e o magistrado na condução do feito, o que se encontra em conflito com um modelo cooperativo de processo, adotado pelo Código de 2015.

Assim, no âmbito de um processo cooperativo, além da finalidade de convencimento do juiz acerca das alegações de fato realizadas, também não se pode esquecer que a prova tem o objetivo de promover o convencimento das partes acerca das situações jurídicas que pensam ter, bem como a demonstrabilidade destas em juízo.²¹

Entretanto, não há graus de favoritismo entre os destinatários, dado que o convencimento de todos os sujeitos é incentivado igualmente, sendo preferível inclusive a finalização do processo por meio da autocomposição, em razão de seu maior custo-benefício (relação tempo despendido x recursos gastos), o que pode ocorrer antes mesmo da formação da convicção pelo magistrado.

Neste sentido, Flávio YARSHELL afirma que “tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Op. cit., p.54.

20 Ibid., p.56.

21 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.61.

prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos”.²² Assim, se ao juiz cabe se convencer para então prolatar uma decisão, às partes cabem se convencer para avaliar os riscos de uma demanda judicial, possibilidade de celebração de acordos e inclusive para aceitar eventual decisão, o que vai ao encontro do escopo de promover a pacificação social por meio da jurisdição.

Deste modo, as partes também devem ser vistas como destinatárias das provas, notadamente em um sistema de direito processual que permite às partes ingressar com ação autônoma de produção de provas, sem o requisito da urgência, com fins de promover a autocomposição ou mesmo a viabilidade da demanda, conforme possibilita o art. 381, II e III, do NCPC²³.

Nada obstante, no processo coletivo, a questão dos destinatários das provas ganha outra dimensão. Como já se viu em linhas precedentes, as ações coletivas funcionam basicamente por meio de representação extraordinária, no qual um legitimado conduz a demanda em nome próprio, porém, defendendo direito dos substituídos.

Deste modo, a prova produzida no âmbito coletivo ganha contornos ímpares, tendo em vista que os destinatários desta transcendem a relação processual, podendo ser considerados, além das partes no processo, também destinatários todos aqueles substituídos.

22 YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.68-69.

23 Para maiores informações: PESSOA, Thiago Simões. **A ação probatória autônoma aplicada ao processo coletivo**, 2019, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Centro Autônomo do Brasil, Curitiba/ Paraná, 2019.

É neste contexto que Flávio YARSHELL realiza um paralelo entre a produção da prova e a eficácia *ultra partes* da coisa julgada coletiva:

Com efeito, a prova produzida “coletivamente” (em sentido lato), analogamente ao que se passa na projeção *ultra partes* da eficácia de sentença de mérito proferida em pleitos de tal natureza, pode ser aproveitada por uma multiplicidade de sujeitos: pode servir tanto de elemento para os guiar na avaliação de suas chances em eventual demanda individual, com objeto idêntico ou relacionado ao do processo em que produzida a prova “coletiva”; como pode servir de prova pré-constituída para a obtenção de tutela antecipada, que, com visto antes, atua sobre o ônus da prova em concreto.²⁴

Portanto, os destinatários da prova no modelo de processo cooperativo, além de incluir as partes do processo, também podem alcançar os titulares do direito material discutido quando estes não figurarem na demanda coletiva, de modo que estes possam analisar a viabilidade da propositura de ações individuais, sirvam como fundamentos para a solução consensual do conflito ou mesmo que embasem a concessão de tutela provisória de evidência (art. 311, IV, do CPC).

2.3 Finalidade e objeto da prova

Inicialmente, quanto ao objeto da prova, a doutrina afirma que seriam as alegações de fato. Assim, qualquer fato pode ser objeto de prova, sejam “fatos jurídicos (ex.: contrato)

²⁴ Ibid., p.371.

e fatos simples (ex.: cor de uma camisa, marca de um pneu); fatos positivos (celebração de um casamento) ou negativos (inexistência de ocorrência policial em nome de determinado sujeito”.²⁵ Assim, basta que o fato, para ser admitido como objeto de prova, seja controvertido, relevante e determinado.²⁶

No processo coletivo, via de regra, os fatos probandos são complexos, uma vez que visam a demonstração de danos ou prática de ilícitos que afetam inúmeros outros sujeitos, ainda que de forma indivisível. Assim, podem ser objeto de prova num processo coletivo a existência de defeito de fabricação que causa prejuízos a terceiros ou mesmo o derramamento de óleo no oceano e sua respectiva poluição.

No tocante à finalidade da prova, observa-se inicialmente a coexistência de três teorias²⁷ na doutrina acerca da sua finalidade. A primeira corrente entende que a finalidade da prova é descobrir a verdade; a segunda entende que sua finalidade é fixar formalmente os fatos postos no processo; e a terceira entende que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz, levando-o à certeza necessária para sua decisão.

Porém, como já explorou acima, em um modelo de processo cooperativo, as partes também figuram como destinatárias das provas.

Assim, também a finalidade da prova deve ser vista com outros olhos. Deste modo, a finalidade da prova, além de

25 YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.371.

26 Ibid., p.64.

27 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.60.

ser a promoção do convencimento do juiz acerca das alegações de fato formuladas, também deve ser permitir às próprias partes se convencerem “(i) de que efetivamente são titulares de situações jurídicas que, em princípio, pensam ter (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas”.²⁸

E mais, no âmbito do processo coletivo, não são somente as partes no processo que são destinatários da prova, mas todos os titulares do direito material representados em juízos pelo legitimado extraordinário. Portanto, a finalidade da prova no processo coletivo é a promoção do convencimento do juiz, das partes, bem como de todos os sujeitos individuais e coletivos com legitimidade para atuar na causa ou titulares do direito material discutido.

3. ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE O DIREITO À PROVA E SUA INTERCONECÇÃO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

3.1 Direito fundamental à prova

Nos tópicos precedentes, já se demonstrou que não só o processo, mas também a prova sofre uma alteração substancial em um modelo de processo cooperativo. Assim, a prova que, antes era vista como instrumento de convencimento do juiz, passa a também trabalhar em favor das partes, as quais se apresentam como suas destinatárias diretas.

²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.61.

Porém, em um modelo de processo cooperativo, no qual a participação das partes deve ser vista como um dos fatores de legitimação da decisão judicial, deve-se reconhecer também um direito fundamental à prova, fruto do devido processo legal²⁹, constante da CRFB/88.

A prova é o meio pelo qual se pode reconstruir da melhor forma possível os fatos ocorridos, de modo a possibilitar aos sujeitos processuais a busca pela tutela de seu direito material da forma específica, sendo este o principal fim da jurisdição.

Assim, para alguns a prova constituiria “um instrumento processual fundamental ao acesso à ordem jurídica justa e à legitimidade da tutela jurisdicional”.³⁰

Porém, para outros, como DIDIER JR., Paula BRAGA e Rafael OLIVEIRA, a prova seria um direito fundamental de conteúdo complexo que abarcaria o direito à adequada oportunidade de requerer provas, o direito de produzir a prova, o direito de participar da produção da prova, direito de se manifestar sobre a prova produzida, e, por fim, o direito a ter a prova examinada pelo julgador.³¹

Registre-se que por se tratar de um direito fundamental, somente se aplica na relação dos sujeitos processuais parciais com o Estado-juiz, de modo que não há um direito do juiz de produzir provas, mas somente um direito

29 AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.32.

30 CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.18.

31 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.51.

das partes. Entretanto, como o fim da jurisdição é a tutela do direito material, surge para o juiz, a depender da relação jurídica discutida em juízo, o dever de produzir provas para melhor conferir tutela ao direito material.

Vale ressaltar que o direito fundamental à prova se encontra diretamente conectado ao direito fundamental de ação (ou de defesa), tendo em vista que de nada adianta conceder o direito do jurisdicionado ir ao judiciário se este não possui meios para demonstrar o seu direito alegado.

Flávio YARSHELL bem sintetiza a matéria:

Por outras palavras, se alegar sem provar é o mesmo que não alegar, de nada adianta superar óbices – jurídicos, econômicos, sociais e culturais – para o ingresso em juízo se, depois, obstáculos iguais ou análogos se apresentarem em relação à prova do quanto se alegou. Projetando tais aspectos para a relação jurídica processual, tem-se que o ônus da alegação que se apresenta ao autor, para invocar a tutela jurisdicional, é diretamente ligado ao ônus da prova dos fatos alegados, de tal sorte que de pouco adianta pensar no peso excessivo que o encargo inicial pode ter sem cogitar da intensidade do encargo que mais adiante se apresente, nos casos em que a resolução da controvérsia envolve questões de fato. Ainda que empiricamente, parece lícito reconhecer que muitas vezes o desestímulo do ingresso em juízo decorre exatamente da descrença quanto à viabilidade concreta de se provar o que se alega.³²

³² YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.404.

Insta frisar, no entanto, que o autor ainda vislumbra que o conteúdo do direito à prova, em sentido amplo, alcançaria também, além do direito de requerê-la, tê-la admitida, de participar na sua produção e tê-la valorada, o direito de buscar a prova e a ela ter acesso.³³ Assim, seria possível a obtenção de providência instrutória, sem vinculação direta ao direito material, ingressando ao judiciário apenas para obter ou ter acesso a determinada prova, o que a conferiria, ao menos neste caso, um caráter autônomo, dado que não decorrente diretamente do direito fundamental de ação ou de defesa.³⁴

Cabe ressaltar, todavia, que o autor supramencionado posteriormente separa o direito de provar, decorrente do direito de ação, e exercido no bojo do processo declaratório, do direito à prova (em sentido estrito), no qual seria efetivamente o direito autônomo a prova, exercido antecipadamente ao processo declaratório.³⁵ Porém, para fins do presente estudo, se adotará a concepção tradicional de direito à prova, na qual não há a distinção promovida pelo autor, com critério no momento processual e na relação direta de decorrência do direito de ação.

É neste contexto que a prova assume um papel diferenciado no âmbito do processo coletivo, tendo em vista que todos os substitutos processuais possuem o direito fundamental à prova, juntamente com sujeitos individuais que também possuem um direito fundamental à que a prova seja produzida de forma mais ampla possível.

33 YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.210.

34 Ibid., p.211.

35 YARSHELL, Flávio. Op. Cit. p.327.

Frise-se, entretanto, que não decorre do direito fundamental à prova um direito de participação pessoal individual na sua produção³⁶, uma vez que este direito pode ser exercido pelo legitimado coletivo, não havendo um direito dos substituídos de participar em todos estes atos quando não possui qualificação para atuar como *amicus curiae*.

É por este motivo que se deve ter extremo cuidado ao se analisar a legitimidade dos entes coletivos, tendo em vista que exercem não só o seu direito fundamental à prova, mas também o direito dos substituídos. Ademais, como já se mostrou acima, esta prova não tem como destinatários unicamente as partes do processo e o juiz, mas também todos os interessados individuais, que podem se utilizar desta em seus respectivos processos.

Assim, a produção probatória no âmbito do processo coletivo também pode ser utilizada como facilitadora do acesso à justiça, concretizando o direito fundamental de ação, uma vez que a prova produzida pode ser importada para os processos individuais, por meio da prova emprestada, diminuindo os custos e tornando acessível o acesso ao judiciário em determinados casos de perícias complexas, por exemplo.

3.2 A produção da prova e o princípio da eficiência

Anteriormente, a análise da produção da prova, um problema maior surge, qual seja a busca pela verdade no processo judicial. Durante muito tempo, o processo civil se limitava a uma possível busca da verdade formal, enquanto

³⁶ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.199.

o processo penal tinha como fim a obtenção da verdade material.³⁷

Frise-se que a verdade formal, diversamente da verdade substancial, seria “aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial”³⁸, não havendo “necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto”.³⁹

Assim, durante muito tempo, deixou-se ao processo civil uma falsa noção de menor importância com a busca da verdade dos fatos discutidos em juízo, acreditando-se numa utopia⁴⁰, consistente na possibilidade de obtenção da verdade real, ao menos, no juízo criminal.

Porém, com o decorrer do tempo, fora possível observar que o próprio conceito de verdade real, ou ao menos a possibilidade de sua obtenção no bojo de um processo judicial, se encontrava equivocado, uma vez que a extração de um juízo acerca de fatos será sempre influenciada por aspectos subjetivos decorrentes das próprias limitações da cognição humana.⁴¹ Portanto, a certeza estaria no espírito, permeado pelo subjetivismo de quem a analisa, enquanto a verdade estaria nas coisas⁴², ou seja, no objetivismo dos fatos.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Op. cit., p.32.

38 Id.

39 Id.

40 Ibid, p.36.

41 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p.165.

42 YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.247.

Há muito CALAMANDREI já advertia que a verdade absoluta não seria possível de ser obtida pelo julgador, em razão de sua condição humana, naturalmente falha, podendo apenas ser atingido um juízo de verossimilhança ou aparência de verdade.⁴³ Assim, todo juízo de verdade se reduziria a um juízo de verossimilhança, que pode conferir certeza jurídica, mas nunca uma certeza psicológica ou sociológica.⁴⁴

Diante disso, a doutrina passou a trabalhar com um conceito de verdade processual⁴⁵, a qual deve ser buscada, independentemente da natureza do processo (cível ou criminal) ou do direito material discutido, mediante a participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos.⁴⁶

Esta mudança de paradigma é fundamental em um modelo de processo cooperativo, uma vez que a busca pela reconstrução dos fatos passa da mão do magistrado para a figura das partes, as quais devem demonstrar da melhor forma possível seus argumentos. Com isso, diminui a importância da figura do julgador na busca da verdade, a qual deixa de ser o objetivo fundamental do processo, buscando somente a reconstrução dos fatos por meio de instrumentos jurídicos lícitos permitidos pelo direito, tendo principal atuação a figura das partes.

A partir desta alteração de paradigma, deslocando o

43 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p.166.

44 Ibid., p.188.

45 YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.119.

46 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERIA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.59.

foco da busca da verdade a todo custo no processo para a resolução do conflito, inicia-se a busca pela racionalização da justiça e com isso ganha destaque a eficiência processual.

Segundo Remo CAPONI⁴⁷, existem três fatores que concorrem para tornar um processo eficiente: O primeiro é de ordem legislativa, devendo existir uma malha legislativa capaz de atender de forma adequada aos modernos problemas jurídicos; O segundo é a disponibilização de recursos materiais e humanos suficientes para dar aplicação a disciplina processual existente; e por fim, há o fator cultural, consistente em diversas práticas decorrentes de um determinado povo, o que impactará na aplicação dos fatores anteriores.

Assim, deve-se buscar formas eficientes para a resolução dos litígios, atentando-se para interrelação entre os diversos fatores enumerados acima.

Um dos primeiros ordenamentos a buscar conferir concretização ao princípio da eficiência (e também da proporcionalidade) fora o inglês.⁴⁸ Neste ordenamento, a partir deste princípio, o juiz tem o dever de distribuir igualmente os recursos e o tempo de acordo com a complexidade do processo envolvido.⁴⁹

No Brasil, a despeito da existência de norma específica

47 CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.192, p.397-415, fev. 2011.

48 CAPONI, Remo. Op. cit.

49 CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.70.

determinando a utilização eficiente de recursos no âmbito do processo judicial, existe a previsão do princípio da eficiência (art. 8.º, do NPC), donde é possível extrair esta norma.

Na doutrina nacional, há quem trabalhe com a ideia de proporcionalidade panprocessual, por meio da qual a “alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais)”.⁵⁰

Assim, essa nova dimensão da proporcionalidade encontraria ligação direta com o princípio da eficiência da atividade pública, e em específico da eficiência do serviço judiciário, sendo que no Brasil o princípio da eficiência encontra previsão expressa na Constituição Brasileira.⁵¹

Assim, deve ser evitada a produção extensa de provas com o objetivo da busca da verdade, notadamente em processos individuais, nos quais o custo desta busca eleva sensivelmente o custo da prestação jurisdicional, tornando-a em muitos casos inacessíveis aos sujeitos individuais.

E é na busca da eficiência processual, com a alocação de recursos de forma consciente aos processos mais complexos, que se deve pensar a produção de provas no bojo do processo coletivo, com a realização extensa de uma fase instrutória, a qual pode ser preservada e aproveitada para os processos individuais futuramente, caso ainda existentes.

Com isso, deve-se pensar o processo coletivo com outros olhos, de modo que a produção de prova seja aprofundada

⁵⁰ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Op. cit., p.45.

⁵¹ Ibid., p.46.

e adequada ao direito material e sua repercussão em processos individuais, evitando o dispêndio de recursos em inúmeros processos individuais, concentrando-os em uma única instrução (ou ao menos uma única instrução aprofundada), atendendo-se aos reclames do princípio da eficiência.

4. ASPECTOS PRÁTICOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO COLETIVO

4.1 Instrumentos de coletivização parcial do processo relacionado ao campo das provas

Conforme já fora abordado em tópicos precedentes, foi adotada no presente estudo classificação que divide os mecanismos de coletivização em coletivização total e parcial, adotando como parâmetro classificatório as fases do processo de conhecimento: fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória e fase decisória. Assim, caso as quatro fases sejam objeto de coletivização conjunta, será caso de coletivização total. De outro lado, caso cada fase processual seja objeto de coletivização específica, será caso de coletivização parcial.

A maioria dos aspectos práticos apontados neste texto se alinham mais diretamente à forma de coletivização total do processo (ações coletivas), porém, o direito probatório coletivo não se limita a esta forma. Deste modo, é possível ainda a criação de incidentes de coletivização, utilizando-se do processo coletivo como instrumento para realização da instrução probatória.

Neste ponto, serão apresentados alguns exemplos trabalhados pela professora Thais Lunardi, em recente tese de

doutorado⁵². Primeiramente, seria possível a produção de prova por meio de atos concertados, realizando-se, a grosso modo, um incidente de coletivização de produção de provas, semelhante ao que se dá no bojo do *multidistrict litigation (MDL)*⁵³; pela produção coletiva negociada da prova, por meio de negócios jurídicos processuais coletivos⁵⁴; por fim pela utilização da ação de produção antecipada de provas⁵⁵.

Cabe frisar que devem ser sopesados alguns seguintes critérios na busca da forma de tutela que melhor se adequa ao caso concreto (se a produção deve ser individual ou coletiva):

i) a eficiência, na medida em que evitará a produção de reiteradas provas sobre uma mesma questão, (ii) a universalização, possibilitando a produção de prova que interesse a todos aqueles que se identifiquem com a questão de fato e sua utilização por todos eles, (iii) a efetividade, com o trâmite mais ágil de instrução única e o aproveitamento de seu resultado, sem a necessidade de repetições e conseqüente satisfatória concretização do direito; e (iv) isonomia, evitando a obtenção de resultados diversos acerca da prova de um mesmo fato.⁵⁶

52 LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova:** técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p.160-227.

53 Ibid., p.160-193.

54 Ibid., p.227-243.

55 Ibid., p.194-227.

56 Ibid., p.154.

Deste modo, ao analisar o caso concreto, o operador do direito deverá observar parâmetros acima indicados a fim de verificar a possibilidade ou não (recomendabilidade ou não) da utilização da tutela coletiva, ou se o caso seria mais adequado a produção da prova de forma isolada no bojo de cada processo individual.

4.2 Distribuição e ônus da prova

4.2.1 Ônus da Prova e Distribuição Ordinária

Ônus da prova é o encargo que a lei, o juiz ou convenção entre as partes, atribui a determinado sujeito processual para demonstrar as alegações de fato formuladas.⁵⁷

O Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 373, a distribuição ordinária do ônus da prova, afirmando que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nada obstante, existem outras previsões legais que também estabelecem uma distribuição do ônus da prova quando o processo veicular direitos materiais específicos. Neste contexto, é a previsão do art. 38, do CDC, que estabelece que o ônus de provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária pertence a quem as patrocina.

4.2.2 Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.126.

De outro lado, é possível a edição de normas que atribuem ao juiz a possibilidade de realizar a redistribuição do ônus da prova, a depender do preenchimento de critérios previamente estabelecidos, ou mesmo às partes por meio de convenções processuais.

A primeira norma que possibilita a inversão do ônus da prova vem prevista no bojo do art. 373, §1.º, do Código que afirma que poderá o juiz, diante das 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, atribuir o ônus da prova de modo diverso. Porém, esta inversão deve se dar de maneira fundamentada, bem como em momento que possibilite a parte se desincumbir do ônus que lhe fora atribuído no decorrer do jogo processual.

Ademais, esta distribuição dinâmica do ônus da prova não pode acarretar a outra parte situação em que sua desincumbência seja impossível ou extremamente difícil, consoante se infere do art. 373, §2.º, do Código.

Cabe esclarecer que esta norma fora uma novidade do Código de 2015, tendo positivado teoria anteriormente defendida pela doutrina e pela jurisprudência, sendo que também se aplica no âmbito do processo coletivo, ante a ausência de norma em sentido contrário.⁵⁸

A segunda norma legal existente atribui ao juiz o poder de redistribuir o ônus da prova a depender das circunstâncias do caso concreto se encontra prevista no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que possibilita a inversão do

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p.365.

ônus quando os litígios versarem sobre relações de consumo, sejam em favor do consumidor, bem como ocorra uma das seguintes hipóteses: “a) quando verossímel a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; b) quando o consumidor for hipossuficiente”.⁵⁹

Frise-se que não há qualquer impedimento para a aplicação desta redistribuição do ônus da prova nas ações civis públicas que veiculem relações de consumo, desde que para beneficiar o consumidor (ou no caso o substituto processual dos consumidores).⁶⁰

No âmbito do direito ambiental, a doutrina vem sustentando a possibilidade de inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução.⁶¹ Este princípio “é considerado uma garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados”.⁶² Assim, por meio deste princípio, inverter-se-ia o ônus da prova, impondo ao autor provar que sua ação não causará danos ao meio ambiente.⁶³ Esclareça-se que o STJ⁶⁴

59 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.150.

60 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.340-343.

61 THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p.666.

62 Id.

63 Id.

64 Por todos ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1311669/SC. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03/12/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/12/2018.

possui inúmeros julgados neste sentido, caminhando para adoção integral da tese defendida pela doutrina.

Por fim, há que se falar na possibilidade de inversão do ônus da prova por meio de convenções entre as partes (negócios processuais). Neste âmbito, vislumbra-se que o Código de Processo Civil prevê em seu art. 373, §3.º, do CPC, que é cabível convenções processuais para redistribuir o ônus da prova, desde que não se trate de direito indisponível da parte, bem como não tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Porém, como esta convenção processual probatória pressupõe como requisito específico a ausência de indisponibilidade do direito, não será possível a sua celebração no âmbito do processo coletivo.

4.3 Convenções processuais probatórias

À primeira vista, é cediço que existem duas grandes formas de convenções processuais. A primeira seriam aquelas convenções processuais que versam sobre mudanças no procedimento, sendo chamadas de convenções dispositivas. De outro lado, existem as convenções sobre os próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, chamadas de obrigacionais.⁶⁵

Anteriormente, já se afirmou que o próprio poder instrutório do juiz funciona de maneira distinta a depender do direito material discutido em juízo. Da mesma forma, a liberdade

⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.79-80.

para a celebração de convenções processuais probatórias se apresenta diferente a depender do direito discutido.

Assim, numa demanda em que se veicula direito disponível, com partes em pé de igualdade, haverá um direito amplo de celebrar convenções processuais probatórias, sendo possível às partes inclusive excluir determinados meios de prova da demanda judicial. De outro lado, quando se tratar de demandas que veiclem direito disponível ou com partes hipossuficientes, o direito de celebrar convenções processuais probatórias se apresentará limitado.

Entretanto, a indisponibilidade do direito material não se afigura como impedimento da celebração de convenções processuais, uma vez que os direitos materiais podem ser indisponíveis e ainda assim as partes possuem necessidade de firmar acordos sobre aspectos processuais como a suspensão do processo, dilação de prazos, preclusões e formalidades dos atos do processo.⁶⁶

No âmbito do direito probatório não é diferente, assim, apesar de não ser possível as partes firmarem acordos processuais acerca do ônus probatório (acordo obrigacional), é plenamente possível às partes firmarem acordos processuais probatórias dispositivos referentes a instrução probatória, como a inversão da ordem de oitiva de testemunhas, ampliação de prazo para assistentes técnicos se manifestarem acerca de laudo pericial⁶⁷, tornar admissível a oitiva de testemunha pela via escrita e realizada extrajudicialmente⁶⁸, ou mesmo a pos-

66 CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p.341.

67 AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.157.

68 MULLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização**

sibilidade de escolha consensual de peritos (art. 471, do CPC).

Frise-se que outros autores vão ainda mais além, afirmando ser possível a utilização de convenções probatórias obrigacionais no âmbito do processo coletivo. Assim, Thais LUNARDI⁶⁹, em recente tese de doutorado, afirma ser possível a utilização das convenções processuais como técnica de coletivização da prova.

Assim, para autora, seria possível a celebração de acordos processuais que tornasse obrigatória uma fase prévia de produção de provas (espécie de *discovery* negociada)⁷⁰, ou possibilitasse a produção de prova de forma antecipada em ação já iniciada⁷¹ ou ainda possibilitasse a produção de provas de forma extrajudicial pelas partes.⁷²

4.4 Prova por amostragem

No âmbito do processo coletivo, as situações jurídicas discutidas são complexas, envolvendo direitos essencialmente coletivos, no qual a titularidade pertence a uma coletividade, ou direitos individuais homogêneos, onde existe um grande número de lesados.

Assim, a produção da prova no âmbito destas relações

da prova: análise econômica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.364-365.

69 LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Op. cit., p.234-243.

70 Ibid., p.239.

71 Ibid., p.240.

72 Ibid., p.241.

também se afigura dificultosa, uma vez que em muitas situações é impossível demonstrar a lesão aos sujeitos individuais, ou mesmo inviável diante do grande número de sujeitos eventualmente lesados.

Portanto, para amenizar o problema, surge como meio de prova a prova por amostragem. A prova por amostragem, uma variante da prova por estatística, “é aquela por meio do qual se demonstra uma universalidade de eventos a partir da prova de parte deles”.⁷³

Assim, a partir da prova de um fato ou alguns fatos selecionados de um conjunto comum, formula-se um raciocínio indutivo no qual se pressupõe que uma vez demonstrada determinada situação para os objetos selecionados, esta também se repetirá para os demais componentes do conjunto. Desta forma, torna-se possível a análise de situações repetitivas (direitos individuais homogêneos, por exemplo) ou mesmo de lesões a sujeitos indeterminados, como a poluição de um rio por meio da análise de amostras.

A prova por amostragem pressupõe a existência de um conjunto de eventos/fatos que possam ser agrupados, por que semelhantes, de forma que a demonstração de parte deles possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos. Ou seja: a prova de parte do conjunto de fatos conduz à conclusão da existência acerca de todos os fatos que compõe esse mesmo conjunto.

Como exemplo, podemos citar a conclusão a que se chega, após o exame de um número adequado de amostras, de que determinada peça de um

⁷³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.88.

veículo apresenta inadequado funcionamento, o que pode ensejar a concessão de tutela para que a montadora seja compelida a fazer um *recall* de todo o lote ou de toda a frota.⁷⁴

Registre-se que este meio de prova vem sendo admitido na jurisprudência como válido, inclusive para fins penais, tendo o STJ definido em sua súmula 574, que “para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem no produto apreendido [...]”.⁷⁵

Ressalte-se que este meio de prova é de suma importância no âmbito do processo coletivo, uma vez que o aproveitamento da prova produzida neste pode ser objeto transporte para as demandas individuais, por meio da prova emprestada, evitando repetições desnecessárias, indo ao encontro do princípio da eficiência.

4.5 O inquérito civil e seu valor probatório

O Inquérito Civil se trata de “um procedimento administrativo investigatório, de caráter formal, tendencialmente inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público”.⁷⁶ Existem várias previsões legais acerca

74 Id.

75 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=574&b=SUMU&thesaurus= JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

76 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.254.

deste procedimento, porém, as principais se encontram no art. 129, III, da CRFB/88, e no art. 8.º, §1.º, da Lei de Ação Civil Pública.

O art. 8.º, §1.º, da LACP, dispõe que o Ministério Público “poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias [...]”.

Inicialmente, é possível observar que se trata de um procedimento que busca a reunião de elementos para a propositura ou não de uma demanda coletiva pelo Ministério Público, tendo este ente legitimidade exclusiva para o procedimento.⁷⁷

Porém, como se trata de um procedimento preliminar ao processo, ocorre via de regra sem contraditório, apenas buscando a reunião de indícios suficientes para a propositura da demanda judicial.

Deste modo, os elementos colhidos nesta fase pré-processual não adquirem a qualidade de prova, não sendo possível sequer sua transposição como forma prova emprestada, podendo ser levados posteriormente aos autos judiciais meramente com o valor de indícios⁷⁸, devendo inclusive eventuais perícias realizadas serem objeto de repetição na via judicial.

Há autores inclusive que apontam semelhanças entre o inquérito civil e o inquérito penal, inclusive afirmando que cabe ao juiz “recorrer subsidiariamente aos elementos de convicção existentes no inquérito civil, como, aliás, já se dá em

⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses públicos em juízo**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.495.

⁷⁸ AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.113-114.

relação inquérito policial, no processo criminal”.⁷⁹

Apesar das peculiaridades de cada forma de inquérito, nada impede que estas sejam utilizadas em conjunto, sendo possível que um inquérito civil forneça elementos para a abertura de um inquérito policial, caso verificada a prática de um ilícito penal, como também que um inquérito penal possa dar azo a abertura de um inquérito civil a fim de averiguar ilícitos civis.

Registre-se ainda que “nem mesmo o respeito ao contraditório na colheita das informações será suficiente para admissão processual das apurações ministeriais, pois não terão preenchido o requisito da autoridade imparcial”.⁸⁰

Portanto, não se poderia reconhecer status de prova aos elementos colhidos pelo Ministério Público, em razão de ser este um sujeito parcial da demanda judicial, ainda que abra o procedimento ao contraditório dos envolvidos, ficando inclusive sujeito a controle jurisdicional, este o único órgão dotado de imparcialidade, e que possui poder para presidir a busca e a produção da prova preliminar.⁸¹

Assim, com a edição do Novo Código de Processo Civil, adquire a ação coletiva de produção antecipada de provas importância ímpar no sistema coletivo, uma vez que o Ministério Público e outros legitimados podem lançar mão deste instrumento para realizar a investigação dos fatos,

79 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.62.

80 AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.113.

81 YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.230.

tornando as informações obtidas em verdadeiras provas judiciais, admitidas no processo coletivo futuro ou nas demandas individuais.

Com isso, supera-se a deficiência de legitimidade exclusiva para a condução do inquérito civil, bem como cria instrumento investigatório eficiente também a outros legitimados coletivos, o que será abordado de forma mais satisfatória em tópicos posteriores.

4.6 Prova emprestada no processo coletivo

A doutrina clássica já afirmava que “a prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal, ou exame pericial, pode ser translada para outro”.⁸² Esta questão que já era importante em outras épocas, ganha maior importância em tempos de litigância habitual e repetitiva.

Assim, a prova emprestada “consiste no aproveitamento no processo de provas produzidas anteriormente em outro processo”.⁸³ Anteriormente a edição do Código de Processo de 2015, tratava-se de meio de prova atípico de produção de provas. Porém, a partir da edição do novo diploma processual, este meio fora consagrado no art. 372, do Código.

Dispõe o mencionado dispositivo que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado

82 SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.365.

83 AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.104.

contraditório”.

Esclareça-se que a prova ingressa no processo posterior com status de prova documental, bem como se afigura irrelevante a fase do processo em que fora produzida (fase recursal, com trânsito em julgado ou em execução), bastando que a prova já tenha sido constituída no processo.⁸⁴

Registre-se que o único requisito para que a prova seja admitida no processo posterior é que “a parte contra quem a prova será utilizada tenha tido a oportunidade de participar, na condição de parte, da formação da prova que se pretende importar”.⁸⁵

Este requisito afigura-se, ao menos em algumas situações, problemático no âmbito do processo coletivo. Inicialmente, quando a prova é favorável aos sujeitos individuais e demais legitimados coletivos, não se vislumbra maiores dificuldades, tendo em vista que o réu das demais demandas, via de regra o causador do ilícito, é comum a todos, tendo este participado do processo originário em que se produziu a prova.

De outro lado, quando a prova é desfavorável aos sujeitos individuais, se afigura problemática a transposição da prova para os demais processos individuais. À primeira vista, seria possível negar a utilização de prova emprestada nestes casos, uma vez que os sujeitos individuais não participariam da produção da prova, figurando como parte somente o legitimado coletivo.

⁸⁴ AMARAL, Paulo Osternack. Op. Cit., p.104-105.

⁸⁵ Ibid., p.107.

Nada obstante, o legitimado coletivo age em nome próprio no interesse alheio. Assim, apesar dos indivíduos não se encontrarem presentes na demanda em que produzida a prova, o legitimado coletivo atua em seu nome, de modo que se encontram representados, sendo possível o exercício de um contraditório interposto. Daí a importância de se aferir a legitimidade adequada dos entes coletivos.

Frise-se assim que a participação dos indivíduos pode se dar de forma direta ou indireta, esta última “a partir do pressuposto de que houve efetiva participação de todos os interessados na produção da prova, o que se dá mediante a atuação do representante adequado”.⁸⁶

Este tema também se conecta com o tema das ações coletivas passivas, uma vez que a prova pode ser produzida em processo probatório autônomo, sendo que, independentemente do seu resultado, ou do polo ocupado pelo legitimado extraordinário, poderá ser transposta para os processos posteriores individuais.

Porém, como o caso se afigura mais grave que a ação coletiva comum, na qual somente o resultado positivo da demanda é aproveitado pelos sujeitos individuais (extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* aos indivíduos), deve-se ter especial cuidado com o controle da legitimidade adequada do representante, sugerindo alguns autores inclusive que deve figurar no polo passivo “o maior número possível de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo-réu”.⁸⁷

86 LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Op. cit., p.260.

87 GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela**

5. CONCLUSÃO

O processo coletivo se encontra em constante mutação, sendo este um instrumento que deve servir às mais diferentes formas de conflitos coletivos. Deste modo, com a criação de novos direitos, bem como mudanças de paradigmas no tocante à judicialização das demandas, este sofre alterações para proporcionar uma resposta mais adequada aos direitos materiais.

No caso do campo probatório, observa-se que existem diversas peculiaridades que o processo deve observar para proporcionar uma resposta mais adequada à tutela dos direitos no processo coletivo. Assim, o presente texto buscou sintetizar algumas delas, após uma contextualização do modelo de processo atual e suas premissas teóricas desenvolvidas.

Porém, deve-se ressaltar que inúmeras outras controvérsias podem e devem surgir no campo do processo coletivo probatório, tendo em vista que o próprio processo coletivo se encontra em constante mutação, cabendo aos juristas observar e buscar respostas mais adequadas e efetivas aos conflitos que surgirão.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1311669/SC. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03/12/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 574**: Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=574&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.10, p.164-192, 1955.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.192, p.397-415, fev. 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. v.2.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova**: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses públicos em juízo**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.76, p.114-126, 1994.

MULLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da prova**: análise econômica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.1, p.115-138, 2015.

PESSOA, Thiago Simões. **A ação probatória autônoma aplicada ao processo coletivo**, 2019, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Centro Autônomo do Brasil, Curitiba/ Paraná, 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. v.2.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. V. 1. Campinas: LZN, 2003.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

YARSHELL, Flávio. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

VINCULAÇÃO DA PROPOSTA DE COLABORAÇÃO PREMIADA ACEITA

Rodrigo Castor de Mattos¹

1. O INSTRUMENTO CONTRATUAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O presente artigo tem como objetivo a análise do momento em que há possibilidade de desistência das tratativas do Acordo de Colaboração Premiada, o qual não foi firmado, traçando-se um paralelo com os fundamentos contratuais do Direito Civil.

A Colaboração Premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013, tem se consolidado como um instrumento de efetividade do Direito Penal. Embora não seja inédita, tendo em vista sua previsão em legislações anteriores, passou a

¹ Advogado Criminal, sócio do Escritório Delivar de Mattos e Castor. Mestrando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Criminologia pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Graduado em Economia pela Universidade Federal do Paraná.

possibilitar, graças a sua ampla abrangência, a obtenção de informações e provas no espectro da investigação de delitos de difícil elucidação, especialmente praticados contra a ordem tributária, o sistema financeiro e administração pública, conhecidos como crimes do colarinho branco.

Em que pesem as críticas – as quais não serão objeto do presente artigo, de certo modo, a colaboração atende aos anseios da sociedade com ágeis ressarcimentos aos cofres públicos, através da descoberta de condutas criminosas punidas que não seria possível ou que resultariam em impunidade pela prescrição, ante a morosidade do Poder Judiciário. Mesmo com as forçadas tentativas de mitigar esta lentidão pelas vias alternativas, como a alteração do artigo 109 do Código Penal, e, recente decisão do plenário do STF no julgamento do HC nº 176473, o qual, contrariando a legislação, entendeu que a decisão colegiada que confirma sentença condenatória interrompe a prescrição.

Entretanto, devido às omissões legislativas, diversas incertezas ainda pairam sobre o instituto da colaboração e seu procedimento, capazes de gerar constantes inseguranças jurídicas e disparidade de armas, especialmente deixando o colaborador ao arbítrio da autoridade pública.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o **HC nº 127.483/PR**, considerado *leading case* acerca da colaboração premiada nos moldes atuais, assentou sua natureza de **negócio jurídico processual**:

No tocante à colaboração premiada, apesar de não haver uma exatidão quando o instituto, recente o Supremo Tribunal Federal através do julgado do Habeas Corpus nº 127.483 disciplinou da seguinte forma: A colaboração premiada é um negócio

jurídico processual personalíssimo, 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. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (...). Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um acordo de colaboração e às negociações para a sua formalização, a serem realizadas entre delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.²

Tal entendimento restou consolidado a partir do artigo 3º-A, da Lei nº 12.850/2013, incluído pela Lei nº 13.964/2019: *O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.*

A colaboração premiada, portanto, quebra o paradigma

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 127.483**, do Tribunal de Justiça do Estado de Paraná. Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília/DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

do Direito Penal tradicional, que é substituído por um novo modelo de Justiça criminal consensual³, entabulada entre o colaborador e o Ministério Público (ou Delegado de Polícia), passando-se a operar no campo da interdisciplinaridade com as diversas normas do direito civil contratual.

Tanto é que a intenção do legislador pela justiça penal negocial, já aplicada em legislações anteriores ainda em vigor, foi evidenciada com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, ao regulamentar o acordo de não persecução penal em seu artigo 4º, inclusive com a possibilidade de abranger reparação cível, medida anteriormente prevista no artigo 18, da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, com fundamento no artigo 129, I, da Constituição Federal e artigo 28 c/c artigo 3º do Código de Processo Penal.

Não se pode desconsiderar que mencionada inclusão legal é um meio caminho para o tão criticado *Plea Bargain* advindo do direito norte-americano, defendido de certa forma pelo Ministério Público por meio da Nota Técnica Conjunta PGR/SRI nº 105/2019, mas considerada pelos advogados um grande risco aos direitos e garantias fundamentais, inclusive ao sistema trifásico de imposição de pena instituído por Nelson Hungria em nosso ordenamento jurídico, atribuindo demasiado poder ao *Parquet*.

Retornando à questão cível, historicamente no Brasil, o contrato sempre se revelou como um instrumento jurídico

3 MENDONÇA, Andrey Borges. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade.** In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

de relevância social, sobretudo posteriormente a nova ordem constitucional de 1988, que instituiu a função social do contrato, estabelecendo princípios oriundos das ideias de ética e solidariedade, com a finalidade de promoção à justiça social.

A colaboração premiada é celebrada por meio da formalização de um acordo reduzido a termo, de caráter sinalagmático, razão pela qual deve seguir as regras aplicáveis aos contratos, negócios jurídicos bilaterais. Como se sabe, o contrato constitui um acordo de vontades celebrado entre as partes, em concordância com requisitos previstos na legislação, tais como, agente capaz e objeto lícito, tendo como finalidade resguardar, adquirir, conservar, transferir, modificar ou mesmo extinguir direitos.

Como bem pontuou o professor Rodrigo de Grandis⁴:

Percebe-se, assim, que a colaboração premiada tem a configuração jurídica de um contrato. Trata-se, de fato, de um acordo onde o Ministério Público e o acusado discutem e negociam livremente as cláusulas de um ajuste que, se fielmente cumprido, acarretará, ao final, relevantes benefícios para ambas as partes.

Portanto, o contrato tem a finalidade última de produzir um efeito jurídico. Além disso, importante relembrar meritório princípio aplicável na relação contratual: *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato faz lei entre as partes. Isso significa que, tal como ocorre nos contratos em geral,

⁴ JOTA. **Rodrigo de Grandis: prisão não invalida a delação premiada.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada-05082015>>. Acesso em 30 jun. 2020.

no acordo de colaboração premiada as cláusulas pactuadas entre o agente colaborador e o Ministério Público devem ser obrigatoriamente seguidas pelas partes.

É exatamente o que ocorre, pois, o acordo vontades entre o sujeito colaborador e o Ministério Público é reduzido a termo, como já dito, em caráter sinalagmático, tendo como objetivo principal a produção de meio especial de obtenção de prova, de acordo com o que asseveram Vinícius Marçal e Cleber Masson⁵: *Na previsão normativa da Lei 12.850/2013 (art.3.º), a colaboração premiada tem a natureza jurídica de meio [especial] de obtenção da prova, materializado em um “acordo” reduzido a ‘termo’ para a devida homologação judicial (art. 4.º, §§ 6.º e 7.º, da LCO).*

O já citado precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 127.483) assevera que o instituto da colaboração premiada comporta exame em três planos sucessivos, quais sejam, da existência, validade e eficácia, os quais, com base na doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, podem ser conceituados da seguinte maneira:

(...) **i)** da existência, pela análise de seus elementos, a fim de se verificar se o negócio é existente ou inexistente; **ii)** da validade, pela análise de seus requisitos, a fim de se verificar se o negócio existente é válido ou inválido (subdividido em nulo e anulável); e **iii)** da eficácia, pela análise de seus fatores, a fim de se verificar se o negócio existente e válido é eficaz ou ineficaz em sentido

⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p 85.

estrito.⁶

Consta do douto voto do Exmo. Ministro Dias Toffoli, Relator do caso na Suprema Corte:

Embora essa doutrina se refira ao negócio jurídico privado, sua lição é inteiramente aplicável ao negócio jurídico processual da colaboração premiada.

Segundo Orlando Gomes,

“para a formação de um contrato, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que o integram. É preciso, numa palavra, o *acordo*.

(...)

A declaração feita em primeiro lugar, visando suscitar a formação do contrato, chama-se *proposta* ou *oferta*. Aquele que a emite, tomando a iniciativa do contrato, é denominado *proponente* ou *policitante*. A declaração que se lhe segue, indo-lhe ao encontro para com a primeira se harmonizar, denomina-se *aceitação*. Àquele que se faz se designa *aceitante* ou *oblato* (Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 64-65).

Enquanto “a proposta é uma declaração de vontade dirigida a alguém com quem se quer contratar”, “aceitação é a palavra afirmativa a uma *proposta* de contrato”, em que “o *aceitante* integra a sua vontade na do *proponente*, emitindo uma *declaração* ou realizando atos que a exteriorizam (...)” (Orlando Gomes, op. cit., p. 64-70).

No caso da colaboração premiada, uma vez aceita por uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado, por escrito, passa a existir (plano da existência). (Grifamos).

⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor**: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. São Paulo: 1995, p, 23-64.

Calcado no princípio da segurança jurídica e na confiança depositada no ente estatal, o acórdão assinala a obrigatoriedade das autoridades em cumprir com os compromissos assumidos nos acordos de colaboração premiada, outorgando benefícios ao colaborador que cumpriu com sua parte.

Daí por que o instituto recebe o nome de colaboração premiada, uma vez que *colaborar* significa prestar auxílio, cooperar, contribuir, associando-se ao termo *premiada*, o qual representa vantagem ou recompensa ao colaborador. Tais princípios impõem às partes uma colaboração intersubjetiva na negociação, na qual o declarante responde pela confiança que o outro contratante nele depositou ao contratar.

Como bem observa Andrey Borges Mendonça⁷, a relação contratual da colaboração premiada faz surgir a necessidade de se aplicar, ainda que com particularidades, noções de proposta, aceitação, interpretação dos contratos e princípios da autonomia da vontade, da boa-fé objetiva e da lealdade.

De acordo com o autor, é possível constatar a existência de um *devido processo legal consensual* em torno do instituto no Processo Penal, o qual deve ser permeado por garantias tanto da acusação quanto da defesa:

Referido modelo de justiça consensual se baseia no princípio do devido processo consensual, cujos princípios estruturantes são a autonomia da vontade – como decorrência do princípio da

⁷ MENDONÇA, Andrey Borges. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade.** In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

liberdade –, a eficiência, **a boa-fé objetiva e a lealdade**.⁸ (Grifos nossos).

Nesse cenário, a boa-fé objetiva, enquanto regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, que tem como base a **lealdade e confiança** das partes, incide nas relações jurídicas para assegurar o mínimo de **estabilidade e segurança**, tutelando, assim, a **justa expectativa** de um dos contratantes, que espera e acredita que a outra parte aja conforme o avençado.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Na tradução literal, *venire contra factum proprium* significa vir contra um fato próprio. Ou seja, **não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta.** Parte-se da premissa de que os contratantes, por consequência lógica da confiança depositada, devem agir de forma coerente, segundo a expectativa gerada por seus comportamentos.⁹ (Grifos).

Na mesma linha, Judith Martins-Costa¹⁰ bem esclarece o alcance da proibição do *venire contra factum*

8 *Ibid.*, p. 64.

9 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. Vol 4, Tomo I, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118-119.

10 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 470.

proprium, também conhecida como teoria dos atos próprios, que, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, proíbe os contratantes de atuar em contradição em relação a um comportamento próprio anteriormente externado, de forma a coibir o abalo da confiança que deve permear as relações jurídicas e a justa expectativa da contraparte:

Nessa medida, o *venire contra factum proprium* serve como modelo ensejador do estabelecimento de certos requisitos de conduta. Estes são revelados no caso concreto, à luz de suas circunstâncias, em especial da finalidade do contrato, mas, como regra geral, admite-se incidirem quando já surge uma situação jurídica ocorrida pelo *factum proprium*, situação da qual decorre benefício, **ou a expectativa de benefício, para a contraparte, à qual se segue-se uma contradição, originada por um segundo comportamento pelo autor do factum proprium.**

(...)

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.¹¹ (Grifamos).

¹¹ *Ibid.*, p. 470-471.

O interesse do fomento da boa-fé e da proteção da confiança, que se manifestam em face das expectativas criadas durante a fase pré-contratual, cresce, via de regra, à medida que o *iter contractus* progride.

Como assinala Antonio Junqueira de Azevedo:

A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual – sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento –, **norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes**; o pensamento, infelizmente ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual deve ser definitivamente afastado. **É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca**, dando as informações necessárias, **evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso**, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, **não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações**, etc.¹² (Grifos nossos).

Portanto, indiscutível a natureza contratual do acordo de colaboração premiada, sendo imperativa a observância dos princípios norteadores das relações contratuais que se aplicam à espécie, como a boa-fé objetiva, lealdade, vinculação das partes, justa expectativa e outros.

12 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor**: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. São Paulo: 1995, p. 4, *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 509.

2. MARCO INICIAL DAS TRATATIVAS DO ACORDO E COLABORAÇÃO PREMIADA E AS FASES POSTERIORES

O artigo 3º - B, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, incluído pela Lei nº 13.964/2019, aduz que “*o recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração premiada demarca o início das negociações (...)*”, enfatizando que o procedimento deve ser regido pela boa-fé entre as partes.

Já o parágrafo 2º garante ao colaborador que: *Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa.*

Dessa forma, temos demarcado o início das negociações, a vinculação dos órgãos envolvidos e o impedimento de indeferimento injustificado da colaboração, tendo em vista justamente a preocupação do legislador em garantir que o colaborador, hipossuficiente, não fique ao livre-arbítrio da autoridade negociante, sendo o procedimento regido pela boa-fé.

Todavia, em relação à desistência das tratativas, a possibilidade é sucintamente delimitada no parágrafo 10 do artigo 4º, da Lei 12.850/2013, estabelecendo que “*as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor*”.

Entretanto, em que pese a nítida intenção de proteger o colaborador, a lei é omissa em estabelecer o marco temporal para que ocorra essa retratação devidamente justificada, resultando em severa insegurança para a pessoa física, parte hipossuficiente da relação jurídica.

Por sua vez, sem base legal, a Orientação Conjunta nº 1/2018 da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF estabelece em seu artigo 6º que: *“A proposta de colaboração é retratável por qualquer das partes até a assinatura do acordo, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei 12.850/2013”*.

Certo é que, ao longo das tratativas, alguns marcos são construídos, levando em consideração que novas informações e documentos vão sendo apresentados em decorrência do avanço das negociações.

Saliente-se o artigo do ilustre Procurador da República Orlando Martello, no qual são expostas interessantes sugestões de um roteiro prático para o desenvolvimento da negociação e formalização do acordo de colaboração premiada, com base em sua experiência desenvolvida ao atuar nas forças-tarefas das operações “Banestado” e “Lava Jato”.

No artigo, o autor propõe o desenvolvimento das negociações em 4 (quatro) fases, com a observação de que *“soamente se deve avançar para a etapa seguinte quando esgotado o ciclo anterior.”*¹³

Segundo seu entendimento, as fases no decorrer das negociações são, resumidamente, as seguintes:

1ª Fase: Pontos a serem esclarecidos. Identificado o interesse público na realização do acordo, ou seja, verificado que o agente poderá, em princípio, contribuir efetivamente para a investigação,

¹³ MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática.** Disponível em: <http://www.academia.edu/27495561/A_NEGOCIA%C3%87%C3%83O_DA_COLABORACAO_A%C3%87%C3%83O_PREMIADA_E_SUA_PR%C3%81TICA>. Acesso em: 25 abr. 2017.

inicia-se o processo de colaboração. Nesta fase, recomenda-se a apresentação de anexos, com descrição resumida dos fatos, para valoração do interesse na colaboração.

(...)

2ª Fase. Reunião presencial. Constatado o interesse pela análise dos anexos, deve-se promover um reunião presencial com o interessado para três finalidades principais: a) aprofundar o conhecimento sobre as provas que o agente tem sobre os fatos, buscar outros detalhes não revelados nos anexos e compreender como o agente poderá efetivamente auxiliar no resultado da apuração; b) esclarecer o procedimento da colaboração, possíveis benefícios, obrigações e deveres de ambas as partes; e c) verificar a sinceridade e espontaneidade do agente.

(...)

3ª Fase. Oferecimento dos Benefícios. A lei confere uma ampla possibilidade de benefícios, que vai desde a redução da pena, passando pela alteração de regime, até o perdão judicial (Art. 4º, Lei 12.850/13).

(...)

4ª Fase. Gestão do Acordo. Talvez a fase mais trabalhosa seja esta última. Depois de firmado o acordo, colhem-se as declarações do agente, conforme os pontos propostos, apreendem-se as provas entregues e requer ao Juiz a respectiva homologação (art. 4º, par. 7 e 8, Lei 12.850/13).

Nessa linha, considerando a evolução para a 2ª Fase, tem-se a criação de um fato gerador de confiança, quando o Ministério Público ou a Polícia Judiciária obtém acesso aos fatos revelados pelo pretenso colaborador e aos dados de corroboração.

Com conhecimento de todos os dados apresentados pelo colaborador – geralmente entrevistado pessoalmente, a

autoridade pública tem plena capacidade para avaliar o interesse público para a investigação criminal da colaboração em andamento, momento no qual discricionariamente oferece os benefícios previstos na Lei nº 12.850/2013, passando-se para a 3ª Fase.

Lembrando que tais benefícios são: (i) concessão do perdão judicial; (ii) redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal; ou (iii) deixar de oferecer denúncia contra o agente colaborador. Destaque-se que os prêmios somente poderão ser concedidos a partir da análise da efetividade da colaboração, nos termos do artigo 4º da Lei 12.850/13.

Posteriormente, a autoridade pública propõe os termos do acordo de colaboração premiada, inclusive as multas, reparação de danos, regime prisional, etc.

Ante a proposta apresentada, o pretense colaborador, juntamente com seu advogado, avalia os benefícios propostos, negocia os termos com a autoridade e aceita ou não o fechamento do acordo, lembrando se tratar de contrato bilateral, de caráter sinalagmático.

Aceito o acordo, passa-se à assinatura do instrumento de colaboração premiada, quando o colaborador encaminha os documentos necessários para a elaboração do termo, como eventualmente patrimônio oculto e documentos originais autocriminalizatórios, quando a defesa técnica e Ministério Público ou a Polícia Judiciária passam a trocar minutas do contrato que será assinado.

Nesse momento, todos os passos para a assinatura do acordo foram superados e a autoridade pública já tem

absolutamente todos os relatos e dados delituosos narrados pelo colaborador, inclusive imputando terceiras pessoas. Portanto, resta apenas a assinatura do acordo.

Assim, indaga-se: é possível a desistência do acordo unilateral e de forma imotivada ou com argumentação pífia, pela autoridade competente, no último estágio das tratativas? Ou seja, na assinatura, como prevê o artigo 6º, da orientação conjunta nº 1/2018 da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF?

3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A VINCULAÇÃO DA PROPOSTA ACEITA

É inegável, portanto, que o acordo de colaboração premiada, segundo o artigo 3º-A, da Lei 12.850/13, é negócio jurídico, termo do Direito Contratual, no âmbito da vontade volitiva, resultando em obrigação.

Na definição de Francisco Amaral:

O negócio jurídico é declaração de vontade que se destina à produção de certos efeitos jurídicos que o sujeito pretende e o direito reconhece. Seu elemento essencial é a vontade, que se dá a conhecer pela respectiva declaração e que tem, por isso, relevante significado econômico e social, por ser meio de se alcançar o efeito jurídico pretendido.¹⁴

¹⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 377.

Na fase pré-contratual, a obrigação decorre da oferta de que: *é uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar o contrato), por força da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada se a outra parte aceita.*¹⁵.

Para ser obrigatória, basta que a oferta seja suficientemente precisa, não sendo necessário preencher os requisitos essenciais do contrato. Uma vez aceita, a oferta tem caráter vinculante e obrigatório¹⁶ em face da teoria da declaração e da confiança¹⁷, sendo que *“a possibilidade de retirar arbitrariamente a oferta representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízos ao outro contratante, que, de boa-fé, acreditou na seriedade da proposta a ele apresentada”*¹⁸.

Portanto, a desistência do acordo numa fase avançada, sem justificativa plausível, resulta na supressão da confiança assentada entre as partes, podendo gerar prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara, nitidamente rompendo as barreiras da boa-fé objetiva. Aliás, muito mencionada na orientação conjunta do MPF e no próprio texto legal.

15 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 327.

16 “**CC/2002, art. 427**. *A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”.

17 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: RT, 2004, p. 116.

18 RODRIGUES, 1997, p. 61. Apud. MATTOS, Analice Castor de. **Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico**. Curitiba: Jurúá, 2009

O precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal e a doutrina sinalizam para a possibilidade de aplicação de institutos de direito privado e normas de direito contratual ao negócio jurídico de colaboração premiada. Nesse ambiente de interdisciplinaridade, oportuna a leitura do art. 427 do Código Civil, que assim dispõe: *A proposta de contrato **obriga o proponente**, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.*

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao comentar o dispositivo supra, pontuam que:

Observa-se, portanto, que a proposta de contratar *obriga* o proponente ou polícitante, **que não poderá voltar atrás**, ressalvadas apenas as exceções capituladas na própria lei (arts. 427 e 428).

Cuida-se, no caso, do denominado **princípio da vinculação ou da obrigatoriedade da proposta, diretriz normativa umbilicalmente ligada ao dogma da segurança jurídica**.¹⁹ (Grifamos).

Maria Helena Diniz, na mesma esteira, observa que:

“A obrigatoriedade da proposta consiste no ônus imposto ao proponente, de não a revogar por certo tempo a partir de sua existência, assegurando-se assim a estabilidade das relações sociais.”²⁰ (Grifos nossos).

19 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: teoria geral dos contratos*, vol 4, Tomo I, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131.

20 DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 327.

A obrigatoriedade da proposta formalmente aceita está umbilicalmente ligada, portanto, aos princípios da boa-fé objetiva, da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Estes princípios são da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que fazem parte do sistema constitucional como um todo, razão pela qual se espera que instituições tão importantes da República, como o Ministério Público e a Polícia Judiciária, sigam à risca esses postulados em todas as fases das tratativas com os pretensos colaboradores.

Acerca do princípio da proteção da confiança, inerente ao Estado de Direito, colham-se os seguintes excertos do percuciente e pedagógico voto condutor proferido pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ACO nº 79, pelo Supremo Tribunal Federal:

Ora, assim como no direito alemão, francês, espanhol e italiano, o ordenamento brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática, e, na sua aplicação, **vem reverenciando os princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança**, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras stricto sensu. Isto significa que situações de fato, quando perdurem por largo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem ser estimadas com cautela quanto à regularidade e eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias.

A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na ratio iuris

da coibição do venire contra factum proprium, tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobretudo Estado de confiança.

E a boa-fé e a confiança dão novo alcance e significado ao princípio tradicional da segurança jurídica, em contexto que, faz muito, **abrange, em especial, as posturas e os atos administrativos**, como o adverte a doutrina, relevando a importância decisiva da ponderação dos valores da legalidade e da segurança, como critério epistemológico e hermenêutico destinado a realizar, historicamente, a ideia suprema da justiça: (...) ²¹ (Grifos nossos).

É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança, destacado pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do MS nº 24.268-0/MG pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica. (Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91).²² Destacamos.

21 STF – Tribunal Pleno – ACO 79 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 25.05.2012.

22 STF. **MS 24268/MG**. Tribunal Pleno – Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes – DJ 17.09.2004, p. 53.

Especificamente no que se refere ao **cumprimento das promessas** no decorrer das negociações de acordo de colaboração premiada, bem adverte o Procurador da República Orlando Martello:

Considero este dever um dos mais importantes do acordo. O compromisso feito pela autoridade pública durante as negociações deve ser respeitado incondicionalmente. Jamais uma promessa (de benefício, de prazo, de conduta processual, etc.), ainda que feita de modo verbal e esquecida de ser registrada, pode deixar de ser cumprida. A autoridade deve, antes de tudo, honrar sua palavra, não apenas pelo dever moral e de lealdade, mas também para o que instituto não ganhe descrédito.²³ Grifos.

Com base nessas premissas e de qualquer ângulo que se analise a questão, verifica-se claramente o caráter obrigatório da proposta de acordo de colaboração em fase avançada e formalmente aceita pelas partes, exceto por motivo justificado, que deverá ser pormenorizadamente em expediente próprio, sujeito ao contraditório.

Por esse motivo, não se pode aceitar que as partes possam desistir do acordo de colaboração premiada até sua assinatura, conforme a Orientação Conjunta nº 1/2018 da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, nem a qualquer momento, como prevê o texto legal, devendo-se analisar os princípios norteadores do direito para se estabelecer o ponto em que não mais se admite a desistência, especialmente pelos efeitos até então já produzidos.

²³ MARTELLO, Orlando. *Op. cit.*, p. 22.

A assinatura é o ato final de formalização, sendo que muitas vezes, passaram-se meses de negociação, inclusive com o pretense colaborador respondendo a ações penais ou inquéritos policiais, norteados sua defesa na expectativa do acordo em andamento, até mesmo confessando fatos em juízo. Da mesma forma, as autoridades podem estar conduzindo investigações com a justa expectativa da colaboração.

A lei determina que, iniciadas as tratativas, somente poderá ser indeferida a colaboração por motivo justificado. Evidente que não pode ser qualquer arrazoado ao livre-arbítrio da autoridade, desprovido de lógica e teratológico, como na prática se observa.

Ou seja, a autoridade pública tem caráter instrumental e se chegou a oferecer as condições do acordo: entendeu que os elementos apresentados pelo pretense colaborador eram suficientes e aptos a subsidiar a investigação, cumprindo sua finalidade de meio de obtenção de prova e atendendo ao interesse coletivo.

Assim, uma vez percorridas todas as etapas do processo de negociação e com o aceite da proposta, criam-se justas e concretas expectativas de direito para o colaborador, não podendo se admitir simples desistência, sem justificativa plausível, mediante conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, já na fase da assinatura do acordo, por exemplo.

Sobre a interdisciplinaridade e retratabilidade do acordo de colaboração premiada, Didier Júnior²⁴ fundamenta:

24 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Colaboração premiada**: noções gerais e natureza jurídica. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Processo Penal: Coleção Repercussões no novo CPC*, v. 13, Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 194-199.

Todavia, vendo a natureza jurídica material da colaboração premiada, inspirada nos conceitos típicos do Direito Civil, sobretudo em relação à Teoria do Fato Jurídico, essa pode ser encarada como um negócio jurídico.

(...)

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850.2013 é (i) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontades da parte é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (ii) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; (iii) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista material e processual, haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (iv) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos. A retratação é a exteriorização de vontade do sujeito que tem como efeito extinguir situação jurídica decorrente de uma sua anterior exteriorização de vontade negocial. É o exercício de se arrepender do negócio. A retratação é, pois, negócio jurídico unilateral que tem, em regra, eficácia *ex tunc*, ou seja, ela opera a deseficacização da vontade anterior. Os efeitos que já tiverem sido irradiados serão desconstituídos, se possível; os efeitos ainda pendentes não mais serão produzidos. Em termos práticos, funciona como se a primeira vontade não tivesse sido exteriorizada, porque se possibilita ao sujeito arrepender-se do negócio.

Muita bem ponderadas as palavras do professor, porquanto o desfazimento deveria ter eficácia *ex tunc*. Porém, como dito alhures, não se pode adotar exclusivamente o Código de Processo Civil, sendo praticamente impossível obter tais

efeitos na esfera penal, na qual a desistência do negócio poderá gerar efeitos irreparáveis ao acusado criminalmente. Simplesmente não há como fingir que as autoridades nunca tiveram acesso a, muitas vezes, farta documentação comprobatória de delitos.

É até inusitado que, de conhecimento dos crimes cometidos narrados pelo colaborador e que a autoridade entendeu tão relevantes que chegou até a formular a proposta de acordo de colaboração, simplesmente deixe de apurá-los, mediante a desistência do acordo, deixando os imputados livres de uma investigação criminal. Poder-se-ia até cogitar em eventual prevaricação.

Desse modo, considerando que a colaboração premiada é uma espécie de negócio jurídico celebrado entre o sujeito colaborador e o Ministério Público e, ainda, que segue as regras aplicáveis aos contratos, as cláusulas convencionadas livremente entre as partes se submetem ao princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, devem obrigatoriamente ser seguidas pelas partes.

Não se perca de vista que a boa-fé é elemento balizador da interpretação dos contratos, nos termos do artigo 113 do Código Civil, *in verbis*: Art. 113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

Isto significa, portanto, que as partes envolvidas na relação contratual têm o dever de agir com boa-fé antes, durante e após a celebração do negócio jurídico, evitando assim qualquer prejuízo para a parte contrária. Portanto, a boa-fé atua como elemento controlador e balizador da atividade contratual.

A questão é extremamente relevante, ainda mais no atual cenário jurídico em que observamos colaboradores,

mesmo após prestar informações às autoridades e efetivamente colaborarem com a justiça, inclusive com acordos homologados judicialmente, serem presos por fatos delatados por eles mesmos.

O que esperar que ocorra com indivíduos que entregam relatos escritos, elementos de prova e fornecem informações úteis às autoridades e no último minuto tem suas expectativas frustradas pela desistência da autoridade pública em formular o acordo proposto?

A questão da retratação do acordo celebrado deve ser tratada com cautela e atenção, de forma a evitar que haja má-fé ou deslealdade processual da parte.

Afinal, se as tratativas chegaram até o oferecimento de acordo de colaboração premiada, o órgão investigativo ou acusatório teve acesso a tudo oferecido pelo pretense colaborador, sendo difícil acreditar que deixarão de utilizar as informações, como dispõe o §10 do artigo 4º, da Lei 12.850/2013, resultando em nítida falta de segurança jurídica e ruptura da confiança depositada.

Conclui-se, portanto, que o limite para a ruptura das tratativas do acordo de colaboração premiada ocorre antes da oferta dos benefícios pela autoridade pública, pois se chegou até esse momento, é porque, após analisar os relatos e elementos de corroboração apresentados pelo pretense colaborador, entendeu presentes o requisitos legais, e o interesse público para a investigação criminal, passando a proposta a ser vinculante, não havendo mais margem para desistência por parte da autoridade pública, mas somente pelo pretense colaborador que pode não aceitar os termos ofertados.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS ADVOGADOS ASSOCIADOS

Anderson Angelo Vianna da Costa¹

1. INTRODUÇÃO

Tenho tido nestes últimos anos a oportunidade de lecionar em cursos de pós-graduação² para alunos advogados atuantes nas áreas trabalhista, previdenciária e tributária. Na maioria das vezes, cabe a mim abordar **custeio previdenciário**, onde apresento as premissas e princípios

¹ Advogado previdenciarista (OAB/PR 59.738 – OAB/SP 359.648 – OAB/RJ 211.893); sócio do escritório **Vilela Vianna Advocacia e Consultoria**, sediado em Curitiba/PR; Professor em diversos cursos de Pós-Graduação, lecionando matérias de Direito Previdenciário; Autor do livro “Gestão dos Afastamentos e dos Benefícios Previdenciários”, 2ª ed., pela editora LUJUR; Autor de diversos artigos. É ainda romancista e Comendador, pela Academia Brasileira de Artes, Cultura e História, de São Paulo. E-mail: anderson@vilelavianna.adv.br

² Cito aqui a Escola da Magistratura do Paraná, na pós-graduação de Direito do Trabalho e Previdenciário; na UNIVALI, de Itajaí/SC, nos cursos de pós-graduação de Direito do Trabalho e Previdenciário e também no curso de pós graduação de Direito Empresarial; na Universidade Positivo, de Curitiba/PR, na pos-graduação de Direito Tributário.

constitucionais aplicados, bem como os tipos de contribuintes de nosso Regime Geral, incluindo as espécies de contribuintes pessoas físicas.

Nessa abordagem cito quem são os contribuintes obrigatórios (conceito que veremos mais adiante neste artigo) e ilustro com os casos dos advogados atuantes como exemplo de profissionais integrantes das espécies de contribuintes empregados ou contribuintes individuais.

Já deixou de ser surpresa para mim o fato de que um grande número de advogados desconhece a obrigatoriedade de verterem suas contribuições regulares ao Regime Geral, sobretudo aqueles que trabalham vinculados a escritórios de advocacia, mas sem serem deles empregados ou empresários (sócios efetivos), mas autônomos ou advogados associados.

A situação me parece preocupante uma vez que estes advogados se encontram em situação de desamparo previdenciário, além de estarem numa situação de vulnerabilidade perante o fisco, tal qual os escritórios para os quais prestam seus serviços regularmente.

Neste artigo, apresentarei os conceitos e as normas legais que versam sobre o tema, com o intuito de esclarecer e orientar estes advogados que se encontram irregularmente desvinculados do nosso sistema previdenciário, sem deixar de falar nas responsabilidades contributivas dos escritórios em que estão inseridos.

2. A NATUREZA CONTRIBUTIVA DE NOSSO REGIME PREVIDENCIÁRIO E OS CONTRIBUINTES OBRIGATÓRIOS

A Previdência Social forma, ao lado da Saúde e da Assistência Social, o tripé da **Seguridade Social** estabelecido

na Constituição em seu artigo 194, cujo *caput* segue abaixo copiado:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

(...)”

O financiamento da Seguridade é anunciado no inciso VI deste artigo³ e mais detalhadamente no artigo 195 abaixo copiado, donde destaco a contribuição das empresas e dos trabalhadores:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

*I - **do empregador, da empresa** e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:*

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

*II - **do trabalhador** e dos demais segurados da*

³ “Art. 194; inciso VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social.”

*previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social;
(...)”*

Como se vê acima, empregadores e empregados são incluídos dentre aqueles que irão, compulsoriamente, financiar a seguridade social. Mais adiante, no artigo 201 dedicado exclusivamente à Previdência, temos a natureza contributiva efetivamente definida (o que não foi nenhuma novidade trazida na Carta de 88, uma vez que essa contributividade já existia nos antigos institutos e caixas de aposentadorias pensões anteriores à unificação que resultou no nosso Regime Geral atual):

*“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, **na forma da lei**, a:
(...)”*

A Lei 8.212/91 instituiu o plano de custeio da Seguridade Social e também da Previdência, definindo, à luz da Constituição Federal, a **contribuição obrigatória** para as empresas e para os trabalhadores, como se verifica no texto de seus artigos 12 e 15, o primeiro do Capítulo I específico para definir quais seriam os contribuintes do sistema.

*“Art. 12. São **segurados obrigatórios** da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:*

(...)”

Art. 15. Considera-se:

*I - **empresa** - a firma individual ou sociedade que*

assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;
 (...)

Se analisarmos mais detidamente o artigo 12 e seus inciso, veremos ali identificados os indivíduos (pessoas físicas) que são **contribuintes obrigatórios** do nosso regime, ao que antecipo serem assim divididos: empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais e os segurados especiais, cabendo tratarmos neste artigo dos empregados e dos contribuintes individuais:

*“Art. 12. São **segurados obrigatórios** da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:*

*I - **como empregado:***

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

b) (...)

*V - **como contribuinte individual:***

(...)

f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração;
g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural,

em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;
h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não;
(...)

Em linhas gerais, aquele que trabalha e auferir renda por este trabalho deve, **obrigatoriamente**, verter sua contribuição mensal para o Regime, nos valores definidos na lei, como adiante demonstraremos para os casos que incluem os advogados⁴, uma vez que são profissionais que auferem renda pela prestação de seus serviços, seja na condição de empregados, seja na condição de empresários (proprietários ou sócios de seus escritórios), o que os definiriam como **contribuintes individuais**, assim com seriam contribuintes individuais se sua atuação profissional se desse na condição de advogado autônomo.

Não existe previsão excepcional que permita a um advogado auferir renda por seu trabalho, mas não verter suas contribuições obrigatórias ao nosso regime previdenciário. Ele sempre será contribuinte individual obrigatório em decorrência de sua remuneração mensal, como veremos nos subitens seguintes, onde detalharei as características contributivas de cada uma das espécies em que podem ser encaixadas o advogado.

2.1 Contribuintes empregados

Empregado é, nos termos do Art. 3º da CLT, aquele

⁴ Por oportuno, além dos contribuintes obrigatórios, o indivíduo que não auferir renda pelo trabalho também poderá contribuir para o sistema de forma facultativa, adquirindo direito aos benefícios e serviços disponibilizados aos segurados.

que presta serviços a outrem, de forma habitual ou não eventual, pessoal, mediante remuneração e sob hierarquia.

No caso dos advogados, serão eles considerados empregados quando se presentes as características condicionantes acima, o que se verifica mais facilmente quando possuem vínculos com empresas (advogados de empresas) ou com escritórios de advocacia que optam pela contratação celetista.

Nestes casos, as contribuições mensais destes advogados empregados se darão nos moldes estabelecidos pela Lei 8.212/9, em seu artigo 30, que determina a obrigatoriedade da empresa em reter e recolher aos cofres previdenciários os valores de suas contribuições. Confira-se:

Lei 8.212/91

“Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

- a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;
- b) recolher os valores arrecadados na forma da alínea *a* deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência;
(...)”

Neste caso, portanto, muito embora os valores vertidos sejam deduzidos da remuneração mensal do empregado, a responsabilidade pelo repasse à Previdência Social será da

empresa, mensalmente, após a devida apuração e lançamento em SEFIP/GFIP/e-social.

Uma eventual ausência de pagamento pela empresa da contribuição de seu empregado será de inteira responsabilidade da empregadora, configurando-se, inclusive, em crime tipificado em nosso Código Penal, no artigo abaixo copiado:

Código Penal

“Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; (...)”

Há que se destacar também que, perante a Previdência, aquele segurado empregado cuja empregadora não verteu suas contribuições, estará em situação de boa-fé, não podendo haver qualquer restrição aos direitos previdenciários decorrentes de seu vínculo empregatício.

Relativamente aos valores mensais de sua contribuição (em valores que, como dito anteriormente, serão descontados por sua empregadora), se darão nos limites atualmente trazidos Portaria do Ministério da Economia nº 3.659, de 10 de fevereiro de 2020, conforme a aplicação progressiva dos percentuais aqui copiados:

Salário-de-Contribuição	Alíquota
Até R\$1.045,00	7,50%
De R\$1.045,01 a R\$2.089,60	9%
De R\$ 2.089,61 até R\$ 3.134,40	12%
De R\$ 3.134,41 até R\$ 6.101,06	14%

Se considerarmos o valor do teto atual do salário-de-contribuição (R\$ 6.101,06), o valor máximo da contribuição do advogado empregado será, nessa condição, de **R\$ 713,10**; se considerarmos que sua remuneração seja o piso sugerido pela OAB/PR (R\$ 3.685,00), o valor de sua contribuição será de **R\$ 374,85**.

2.2 Contribuintes individuais

O advogado será considerado contribuinte individual obrigatório quando auferir renda por seu trabalho, mas que não seja na condição de empregado, conforme se vê nos artigos adiante copiados, com destaques meus:

Lei 8.212/91

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

V - como contribuinte individual:

(...)

f) **o titular de firma individual urbana** ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, **o sócio**

solidário, o sócio de indústria, o **sócio gerente** e o **sócio cotista que recebem remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana** ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração;

g) **quem presta serviço de natureza urbana** ou rural, em caráter eventual, **a uma ou mais empresas, sem relação de emprego**;

h) **a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não**;

(...)”

Na **alínea f** teremos os advogados empresários, donos ou **sócios efetivos** de seus próprios escritórios; na **alínea g** estão os advogados que, atuando em nome próprio (e não em nome de seu escritório) em demandas específicas, prestam serviços a uma empresa, mas sem relação de emprego com esta; e, por fim, os advogados que, de forma individual (aqui também, em nome próprio e não por seu escritório), oferece e presta serviços para seus clientes pessoas físicas.

Estes advogados que, sem atuar por seu escritório, prestarem serviços a uma pessoa jurídica (alínea g), ou que se dedicarem ao atendimento de pessoas físicas, serão caracterizados como **contribuintes autônomos**.

Entendo necessário esclarecer melhor isso: se o advogado possui um escritório (Pessoa Jurídica) e, em nome desse escritório presta serviço a um terceiro, emitindo a **Nota Fiscal** ao cliente como Pessoa Jurídica (em nome de seu escritório, portanto), será ele um **contribuinte individual empresário**. Por

outro lado, caso o advogado preste serviço a um terceiro, pessoa jurídica ou física, mas o fizer de forma autônoma, emitindo ao cliente um **Recibo de Pagamento Autônomo**, será ele considerado um contribuinte individual autônomo.

Poderá ocorrer também a situação de um advogado que seja empregado de algum escritório ou empresa, mas também atue de forma autônoma num ou noutro processo, para seus próprios clientes. Neste caso, para fins previdenciários, ele estará exercendo atividades concomitantes, e deverá contribuir como empregado e também como contribuinte individual, sendo necessário somar os valores de suas remunerações para estabelecer seu salário-de-contribuição e encontrar o valor que deverá contribuir. Neste caso, seu salário-de-contribuição ficará limitado ao mesmo teto de R\$ 6.101,06 e sobre este valor deverá incidir a contribuição por ele devida.

O impacto disso se verificará em relação ao valor de suas contribuições mensais, bem como sobre a responsabilidade do recolhimento aos cofres previdenciários dos valores das contribuições, sobre o que abordarei com maiores detalhes no item 4 adiante, após destacar uma última possibilidade de contribuição aos advogados.

2.3 Contribuintes facultativos

Será contribuinte facultativo aquele que não auferir ou não auferiu renda pelo exercício de sua atividade.

Note-se, portanto, que aquele advogado que não exerce sua atividade profissional, poderá verter suas contribuições ao INSS, mantendo sua qualidade de segurado e o direito a todos os benefícios oferecidos pelo Regime Geral, fazendo-o na condição de contribuinte facultativo.

Também na condição de contribuinte facultativo, poderá o advogado verter sua contribuição naquele mês que não tiver auferido renda pelo trabalho. Essa situação poderá se verificar nos casos em que, ainda que tenha trabalhado normalmente, naquele determinado mês não tenha recebido qualquer remuneração honorária, pró-labore ou qualquer espécie de pagamento (incluindo aqui os eventuais honorários pela consulta ou atendimento inicial, quando adota este critério, e não somente os honorários iniciais, intermediários ou finais, mais habituais).

3. DA VERBA REMUNERATÓRIA E DO PRÓ-LABORE

Por regra, o salário-de-contribuição será aquele relativo à remuneração auferida pelo advogado em decorrência da prestação dos serviços.

Dessa forma, podemos assim estabelecer:

Para o advogado empregado: o salário-de-contribuição será aquele extraído de sua remuneração mensal paga pela empresa ou escritório, limitado ao teto-máximo da Previdência. O valor será proporcional, conforme tabela já apresentada, e a responsabilidade pelo pagamento à Previdência será de seu empregador.

Para o advogado empresário: o salário-de-contribuição será aquele relativo ao pró-labore por ele recebido, também limitado ao teto máximo. O valor de sua contribuição será de 11% calculados sobre o valor do pró-labore previamente definido. Não incidirá contribuição previdenciária sobre o valor do lucro distribuído. A responsabilidade pelo repasse aos cofres previdenciários também será do escritório.

Sobre a incidência da contribuição sobre pró-labore, trago aqui a Solução de Consulta COSIT nº 120, de 17/08/2016, abaixo copiada:

SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 120, DE 17 DE AGOSTO DE 2016

(Publicada no DOU de 19/08/2016, seção 1, pág. 43)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

EMENTA: SÓCIO. PRÓ-LABORE. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

O sócio da sociedade civil de prestação de serviços profissionais que presta serviços à sociedade da qual é sócio é segurado obrigatório na categoria de contribuinte individual, conforme a alínea “f”, inciso V, art. 12 da Lei nº 8.212, de 1991, **sendo obrigatória a discriminação entre a parcela da distribuição de lucro e aquela paga pelo trabalho.**

O fato gerador da contribuição previdenciária ocorre no mês em que for paga ou creditada a remuneração do contribuinte individual.

Pelo menos parte dos valores pagos pela sociedade ao sócio que presta serviço à sociedade terá necessariamente natureza jurídica de retribuição pelo trabalho, sujeita à incidência de contribuição previdenciária, prevista no art. 21 e no inciso III do art. 22, na forma do §4º do art. 30, todos da Lei nº 8.212, de 1991, e art. 4º da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003.

Faço ainda uma observação importante: o sócio vertirá sua contribuição individual no percentual de 11%, o que não se confunde com a contribuição previdenciária patronal de seu

escritório, equivalente a 20% incidentes sobre o somatório das remunerações pagas ou creditadas àqueles que lhe prestam serviços (a remuneração dos empregados, o pró-labore dos sócios e os honorários pagos aos profissionais autônomos).

Para o advogado autônomo: seu salário-de-contribuição será, via de regra, equivalente a 20% calculados sobre o valor auferido mensalmente quando houver a prestação de serviços para um cliente pessoa física. Esse percentual poderá ser reduzido para 11% se optar formalmente pela opção de não obter a aposentadoria por tempo de contribuição (mas apenas pela aposentadoria por idade), nos termos autorizados pela Lei 12.470/11.

A responsabilidade pelo pagamento será do próprio profissional autônomo.

Entretanto, caso preste serviço para uma pessoa jurídica (a um escritório de advocacia, por exemplo), o percentual de sua contribuição será de 11%, nos termos do art. 30, § 4º da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.876/99. Neste caso, a responsabilidade pelo pagamento será da empresa contratante de seus serviços, que deverá descontar-lhe esse percentual do valor de sua remuneração.

Então, atente-se: se o advogado autônomo prestar serviço a um cliente pessoa física, a contribuição será feita no patamar de 20% sobre o valor cobrado (limitado ao teto máximo, repita-se), sendo ele o responsável pelo pagamento; por outro lado, se a prestação dos serviços autônoma se der para um cliente pessoa jurídica, a incidência será de 11%, a ser descontada pela empresa contratante quando do pagamento dos valores pactuados e por esta repassado aos cofres previdenciários.

3.1 Sobre a contribuição previdenciária dos advogados associados

E o advogado associado, em que espécie contributiva se encaixa?

Bem, teremos que analisar se, de fato, o chamado advogado associado não estaria numa situação de vínculo empregatício irregular. E aqui, vou testemunhar que tenho identificado vários alunos e colegas em situação de irregularidade, posto que verificadas as características que os definem como empregados (pessoalidade, jornada estabelecida, remuneração e hierarquia) e, ainda e mais grave, sem um contrato formal que pudesse estabelecer uma relação não empregatícia (de autônomo ou associado).

Noutros tantos casos, verifico que, muito embora haja um contrato que os definam como advogados associados, com a remuneração por pró-labores, não está havendo a necessária contribuição previdenciária obrigatória.

a) Caso em que existe um contrato formal, com o advogado associado incluído no Contrato Social do escritório, com prévia definição de pró-labore

Neste formato, o mais comum é a prática da definição de um pró-labore como remuneração mensal, num valor fixo ou variável, ou ainda com uma parcela fixa e outra variável.

Neste caso, sendo o advogado associado, sua situação se assemelha à do próprio sócio, devendo incidir a contribuição de 11% sobre o valor do pró-labore total mensal (parte fixa mais variável). Caberá ao advogado o cálculo e o pagamento aos cofres previdenciários. O escritório, por sua vez, deverá

incluir o valor deste pró-labore como base-de-cálculo de sua contribuição previdenciária patronal (20%) e do SAT (1%).

Caso o advogado associado não esteja vertendo suas contribuições obrigatórias, estará em situação de ilegalidade e vulnerável à cobrança pela Receita Federal. Essa situação poderá ser regularizada a qualquer tempo, devendo o profissional requerer sua regularização perante o INSS, que autorizará o pagamento em atraso das contribuições devidas e não pagas, com a incidência de multa e juros.

Para instruir seu requerimento de regularização, o advogado deverá comprovar ter exercido sua atividade profissional mediante remuneração, apresentando os documentos que assim demonstrem (por exemplo: cópias dos comprovantes ou extratos bancários dos recebimentos, atas de reuniões, petições, processos em que tenha atuado, cópia da Declaração de Imposto de Renda, dentre outros).

b) Caso em que não existe um contrato formal, sem estar o advogado incluído no contrato social, mas com prévia definição de pró-labore

Situação irregular, mas que para fins previdenciários poderá ser considerada tanto como um **vínculo empregatício** quanto uma **prestação autônoma de serviços**. Neste último caso, a incidência da contribuição previdenciária também seria no patamar de 11% calculados sobre o valor do pró-labore, a ser descontado do valor a ser pago pelo escritório ao advogado, cabendo ao escritório o repasse para os cofres previdenciários. O valor pago ao advogado pelo escritório será computado como base-de-cálculo da contribuição patronal (20%) e do SAT (1%).

Para o advogado que se encontra nessa situação, sugerimos que regularizem a contratação.

Perante o INSS, o tempo poderá ser averbado pela autarquia, cabendo ao advogado apresentar documentos probatórios da prestação dos serviços ao escritório. Note-se que a responsabilidade pelo pagamento aos cofres previdenciários seria do escritório, fosse na condição de associado corretamente configurada, fosse na condição de advogado autônomo que presta serviço a uma pessoa jurídica.

Que documentos devem ou podem ser apresentados pelo advogado para ver o tempo e as contribuições averbadas? Cópia dos pagamentos dos pró-labores, cópia da declaração de Imposto de Renda, comprovantes da atuação advocatícia, como atas, reuniões, e-mails, peças assinadas ou protocolos judiciais, por exemplo.

A situação irregular poderá ainda ser considerada como uma relação empregatícia, a ser assim reconhecida pelo próprio INSS ou por meio de uma ação judicial a ser proposta perante a Justiça Federal (e não trabalhista) que poderá reconhecer o vínculo de emprego para fins previdenciários, a despeito da eventual inexistência de decisão trabalhista.

c) Caso em que existe um contrato formal, mas o advogado associado não está incluído no Contrato Social do escritório, mas com prévia definição de pró-labore

Situação igualmente irregular, mas que para fins previdenciários poderá ser considerada como vínculo empregatício ou prestação autônoma de serviço. Neste caso, a incidência da contribuição previdenciária também seria no patamar de 11% calculados sobre o valor do pró-labore, a ser descontado do valor a ser pago pelo escritório ao advogado, cabendo ao escritório o repasse para os cofres previdenciários.

Também neste caso, o valor pago ao advogado

pelo escritório será computado como base-de-cálculo da contribuição patronal (20%) e do SAT (1%).

Para o advogado que se encontra nessa situação, sugerimos que regularizem a contratação.

Perante o INSS, o tempo poderá ser averbado pela autarquia, cabendo ao advogado apresentar documentos probatórios da prestação dos serviços ao escritório. Note-se que a responsabilidade pelo pagamento aos cofres previdenciários seria do escritório, fosse na condição de associado corretamente configurada, fosse na condição de advogado autônomo que presta serviço a uma pessoa jurídica.

Que documentos devem ou podem ser apresentados? Cópia do contrato, cópia dos pagamentos dos pró-labores, declaração de Imposto de Renda, comprovantes da atuação advocatícia, como atas, reuniões, e-mails, peças assinadas ou protocolos judiciais, por exemplo.

Também neste caso, a situação irregular poderá ainda ser considerada como uma relação empregatícia, a ser assim reconhecida pelo próprio INSS ou por meio de uma ação judicial a ser proposta perante a Justiça Federal (e não trabalhista) que poderá reconhecer o vínculo de emprego para fins previdenciários, a despeito da eventual inexistência de decisão trabalhista.

4. O QUE DEVE FAZER O ADVOGADO ASSOCIADO EM RELAÇÃO À IRREGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA?

Estando numa das situações de irregularidade previdenciária aqui abordadas, poderá o advogado associado requerer, administrativamente perante o INSS, a averbação de

seu tempo de contribuição e de seus salários-de-contribuição, apresentando os documentos aqui já sugeridos, bem como um requerimento escrito, com a narrativa explicativa do período que se pretende averbar.

Caso a autarquia negue seu pedido, poderá o advogado ingressar com uma ação judicial, a ser proposta perante a Justiça Federal (Juizado Especial Federal) para pleitear pela averbação do tempo e dos salários, instruindo a ação com os mesmos documentos e com a cópia do protocolo do requerimento administrativo.

Repita-se: caso pretenda o reconhecimento do vínculo empregatício, o advogado associado não precisará necessariamente ingressar com uma reclamatória trabalhista em face do escritório, bastando pleitear pelo reconhecimento de tal condição na via federal previdenciária.

É claro que uma decisão trabalhista apontando para a existência do vínculo será considerada uma prova mais robusta perante o judiciário federal, ainda que tal decisão proferida pela Justiça do Trabalho não vincule a decisão previdenciária.

5. DA RESPONSABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS

Como visto, os escritórios de advocacia serão responsáveis por descontar da remuneração paga ao advogado associado ou ao advogado que de forma autônoma lhe preste os serviços advocatícios, ficando obrigados a repassar os valores aos cofres previdenciários, tal qual o faz para seus demais empregados.

Igualmente obrigatória será a inclusão das remunerações na própria base-de-cálculo de sua contribuição patronal (20% e 1% de SAT).

A irregularidade será passível da autuação fiscal, sendo incidente a aplicação multa e juros, ficando o escritório vulnerável nos 5 anos anteriores, prazo prescricional para a autuação fiscal.

Para ilustrar em números o impacto disso, vamos imaginar um escritório que tenha tido, por 5 anos, 10 advogados na condição de associado irregular ou que tenha contado com a prestação autônoma de advogados, pagando-lhes uma remuneração/honorário ou pró-labore de R\$ 3.685,00 (piso sugerido pela OAB/PR para advogado iniciante).

a) Contribuição patronal devida no período de 5 anos:

Base-de-cálculo para 10 advogados, com remuneração mensal de R\$ 3.685,00, por 5 anos:

$10 \times \text{R\$ } 3.685,00 \times 12 \times 5 = \text{R\$ } 2.211.000,00$ (dois milhões, duzentos e onze mil reais)

$\text{R\$ } 2.211.000,00 \times 21\% \text{ (} 20\% + 1\% \text{)} = \text{R\$ } 464.310,00$

b) Repasse da contribuição previdenciária dos advogados

$10 \times \text{R\$ } 3.685,00 \times 12 \times 5 = \text{R\$ } 2.211.000,00$ (dois milhões, duzentos e onze mil reais)

$\text{R\$ } 2.211.000,00 \times 11\% = \text{R\$ } 243.210,00$

**Total devido aos cofres previdenciários (a + b):
R\$ 707.520,00**

Sobre os totais, haverá a correção, com incidência de multa e juros pela SELIC.

6. DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Não raro também, sou questionado por alunos advogados sobre um ponto que merece um breve esclarecimento: o fato de contribuir para um regime complementar privado **não o afasta da obrigatoriedade da contribuição ao INSS**.

A previdência complementar, como o próprio nome sugere, visa a complementação da renda de aposentadoria ou dos benefícios previdenciários a serem concedido pelo INSS, sendo livre a contratação pelo profissional.

Existem no mercado diversas empresas que oferecem planos de previdência complementar, notadamente as instituições financeiras, sendo variados os benefícios por eles disponibilizados, sendo os mais comuns a aposentadoria e a pensão por morte. Os valores a serem aportados mensalmente e a taxa de administração cobrados variam, assim como são diversos outros aspectos a serem considerados na contratação.

Reputo importante e sugiro que os advogados analisem a possibilidade de contratarem uma previdência complementar, sobretudo diante das novas regras de aposentadoria, tornadas mais longevas e com várias limitações nos valores dos futuros benefícios. A própria OAB possui plano de previdência complementar para os advogados, com uma taxa de administração mais atrativa, pela qual optei há alguns anos, inclusive.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Minha intenção com o presente artigo foi, de forma bastante simples e objetiva, abordar uma situação que vejo com grande preocupação: a quantidade de advogados que se

encontra em irregularidade previdenciária, por estarem auferindo renda por sua atividade advocatícia sem verterem a obrigatória contribuição previdenciária ao Regime Geral de Previdência Social.

Optei por destacar o caso dos advogados associados diante de minha particular constatação de que um grande número se encontra em situação de irregularidade contratual perante os escritórios para os quais prestam seus serviços regularmente, com conseqüente irregularidade previdenciária.

Entendi pertinente abordar a natureza contributiva de nosso Regime Geral e a obrigatoriedade da contribuição previdenciária pelos advogados que trabalham e auferem renda por este trabalho.

Em síntese, verificamos que:

- Nosso regime previdenciário tem natureza contributiva;
- A contribuição é obrigatória para aquele que auferir renda por sua atividade laborativa, com destaque para os advogados;
- Os advogados podem ser: empregados, quando presente a relação de emprego com um escritório de advocacia que adote a contratação nos termos do artigo 3º da CLT ou com uma empresa; contribuinte individual, na condição de sócio do escritório, quando será considerado empresário, ou por atuar de forma autônoma;
- Sendo advogado associado em situação de irregularidade, poderá este advogado postular, perante o INSS, o reconhecimento de sua condição

de empregado ou de contribuinte autônomo, casos em que a contribuição previdenciária ficaria sob a responsabilidade do escritório contratante;

- Poderá o advogado optar pela contratação de uma previdência complementar, a exemplo daquela oferecida e disponibilizada aos advogados pela própria OAB, o que não afasta a obrigatoriedade da contribuição ao INSS.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

DA NECESSIDADE DE UNIFORMIZAR PROCEDIMENTOS NO FUNCIONAMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS - ENUNCIADOS FONAJE OU APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

José Carlos Madalozzo Junior¹

Resumo: o presente artigo visa demonstrar uma análise crítica da insegurança gerada pela ausência de padronização dos procedimentos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, bem como da tentativa dos coordenadores estaduais em dar um norte através dos Enunciados do Fonaje, e a solução legislativa que se tem à disposição via aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Juizados Especiais – Fonaje – Constituição Federal – Código de Processo Civil;

1 Advogado, sócio fundador do escritório Madalozzo & Advogados; Vice Presidente da Comissão Especial dos Juizados Especiais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Não existe dúvida dos avanços trazidos com a edição da Lei 9.099 no ano de 1995. Aquele antigo conceito de Tribunal de Pequenas Causas, passa desde então a exibir um status de sistema especializado de justiça, com foco na celeridade, menor rigor de formalismo e acesso à justiça por aquelas pessoas que até então não dispunham de meios para resolver seus conflitos.

O espírito da norma é apresentado logo no artigo segundo onde o legislador deixa claro que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação.

Ao tratar dos Juizados Especiais Cíveis a norma fixa a competência para ações de menor complexidade, delimitando-a principalmente para as causas cujo valor não venha a exceder quarenta vezes o valor do salário mínimo.

Contendo regras de procedimento simplificado, a visão era a de que qualquer pessoa, independente de qualificação profissional pudesse lá buscar a solução dos seus conflitos exercendo o *jus postulandi*.

Agora em 26 de setembro de 2020, completa-se vinte e cinco anos da edição da lei 9.099 e via de consequência do funcionamento dos Juizados Especiais, e neste período foi possível observar que de fato houve ampliação do acesso à Justiça, e pode-se dizer que nos dias atuais os Juizados Especiais representam a maior porta de entrada do Poder Judiciário em todo o país.

Contudo, dado seu crescimento e diante das situações que foram observadas ao longo do tempo, foram surgindo

as soluções, objeto deste trabalho, que visa ampliar o debate rumo ao aperfeiçoamento do sistema, que acredita-se ser o objetivo maior dos operadores e estudiosos do tema.

2. FONAJE

Com os Juizados em atividade, passando o tempo e avaliando o funcionamento da Lei na prática, foi percebido que a informalidade, oralidade e simplicidade nos Juizados não significam que os processos que ali tramitam, não tenham que seguir a uma lógica mínima, sob pena de não atingir o seu objetivo maior, que é entregar a solução judicial dos conflitos que ali chegam.

De acordo com a doutrina pode-se definir processo como um conjunto, ou uma sucessão de atos processuais que se seguem de modo ordenado para, diante de uma relação jurídica, com a garantia do contraditório, e respeitando um conjunto de procedimentos especificados por lei, entregar uma prestação jurisdicional adequada.

Vemos então que o processo somente poderá desenvolver-se regularmente se tivermos um roteiro seguro de procedimentos, estabelecidos por lei, para que os atos processuais possam ser praticados a tempo e modo, e para que as decisões ali proferidas tenham estabilidade.

As normas de procedimento trazidas com a edição da Lei 9.099 mostraram-se insuficientes dadas as particularidades do dia a dia, e da ideia de informalidade.

Não foi por outro motivo que em 1997 foi criado o Fonaje – Fórum Nacional dos Juizados Especiais, cujo objetivo inicial era reunir os coordenadores estaduais dos Juizados

Cíveis e Criminais para o aprimoramento dos serviços judiciais a partir da troca de informações e da padronização de procedimentos em todo o território nacional².

A partir daí foram surgindo diversos enunciados os quais são adotados pelos julgadores como se regra fosse, em um típico caso de normatização pelo Poder Judiciário, de matéria que em muitas situações é de competência exclusiva do Poder Legislativo.

Em que pese não tenha força vinculante, nem mesmo seja obrigatória sua aplicabilidade, grande parte das decisões no âmbito dos Juizados, são fundamentadas nestes enunciados, que muitas vezes extrapola a mera orientação.

Exemplo claro disso é o Enunciado 117 que afirma ser obrigatória a segurança do juízo por penhora para apresentação de embargos à execução de título judicial ou extrajudicial perante os Juizados Especiais, quando a própria lei 9.099 não prevê isso. De acordo com o inciso IX no artigo 52³ dispõe simplesmente que o devedor poderá oferecer embargos e delimita os temas que podem ser discutidos.

2 <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/>

3 Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:
IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre:
a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia;
b) manifesto excesso de execução;
c) erro de cálculo;
d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença.

Também o Enunciado 142 que dispõe ser de quinze dias, contados da intimação da penhora, o prazo para interpor embargos nas execuções por título judicial, quando o já mencionado artigo 52 e nenhum de seus parágrafos da lei 9.099, fala em prazo para tanto. Simplesmente remete ao CPC que também não faz estas exigências;

Em que pese possa ser louvável e necessário que se discipline estes temas para que um mínimo de parâmetro se tenha na atuação perante os Juizados, não se pode deixar de observar que ocorre uma invasão de competência dos ditos enunciados na esfera legislativa.

De constitucionalidade questionável diante do contido no inciso I do artigo 22 e também no inciso XI do artigo 24 da Carta Constitucional os quais são claros em deixar a competência para a União legislar sobre direito processual, e concorrentemente aos Estados, Distrito Federal e Municípios sobre procedimentos em matéria processual⁴, estes enunciados vem indiscriminadamente sendo aplicados no âmbito dos Juizados Especiais.

O que se observa é que por não ter força de lei, nem tampouco caráter vinculante os enunciados em si não estariam sujeitos ao controle de constitucionalidade, revelando-se apenas como orientação de procedimento que visa padronização. Então, necessário que a parte fique muito atenta com as decisões cujo fundamento se dá de acordo com estas orientações,

4 Artigo 22 : Compete privativamente à União Legislar sobre;
 Inciso I: Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
 Artigo 24 : Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre:
 Inciso XI: procedimentos em matéria processual:

eis que a inconstitucionalidade ou ilegalidade pode estar na decisão que o adota, e não no enunciado em si.

Fato é que não há respaldo legal algum para se adotar os tais enunciados, que nada mais são do que resultado de debates corporativos onde se houve por bem em dizer que em virtude de lacuna na lei, determinado assunto seria resolvido assim ou assado.

Aquela intenção inicial de desregrar, simplificar e oralarizar, acabou por gerar uma serie de soluções caseiras de regras esparsas e sem uma lógica de funcionamento.

O problema só aumenta com isso; veja-se que o enunciado 125 do Fonaje traz expressa orientação de que não cabem Embargos de Declaração para fins de prequestionamento, diante das disposições do artigo 46 da lei 9.099, ou seja, para a hipótese de não dar provimento a recurso sem qualquer fundamentação, em típica negativa de prestação jurisdicional, quando o julgador afirma simplesmente que mantém a sentença por seus próprios fundamentos. Contudo por demais temerário acatar tal orientação, pois certamente o Supremo Tribunal Federal não irá conhecer recurso onde não se tenha expressamente discutido o tema na origem, a despeito das Súmulas 282⁵ e 356⁶.

Vejamos os exemplos nos julgados AI n. 631.961-ED,

5 SÚMULA 282 - É INADMISSÍVEL O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANDO NÃO VENTILADA, NA DECISÃO RECORRIDA, A QUESTÃO FEDERAL SUSCITADA.

6 SÚMULA 356 - O PONTO OMISSO DA DECISÃO, SOBRE O QUAL NÃO FORAM OPOSTOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, NÃO PODE SER OBJETO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POR FALTAR O REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO.

RE n. 234.114- AgR e AI n. 752.442-AgR abaixo:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL.PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal a quo. Tampouco foram opostos embargos de declaração, o que não viabiliza o extraordinário, por ausência do necessário prequestionamento” (AI n. 631.961-ED, Primeira Turma, DJe 15.5.2009).

“Se a questão constitucional não houver sido apreciada pela decisão recorrida, e contra esta não forem opostos embargos de declaração destinados a suprir a omissão constatada, torna-se inadmissível a utilização da via recursal extraordinária. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua a exigir, como pressuposto necessário à adequada interposição do recurso extraordinário, que o acórdão recorrido tenha efetivamente examinado, de modo explícito, a controvérsia constitucional” (RE n. 234.114- AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 31.8.2001).

“O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. O prequestionamento explícito da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário, sendo

certo que eventual omissão do acórdão recorrido reclama embargos de

declaração” (AI n. 752.442-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 13.8.2013).

Ainda que se venha a decidir no Supremo, que por expressa previsão legal o juízo está desobrigado de fundamentar a decisão, e que de fato não há necessidade de prequestionamento, a recomendação é que se faça, nem que seja para pecar por excesso, pois além da ausência de fundamentação, invariavelmente o recurso versará sobre a matéria de fundo que se pretende reverter da decisão *a quo*, e esta prescinde sim de prequestionamento.

Por todo o lado que se olhe, forçoso concluir que tais enunciados por não terem força de lei e por estarem longe de assemelhar-se às Súmulas, especialmente que em virtude destes fatos não são de aplicação obrigatória, revelando-se como meras orientações de procedimento, acabam gerando insegurança ao operador do direito, vez que se faz necessário entender o pensamento do Juiz Supervisor para agir processualmente, o que nem sempre poderá ser suficiente, já que a turma recursal poderá não adotar a mesma orientação e vice versa, e disso decorrer falha que pode resultar em perda de prazo, preclusão consumativa com evidente e, muitas vezes, irreparável prejuízo.

3. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

Como já mencionado o intuito maior da Lei 9.099 foi o de garantir acesso a uma justiça célere e descomplicada, com a menor formalidade possível, com viabilidade inclusive de a parte lá demandar sem a necessidade de advogado, nas causas

de até vinte vezes o valor do salário mínimo, exigindo capacidade postulatória, apenas nas causas de valor superior a isso.

Ocorre que dentro destes limites de valor, e da capacidade econômico/financeira da população brasileira, é fato que aquelas pessoas que não tinham acesso ao judiciário, passaram a ter. Com o crescimento das demandas tivemos em igual proporção aumento do número de juizados, e como consequência lógica aumento também do número de julgadores, supervisores e coordenadores estaduais.

A diversidade de entendimento a respeito dos mais variados temas, que cotidianamente se apresentam nas demandas, faz com que muitas vezes se adote procedimento diverso para o mesmo ato processual, causando muita insegurança jurídica.

A realidade brasileira mostra que tivemos um grande avanço em matéria de legislação civil, com a entrada em vigor de um novo Código Civil em 2003, e também de um novo Código de Processo Civil no ano de 2015, e que ambos traduzem aquilo que já se vinha percebendo no modo de pensar das decisões judiciais, e que vinha amadurecendo desde muito na cultura do povo brasileiro.

Com o crescimento do consumo interno as demandas envolvendo direito do consumidor, as ações de telefonia, discussões bancárias, previdenciário, trânsito entre outras, ganharam tamanha repercussão, a ponto de que em algumas cidades maiores e nas capitais já existirem juizados especializados nestes temas.

Também houve investimento da advocacia nesta área, as grandes corporações demandam serviço especializado de defesa das chamadas ações de massa, e tudo isso requer maior rigor e organização.

Às vésperas da entrada em vigor do CPC 2015, durante a realização do XXXVIII FonaJe, ocorrido na cidade de Belo Horizonte cujo tema central do encontro foi “Os Juizados Especiais e o Novo CPC” ampliou-se o debate acerca deste tema, tendo, na ocasião, concluído que ***“considerado o princípio da especialidade, o CPC 2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no artigo 2º da lei 9.099”***.⁷

É certo que a normatização expressa que carregue previsão para aplicação subsidiária do CPC nos casos em que a lei 9.099 for omissa é pobre, porém, se bem observada a redação do artigo 30⁸, e de modo ainda mais claro nos artigos 52⁹

-
- 7 Carta de Belo Horizonte – XXXVIII FONAJE
Os magistrados reunidos em assembleia geral do XXXVIII Encontro editaram Carta de Princípios do conclave, tendo como tema central “Os Juizados Especiais e o Novo CPC”, vindo a público:
“01. Relembrar que os Juizados Especiais constituem órgão judicial constitucional (art. 98, inc. I, daCF), regidos por critérios e princípios próprios (art. 2º da Lei 9.099/95);
02. Ressaltar que, ao longo dos 20 anos de vigência da Lei 9.099/95, a adequada aplicação dos critérios e princípios gerou resultados de alta produtividade e permitiu que as boas práticas desenvolvidas fossem até mesmo absorvidas pela legislação processual ordinária;
03. Concluir que, considerado o princípio da especialidade, o CPC 2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/ 95”.
- 8 Art. 30. A contestação, que será oral ou escrita, conterà toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor;
- 9 Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações

e 53¹⁰ da lei dos juizados, será possível perceber que a intenção do legislador sempre foi esta, diante de norma que se sabe desde o início, nunca teve pretensão de codificar procedimento, justamente por já haverem regras consagradas de processo, codificadas e de perfeito encaixe nas lacunas da Lei própria.

Também que fora estas expressas menções ao CPC na Lei 9.099, não se tem outra previsão para sua aplicação na fase de conhecimento, o que por vezes acaba deixando o assunto para que o Juiz Supervisor use da discricionariedade também em relação à legislação que prefere seguir.

A consagração dos princípios da igualdade, da legalidade, do direito ao contraditório, ao devido processo legal, a partir da edição destas normas modernas, com uma visão atual da sociedade brasileira, permite a solução dos conflitos com absoluto respeito à partes com garantia de, por exemplo, conhecer todos os motivos que levaram o julgador a decidir desta ou daquela forma. Que o sistema de justiça por mais simplificado que seja necessita prestar contas à sociedade através de uma lógica mínima de procedimento, com base nas Leis do País, e não no elemento subjetivo do julgador.

Premissa básica de qualquer julgamento, é que a ele cabe cumprir a lei entregando a cada um o que é seu, e não dizer que o processo deve funcionar deste ou daquele modo. Isso é competência do legislador.

Pelo contido no artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil¹¹, temos que juridicamente viável que se apliquem

¹⁰ Art. 53. A execução de título executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários mínimos, obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas por esta Lei;

¹¹ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

as normas já consagradas do processo civil, quando a lei própria é omissa. A analogia, os princípios gerais de direito, os usos e costumes do povo são a rigor a base maior do direito brasileiro.

A utilização da analogia se dá quando o juiz busca em outra lei, que tenha suportes fáticos semelhantes, disposições que a própria lei não apresenta. Não faz sentido um fórum de debates emitir enunciados dispondo acerca de regras de processo, quando o conjunto normativo do País tem a solução. Todo o sistema de justiça precisa seguir um rito único de procedimentos, para que se dedique a trabalhar em favor daqueles que lá depositam suas angústias, e não podem prender-se na discussão de situações comezinhas.

De vital importância a integração das regras de processo para manutenção de uma lógica mínima. Não se compreende a resistência de parte de alguns membros do Judiciário em aplicar no âmbito dos juizados, as regras já consagradas de direito processual codificado. Exemplo clássico deste fato, deu-se quando da edição do Novo Código de Processo Civil em 2015, no que diz respeito à contagem dos prazos em dias úteis.

Ainda que o Poder Judiciário reconheça que as regras postas pela lei 9.099 são insuficientes, e que a simplicidade, oralidade informalidade, economia processual e celeridade não podem servir de base para o regular desenvolvimento de um processo onde não tenham procedimentos uniformes, ainda que simplificados, as soluções apontadas não resolvem todos os pontos críticos. Não se pode admitir que um juizado determine a realização de audiência una e outro não, por decisão exclusiva do Supervisor.

3.1 do prazo para apresentação da contestação

Outro importante tema que tem se mostrado uma grande dor de cabeça para quem atua nos Juizados é a ausência de norma que discipline com segurança o momento processual oportuno para a apresentação da contestação. Esta questão é por demais espinhosa para aqueles que atuam principalmente na defesa, pois não existe um padrão a seguir. Cada Juizado disciplina o tema de acordo com o entendimento do Juiz Supervisor.

Assim, não raro em uma Comarca com mais de um Juizado, que em cada um deles o momento de apresentar a contestação seja diferente. Em um, o prazo é até o momento da audiência de conciliação, no outro dez dias após a audiência de conciliação, e outro ainda, até a data da audiência de instrução. Quem atua nos juizados sabe bem o tamanho do problema gerado por esta situação.

Este fato chegou ao Supremo, ocasião em que não foi reconhecida repercussão geral ao tema por se entender, que não havia matéria constitucional a ser apreciada, tampouco ofensa à Constituição, cujo Acórdão acabou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA LEI 9.099/95. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA. TERMO INICIAL. MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A controvérsia relativa ao termo inicial da contagem do prazo para apresentação de defesa no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, fundada na interpretação da Lei 9.099/95 e do Código de Processo Civil, é de natureza infraconstitucional. 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de

ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009). 3. Ademais, esta Corte, ao apreciar o Tema 800 da sistemática da repercussão geral (ARE 835.833-RG, de minha relatoria, DJe de 26/3/2015), atribuiu os efeitos da ausência de repercussão geral aos recursos extraordinários interpostos nos Juizados Especiais Cíveis da Lei 9.099/99 que, como o presente, não demonstrem claramente (a) o prequestionamento de matéria constitucional e (b) a repercussão geral da controvérsia. 4. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (ARE 911161 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 05-11-2015 PUBLIC 06-11-2015)

Infelizmente por entender que pelo fato de ser possível apresentar defesa não haveria ofensa direta ao texto constitucional, ainda que admitida a falta de clareza, ou ausência de regra com a oportunidade de fazê-lo, o Supremo desperdiçou preciosa oportunidade de, com o reconhecimento da ausência de oportunidade própria para a ampla defesa, e malversação do instituto do devido processo legal, contribuir para o aprimoramento e solução definitiva da questão.

Levando em conta que a lei 9.099 prestigia a conciliação e transação, da mesma forma que o Código de Processo Civil de 2015, vemos que o modelo trazido pelo inciso I do

artigo 335¹² deste caderno processual, onde o start do prazo para a resposta se dá preferencialmente após a audiência de conciliação é perfeitamente viável sua utilização no âmbito dos Juizados.

A compatibilidade do disposto neste procedimento pelo Código de Processo Civil, com os ditames do artigo 2º da Lei 9.099 é patente. Faz-se a tentativa de conciliação, e a partir dele tem início o prazo para a apresentação da contestação. Trata-se de regra processual simples, que não implica em desrespeito aos princípios basilares dos Juizados, e que traz segurança a todos os que ali militam.

O prazo ali estabelecido de 15 (quinze) dias, não pode ser considerado incompatível, ou excessivo, mesmo que contado em dias úteis. A experiência tem mostrado que os processos em tramite pelos Juizados estão, devido ao volume, com pauta não inferior a três meses entre a data da conciliação e da instrução, e nos casos onde se adota as audiências unas, o represamento ocorre nos gabinetes, portanto, não seria jamais causa de aumento da morosidade.

3.2 dos casos de previsão expressa

O CPC/2015 trata dos juizados especiais quanto a possibilidade de aplicação do incidente de resolução de

12 Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:
I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

demandas repetitivas – inciso I do art. 985¹³, e do incidente de descon sideração da personalidade jurídica - art. 1.062¹⁴.

Estes importantes institutos citados acima, que foram construídos ao longo da experiência mostrada no dia a dia dos Tribunais e que acabaram recebendo o devido regramento no Código de Processo Civil de 2015, encontram compatibilidade com os processos em tramite pelos Juizados Especiais, não somente por terem sido mencionados de modo expresse, mas principalmente dada a relevância da sua finalidade e da segurança jurídica que representam as decisões tomadas no mesmo sentido para o caso do incidente de resolução das demandas repetitivas.

Não raro que inúmeras ações idênticas sejam aforadas diariamente nos juizados de todo país, contendo as mesmas questões, unicamente de direito, a serem dirimidas. Importante que se tenha um tratamento isonômico a todas elas até por uma questão de celeridade e economia processual.

Também o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, que inaugura o Capítulo IV do Código de Processo Civil em 2015, que já vinha sendo objeto de grande debate no âmbito dos juizados, por vezes indeferido por entender o magistrado que era incompatível com o microsistema e por outras vezes aplicado com fundamento na

13 Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

14 Art. 1062. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.

teoria menor adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sem a observância das regras do devido processo legal e da ampla defesa, eis que indistintamente sequer era ouvida a parte adversa.

Interessante aqui observar também, que o pedido para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa pode ser requerido em qualquer fase do processo, mas que se requerido com a inicial, não haverá necessidade de suspensão do feito principal, já que dispensa a instauração de incidente, cabendo apreciar o pedido junto com a causa principal, e assim formar título judicial em face da empresa, e também de seu sócio.

Também dispõe que, os juizados especiais cíveis assumiram a competência para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275, II, do Código de 1973 - art. 1.063¹⁵.

Observamos ainda as alterações que o Código de Processo Civil de 2015 faz quanto ao cabimento dos embargos de declaração nos juizados, vinculando-os aos casos previstos no arts. 1.064 a 1.066¹⁶. Interessante aqui observar que de modo

15 Art. 1063. Até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis previstos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275, inciso II, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

16 Art. 1064. O caput do art. 48 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:
 "Art. 48. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil.
 Art. 1065. O art. 50 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:
 Art. 50. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso.

oportuno o Novo Código de 2015 produziu alteração da redação dos artigos ali especificados da Lei 9.099.

Ainda que se tenha como norte a informalidade, simplicidade e oralidade como princípios de funcionamento dos juizados, não se olvida da necessidade de um padrão no procedimento. Todo espírito de regra, ou princípio geral de funcionamento de justiça deve necessariamente estar em consonância com os ditames constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. A ideia inicial de desregrar para facilitar o acesso da população a este sistema especial de justiça mostrou-se impossível de concretização. A própria criação do FONAJE em 1997 demonstra isso!

3.3 da possibilidade de desconstituição de decisão transitada em julgado;

Em tramite pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário número 586068¹⁷ que discute aplicação de regra do CPC no âmbito dos Juizados Especiais Federais, que apesar de discutir tema relacionado aos juizados federais, e um tanto específico, já que trata da possibilidade de desconstituição de decisão transitada em julgado em razão de norma posteriormente declarada inconstitucional, mas que do voto da relatora Ministra Rosa Weber, pela possibilidade de incidência da eficácia executiva das decisões do STF no controle de

Art. 1066.O art. 83 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 83. Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão.

17 Recurso Extraordinário 586068 – STF notícia publicada na Página do Supremo Tribunal Federal em 05 de março de 2020.

constitucionalidade nos processos de competência dos juizados especiais federais, destaca que: **“a regra do CPC não apenas é compatível com os sistemas dos juizados especiais, como é de incidência obrigatória uma vez que versa sobre meio processual de defesa da autoridade da supremacia da Constituição Federal”**.

A notícia da página do Supremo ainda arremata dizendo que: **“Segundo a Ministra, o reconhecimento da complementariedade procedimental entre os juizados especiais e o CPC quanto aos embargos em execução configura resposta conforme a Constituição Federal, na medida em que a constitucionalidade da regra já foi declarada pelo STF em diversos precedentes”**.

Pensar diferente pode levar à ofensa ao princípio da legalidade, pois se é certo que o texto constitucional dispõe de modo claro que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei¹⁸”**, e que certo também que a Analogia é fonte de direito, perfeitamente aplicável para a situação em debate, nos parece lógico que a adoção das regras do CPC, de modo subsidiário às lacunas da Lei 9.099 seja a solução mais segura.

Certamente caso o Supremo venha a reconhecer a possibilidade de rever decisão transitada em julgado em virtude de norma posteriormente declarada inconstitucional, ainda que no âmbito dos juizados federais e sob a égide da Lei 10.259/2001, certamente estará abrindo precedente capaz de admitir também a propositura da ação rescisória nos juizados especiais estaduais, ainda que seja ela expressamente vedada

18 Artigo 5o inciso II da Constituição da República

pela redação do artigo 59 da lei 9.099.¹⁹

Note-se que a Lei dos juizados federais carrega o mesmo espírito da lei 9.099, e deixa claro que as regras dela aplicam-se ali também, naquilo que por obvio não estiver em conflito.²⁰

Inegável que diante de erro evidente de julgamento, conforme disposto pelas regras da próprias da rescisória não pode a parte sofrer pelo excesso de formalismo, diante da principal porta de acesso ao poder judiciário e regida por norma que pretende ser simples e célere, mas que tem por obrigação dizer o direito corretamente.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho é fruto de reflexão diante das agruras diárias sofridas na atuação perante os juizados especiais, onde a experiência bem demonstrou que as lacunas da lei não podem ser supridas por entendimentos esparsos, nem tampouco que a simplicidade e o intento de uma justiça descomplicada, podem dar lugar a uma justiça carente de regras sujeita a entendimentos sem amparo na lei.

O crescimento dos juizados nos seus anos de trabalho, obviamente não é resultado simplesmente de um aumento significativo do número de ações que lá tramitam, mas sim, de

19 Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

20 Lei 10.259/2001: Art. 1o São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

investimento do poder público para dar conta deste aumento que transformou os juizados na principal porta de acesso à justiça.

Os princípios consagrados pela Carta Cidadã de 1988, que contemplam o direito de acesso à justiça, aliado à garantia de razoável duração dos processos precisam estar alinhados com outros tais como garantia de ampla defesa e do devido processo legal, por isso a preocupação com regras claras de procedimento, amparadas em legislação sólida.

As críticas feitas neste trabalho aos Enunciados do Fonnaje, são no sentido de contribuir para o aprimoramento do sistema, e pontuais em matérias que o Código de Processo Civil bem resolve o assunto, não havendo motivo para não adotá-lo, ainda que de modo subsidiário.

Por óbvio que é importante a manutenção destes Fóruns Nacionais dos Juizados Especiais, mas tão importante quanto isso, é ampliar os debates para os demais atores que fazem parte do sistema, dando assento também aos advogados, para que levem a experiência de atuação diária, e com isso possam contribuir ainda mais para o melhor funcionamento dos Juizados em todo o país.

Longe de esgotar o assunto, a atenção deve se voltar ao acompanhamento da evolução do sistema.

5. REFERÊNCIAS

____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de julho de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>, Acesso em: 10 de maio de 2020.

____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 631.961-6**. Embargos de Declaração para fins de prequestionamento. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592673>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 234.114-2**. Embargos de Declaração para fins de prequestionamento. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=350031>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo Interno nº 752.442**. Embargos de Declaração para fins de prequestionamento. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4313640>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 911.161**. Do prazo para apresentação de defesa nos Juizados Especiais. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9719485>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 586.068-0**. Inexigibilidade de do título executivo judicial e a sua aplicabilidade no âmbito dos Juizados Especiais. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542983>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

ENUNCIADOS do Fórum Nacional de Juizados Especiais. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

SUSPENSO julgamento de recurso que discute aplicação de regra do CPC no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438643>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

CARTA de Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2016/02/CARTA-DE-BELO-HORIZONTE.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2020

ATA do XXXVIII Fonaje- Fórum Nacional dos Juizados Especiais-Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2016/05/ATADOXXXVIIIIFONAJE-BELO-HORIZONTE.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EM LIDES DE CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO

Weyne Cassou Pietniczka¹

Fernanda Schaefer Rivabem²

Resumo: Esse trabalho tem como principal objetivo avaliar o uso das técnicas alternativas de solução de conflitos mediação e arbitragem para solucionar lides oriundas, especialmente, de relações locatícias de imóveis urbanos, em substituição ao método tradicional da Justiça comum. Pretende-se verificar se tal substituição é mais vantajosa, apresentando diversos conceitos e características da mediação e arbitragem, locação de imóveis urbanos, para subsidiar a compreensão dos argumentos

-
- 1 Estudante de Direito da instituição UniCuritiba. Diretor da empresa Imobiliária Razão. Cientista da Computação graduado pela Universidade Federal do Paraná
 - 2 OAB/PR nº 32.098 - Advogada em Curitiba-PR. Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Presidente da Comissão de Educação Jurídica e Vice-Presidente da Comissão de Estágio e Exame da OAB-PR. Professora do UniCuritiba.

que serão apresentados. Uma vez abordados esses aspectos, analisar-se-á o uso das duas técnicas alternativas em relações de consumo, e, em seguida, a viabilidade ou não de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações advindas de contratos de locação de imóvel urbano. Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio de pesquisa em bibliotecas, tanto físicas como digitais, artigos científicos, publicações em periódicos, entre outros. O presente estudo tem como preocupação central avaliar a utilidade da mediação e da arbitragem em lides relativas a contratos de locação de imóvel urbano por meio do método dedutivo.

Palavras-Chave: Mediação, Arbitragem, Contratos de locação de imóvel urbano, Direito do Consumidor.

1. INTRODUÇÃO

Um dos principais problemas enfrentados pela justiça civil brasileira é o da morosidade dos processos. Isso faz com que aqueles que detêm melhores condições financeiras consigam litigar obtendo maior vantagem sobre aqueles não detêm, já que poderão gastar mais seja para produzir provas mais efetivas e completas, seja para se suportar naquelas lides que levam anos para se resolver.

Diante disso, criou-se a necessidade de se desenvolver métodos alternativos de solução de conflitos, dentre eles a mediação e a arbitragem, como forma de se tentar obter soluções mais céleres, satisfatórias, menos custosas e, principalmente, efetivas para os casos, desafogando assim, o número de demandas encaminhadas à Justiça comum.

O presente estudo visa avaliar o uso da mediação e da

arbitragem em lides que envolvam relações oriundas de contrato de locação de imóvel urbano, extraindo as características desses métodos alternativos, para então, concluir se vale ou não a pena substituir o método tradicional por esses alternativos. Para tal, este trabalho estará dividido em três itens.

O primeiro item visa explorar o conceito e as características tanto da mediação quanto da arbitragem. Inicialmente, será estudada a técnica da mediação e o fator determinante de seu sucesso, qual seja, o capital emocional. Após, entra em cena a figura da arbitragem, com o estudo de sua técnica. Ao final, busca-se desenvolver melhor alguns temas relacionados à matéria de Direito do Consumidor, incluindo o conceito e características da relação de consumo, do consumidor, fornecedor com o objetivo de trazer maior embasamento teórico, necessário para compreensão dos resultados que serão obtidos. Feito esse panorama, busca-se analisar o impacto do uso desses métodos alternativos da mediação e arbitragem em lides que envolvam relações de consumo, uma vez que há discussão a respeito de se equiparar uma relação locatícia a uma relação de consumo.

Já o segundo item tem por objetivos conceituar e caracterizar o contrato de locação de imóvel urbano. Em seguida, apresenta-se a Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/1991) que rege, com maior especialidade, as relações locatícias. Encerra-se esse item analisando-se a possibilidade ou não de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nas relações locatícias.

Por fim, uma vez trabalhadas com maior detalhamento as matérias de mediação, arbitragem e relações locatícias de imóveis urbanos, o terceiro item busca avaliar se é mais vantajoso aplicar tais métodos alternativos de solução de conflitos nos casos que envolvam relações locatícias. Nesse sentido, a estratégia adotada, por meio de pesquisa bibliográfica, por meio

do método dedutivo, é a de se extrair as principais características tanto da mediação quanto da arbitragem, e até mesmo do procedimento comum tradicional. Por isso, em um primeiro momento, confrontam-se as características da mediação com as do procedimento comum, com o objetivo de identificar qual dos dois é mais vantajoso para solucionar lides oriundas de relações locatícias. Em um segundo momento, confrontam-se as características da arbitragem com as do procedimento comum, com o intuito também de determinar qual desses métodos será o mais vantajoso, verificando-se, ao final, as vantagens e eventuais desvantagens do uso dos meios alternativos de solução de conflitos para as lides decorrentes de relações locatícias.

2. DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

A mediação consiste em uma técnica alternativa de solução de conflitos, em que as partes de um litígio chegam a uma solução de comum acordo, sem formalismo e tendo como base o diálogo, respeito e a cooperação entre os participantes (VEZZULLA, 2006, p. 69).

Essa solução se tornou muito eficaz, pois conforme Fiorelli *et al* (FIORELLI, 2008, p. 47-49), o homem tem mais facilidade de se envolver em um conflito, do que em gerenciá-lo. Essa conclusão se dá pelo fato de um conflito envolver diversos fatores: o conflito em si, características dos envolvidos, características do ambiente, experiências anteriores com conflitos similares e urgência.

O primeiro fator pode ser entendido como sendo a gravidade do conflito, sendo que quanto maior a gravidade, mais difícil será de solucioná-lo (por exemplo, exigem-se

providências diferentes para um acidente com feridos do que em relação a um atraso na entrega de uma pizza). Já o segundo fator envolve as características das partes, por exemplo, se elas são calmas ou mais agressivas ou temperamentais, que as influenciam no momento de enfrentar uma situação destas. O terceiro se relaciona com as características do ambiente em que ocorreu o conflito e a importância desse local para as partes, de tal forma que, a título ilustrativo, questões trabalhistas apresentam alcances diferenciados em uma microempresa ou em uma grande organização com milhares de colaboradores. O quarto fator está conectado com a experiência das partes, de tal forma que aquele que já tenha passado por algo semelhante, poderá ter mais facilidade ou pelo menos uma percepção diferente daquele que nunca vivenciou esse fato (FIORELLI, 2008, p. 47-49).

Diante desses fatores, como uma das formas de solução, tem-se a mediação, que nas palavras de Fiorelli, consiste em “um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes” (FIORELLI, 2008, p. 58). Importante destacar que esse terceiro, mediador, não opina, apenas realinha as divergências dos litigantes, mediandos.

Para conseguir o resultado almejado existe um fator determinante para o sucesso da mediação: o capital emocional. Entende-se o capital emocional como sendo “o valor subjetivo que os fatores emocionais apresentam para cada um dos envolvidos na mediação” (FIORELLI, 2008, p. 58).

Dessa forma, o capital emocional pode ser positivo, quando envolve emoções positivas (por exemplo, o amor), ou negativo, quando envolve emoções negativas (por exemplo, o ódio). Quanto maior o capital emocional positivo, mais recursos

poderão ser aplicados para que os mediandos cedam em certos pontos e cheguem a um acordo.

Percebe-se, portanto, que o poder da mediação se encontra no capital emocional, de tal maneira que “quanto mais um indivíduo investe capital emocional em um acordo, tanto maior será a sua satisfação com o resultado e a responsabilidade com que assumirá a decisão” (FIORELLI, 2008, p. 59).

Visto tal fator determinante, cabe esclarecer algumas características da mediação. A mediação é um método alternativo de solução de conflitos, isto é, foge do procedimento comum por meio da imposição de uma decisão proferida por um juiz de Direito. Além disso, ela pode ser extrajudicial, quando realizada antes de ajuizada certa demanda, ou judicial, quando ocorre dentro do processo comum³. A mediação envolve também a presença de um mediador, um terceiro, com conhecimento na matéria em discussão.

Há, no entanto, segundo Verçosa (VERÇOSA et al, 2014, s.p.), uma discussão se a mediação é um método autocompositivo, em que as partes chegam sozinhas a um acordo, ou heterocompositivo, em que a solução depende da interferência de um terceiro. A autora afirma que há quem defenda a heterocomposição porque para haver consenso, há a necessidade de se ter um mediador; para as partes chegarem a uma solução, exige-se utilizar diversas técnicas e métodos executados pelo mediador, capazes de afastar a parte sentimental negativa

3 O artigo 16, da Lei n. 13.140/2015 traz a possibilidade de haver a mediação judicial, isto é, mesmo que instaurado um processo judicial, as partes poderão se submeter à mediação, por meio de uma requisição de suspensão do processo ao juiz por tempo suficiente para se tentar a solução consensual do conflito.

dos participantes e estimular a parte positiva; porque exige-se um mediador experiente e com conhecimento na área em que está ocorrendo o conflito para que o mesmo possa entender de forma clara o que se discute e conduzir para a solução mais satisfatória e, por fim, envolve a participação de um terceiro. Por outro lado, e parece ser o mais aceito, há os que defendem⁴ que a mediação é um método autocompositivo, já que, mesmo que haja a presença do mediador, quem decide são as partes por suas manifestações de vontade. Assim, é possível concluir que a mediação é, sim, um método autocompositivo.

Visto alguns dos elementos do método alternativo da mediação, cabe o presente estudo explorar o outro método, denominado arbitragem.

A arbitragem, por sua vez, pode ser definida como sendo,

O meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 1-9)

Diante disso, percebe-se que a arbitragem também

4 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017; TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019; FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

é uma forma alternativa de solução de conflitos, em que as partes elegem um especialista (chamado árbitro), que profere uma decisão (sentença arbitral), que deverá ser cumprida pelas partes, e que só pode se referir a direitos patrimoniais e disponíveis⁵.

Além do mais, a arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos, privado, já que envolve apenas as partes e um terceiro que pode ser escolhido por elas. É um meio heterocompositivo, em que se a sentença arbitral for descumprida, dependerá da coerção do Judiciário por meio de sua execução para que se consiga dar sequência na tentativa da solução do caso.

A arbitragem se apresenta em duas espécies: institucional e avulsa. Para Scavone Junior, na arbitragem institucional, também conhecida por administrada,

Existe uma instituição especializada que administrará a arbitragem, com regras procedimentais de acordo com a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) acerca dos prazos, forma da prática dos atos, maneira de escolha dos árbitros, custos para a realização da arbitragem, forma de produção de provas, entre outras regras indispensáveis ao procedimento. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 20)

Essa forma de arbitragem traz mais segurança às

⁵ Entende-se como direitos patrimoniais aqueles contidos em "relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade" (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 14-15). Já a disponibilidade do direito está relacionada com a "possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação" (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 15)

partes tendo em vista que há uma entidade totalmente especializada no assunto. No entanto, como não há obrigação de os litigantes submeterem a decisão arbitral a uma instituição especializada, há ainda a arbitragem avulsa, ou ‘ad hoc’, que é aquela que “se realiza sem a participação de uma entidade especializada” (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 21). O grande objetivo dessa segunda espécie é a de se tentar reduzir custos, já que nesse formato, as partes podem contratar um árbitro a preço menor. Porém, cabe salientar que o risco de nulidade processual pode aumentar, uma vez que o árbitro pode não ter total domínio processual e nem as partes.

Para se utilizar a espécie que mais agrada, as partes deverão convencionar a aplicação da arbitragem ao seu caso. Essa convenção, conforme disposto no artigo 3º da Lei de Arbitragem, pode se dar de duas maneiras: cláusula compromissória e compromisso arbitral.

Por meio da cláusula compromissória, os participantes incluem uma cláusula no contrato firmado que os obriga a encaminhar seus eventuais conflitos à solução arbitral (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 88). Percebe-se, portanto, que a instituição da arbitragem é anterior à existência do conflito. Essa cláusula compromissória ou arbitral, pode ser classificada como sendo cheia ou vazia. A cheia é,

Aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral (as condições mínimas que o art. 10 da Lei de Arbitragem impõe para o compromisso arbitral), como, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local etc., tornando prescindível o compromisso arbitral. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 89)

Já a vazia é,

Aquela em que as partes simplesmente se obrigam a submeter seus conflitos à arbitragem, sem estabelecer, contudo, as regras mínimas para desenvolvimento da solução arbitral e, tampouco, indicar as regras de uma entidade especializada, tornando necessário, ao surgir o conflito, que as partes, antes de dar início à arbitragem, firmem, além da cláusula arbitral, um compromisso arbitral. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 90)

Ora, se a cláusula vazia não contém o mínimo necessário para se proceder com a arbitragem, torna-se naturalmente necessário que se firme, no momento de um eventual conflito, um compromisso arbitral para preencher tais lacunas, resumidas pelo artigo 10 da Lei de Arbitragem. Basicamente, a cláusula vazia serve apenas para deixar claro que as partes elegeram a arbitragem como meio de solução de eventual litígio, cujas regras serão estipuladas por meio de compromisso arbitral.

A cláusula arbitral é uma forma de estipular a arbitragem previamente ao conflito. Por outro lado, existe ainda uma outra forma de se estabelecer tal procedimento, feita após a ocorrência do litígio por meio do compromisso arbitral.

Para Scavone Junior, o compromisso arbitral pode ser definido como sendo “a convenção de arbitragem mediante a qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido através da solução arbitral” (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 94). Essa convenção pode ser classificada como sendo judicial ou extrajudicial.

A judicial se dá quando os interessados encerram o procedimento judicial que já havia sido instaurado e transporta o conflito para a arbitragem. Já a extrajudicial é aquela que é firmada logo após a ocorrência do conflito, sem envolver processo judicial (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 94).

Logo, por conta dessas modalidades, fica fácil perceber que a arbitragem não envolve apenas conflitos decorrentes de um contrato já existente, mas sim todos aqueles conflitos que contêm direitos patrimoniais e disponíveis. Nesse sentido, Scavone Junior afirma que “tratando-se de direitos patrimoniais e disponíveis (sujeitos à transação, portanto), nada obsta que outros conflitos que surgem no seio da sociedade possam ser dirimidos através da arbitragem” (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 95).

2.1 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EM LIDES DE CONSUMO

A relação de consumo pode ser entendida, pelas palavras de Cavaliere Filho, como uma relação jurídica na qual,

As normas jurídicas de proteção do consumidor, nelas incluídos os princípios, incidem sempre que ocorrem, em qualquer área do Direito, atos de consumo, assim entendidos o fornecimento de produtos, a prestação de serviços, os acidentes de consumo e outros suportes fáticos, e fazem operar os efeitos jurídicos nela previstos. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 66)

O autor afirma ainda que “o que particulariza essa relação jurídica é que os sujeitos serão sempre o consumidor e o fornecedor, e terá por objeto produtos ou serviços” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 66).

Percebe-se, portanto, que para se ter essa relação, exigem-se dois elementos: subjetivo e teleológico. O elemento subjetivo é caracterizado pelos sujeitos partícipes, quais sejam, o fornecedor e o consumidor. Já o elemento teleológico “se manifesta no fim da aquisição do bem ou serviço, qual seja, a destinação final” (KHOURI, 2013, p. 37).

As figuras centrais da relação de consumo são o fornecedor e o consumidor. O primeiro está definido pelo artigo 3º do CDC,

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Já o consumidor é definido pelo CDC em seu artigo 2º como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Uma informação que chama a atenção nesse dispositivo é a expressão ‘destinatário final’, cuja definição diverge dentro da doutrina. Para entender a ideia de ‘destinatário final’, há de se abordar três correntes distintas.

De um lado tem-se os maximalistas “que entendem que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire bens” (KHOURI, 2013, p.40). Assim, Cavalieri Filho defende que,

A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 67)

Isto é, fazem a interpretação literal da lei, não importando se a pessoa é economicamente forte para se proteger ou não, ou se irá satisfazer necessidades pessoais ou profissionais, visando ou não lucro.

Por outro lado, há os finalistas que interpretam de forma mais restritiva a expressão 'destinatário final'. Entendem,

Ser imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial. Não se admite, destarte, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 68)

Ainda, há de se falar da corrente finalista mitigada ou atenuada. Essa corrente foi criada pelo Superior Tribunal de Justiça ao admitir, em seus julgados, a aplicação do CDC a específicos consumidores e profissionais, tais como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica no caso concreto. Diante disso, percebe-se que o STJ ampliou o alcance de aplicação do CDC, não se aplicando a todas as pessoas jurídicas, mas apenas àquelas que são vulneráveis, introduzindo, dessa forma, outro requisito, tendo como sustentação o disposto no artigo 4º, I, CDC⁶. Por conta disso, os adeptos dessa corrente

⁶ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor de 11 de setembro de 1990. Artigo 4º: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o

entendem que, para que as pessoas jurídicas possam ser consideradas consumidoras, o produto ou serviço adquirido não pode ter relação com sua atividade-fim

O grande objetivo do CDC é a proteção da relação de consumo, mas “não é a simples proteção pela proteção em si, mas a busca permanente do equilíbrio do contrato entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços” (KHOURI, 2013, p. 37). Basicamente, o legislador considera relevante essa proteção pois entende que não há uma relação igualitária ou equilibrada entre o consumidor e o fornecedor. Esse, em regra, mais forte financeiramente, tem “condições de impor sua vontade, num ambiente propício à conquista de maior vantagem econômica contra aquele reconhecidamente vulnerável, o mais fraco dessa relação” (KHOURI, 2013, p. 37).

Tendo isso em mente, é possível investigar a possibilidade do uso da mediação e arbitragem em lides de consumo. A mediação consiste na técnica em que as partes de um litígio chegam a uma solução de comum acordo, sem formalismo e tendo como bases o diálogo, respeito e a cooperação entre os participantes. Evita-se, assim, mais uma demanda judicial que, muitas vezes, é morosa e custosa.

Diante dos benefícios trazidos pela mediação, Andrade defende que é plenamente possível utilizá-la em lides de consumo de forma voluntária, ao afirmar que “o contrato de consumo pode trazer como opção, além da

respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

arbitragem, a mediação, desde que, relembre-se a opção seja dada ao consumidor e não seja imposta compulsoriamente” (ANDRADE, 2006, p. 454). Percebe-se, portanto, que para que o uso dessa técnica seja possível, jamais poderá ser imposta ao consumidor, mas sim, deverá ser apenas sugerida, dando a oportunidade ao mesmo para que aceite ou recuse o método.

Além do mais, existe uma relação de vulnerabilidade⁷ do consumidor em relação ao fornecedor, já que este tem mais informações sobre o produto ou serviço que está fornecendo ao consumidor. Por isso, fica muito mais fácil persuadir ou até mesmo enganar o vulnerável. Desta feita, deverá o mediador conduzir com o máximo de cuidado o processo de mediação, evitando assim que o consumidor seja prejudicado com a solução alcançada por esse método.

Já a arbitragem é meio privado e alternativo de solução de conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, por meio do qual o árbitro, escolhido pelos participantes, e, em regra, especialista na matéria controvertida, profere uma sentença arbitral que tem a mesma força de um título executivo judicial.

O artigo 51, VII, CDC, proíbe apenas a instituição compulsória da arbitragem. Como consequência lógica, caso a arbitragem seja instituída de comum acordo e respeitando o

⁷ Reforça-se que um dos grandes objetivos do CDC é o de proteger o consumidor, por ele ser vulnerável, pois “não detendo os mecanismos de controle do processo produtivo (produção, distribuição, comercialização), e dele participando apenas em sua última etapa (consumo), pode ser ofendido, ferido, lesado, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 49)

disposto no artigo 4º, §1ª, da Lei de Arbitragem⁸, poderá ser plenamente utilizada, e seus efeitos serão considerados válidos. É assim que Andrade se posiciona ao destacar que,

Em se tratando de relação de consumo, o artigo 51, VII do CDC estabelece a nulidade da utilização compulsória da arbitragem, entretanto, não a proíbe, de maneira que a arbitragem pode ser convencionalizada pelas partes também nas relações de consumo, desde que contratadas de boa-fé e que não coloquem o consumidor em posição de exagerada desvantagem. (ANDRADE, 2006, p. 454)

A grande questão controvertida se dá sobre os casos que envolvem relação de consumo, mas que são considerados contratos de adesão, isto é, praticamente imutáveis. Conforme prevê o §2º do artigo 4º dessa mesma lei,

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Percebe-se, assim, que o consumidor, considerado aderente, deverá anuir com instituição da arbitragem expressamente, respeitando a forma escrita, em negrito e com assinatura

8 BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Artigo 4º: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. §1º. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

exclusiva para tal instituição. Nesse sentido, Andrade defende que,

No caso de contrato de adesão, o §2º do dispositivo, a fim de evitar abusos e ofensa ao princípio da boa-fé que deve reger todos os negócios jurídicos, estabelece que a opção pela jurisdição privada só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir o juízo arbitral ou concordar, expressamente, com sua instituição, desde que por escrito em documento anexo, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (ANDRADE, 2006, p. 453-454)

No entanto, não basta apenas a anuência do aderente, devendo este ser previamente informado sobre a arbitragem, visando sua completa compreensão, e que, surgindo um conflito futuro de tal relação, sua solução será apresentada por esse método alternativo. Nessa linha, Andrade reforça que,

O consumidor tem de ser amplamente informado de que eventual conflito nascido da relação de consumo será solucionado por um 'juiz privado', devendo sua concordância ser manifestada claramente, demonstrando ter sido amplamente informado da cláusula de arbitragem e, especialmente, do que significa a arbitragem e como a eventual demanda será julgada. (ANDRADE, 2006, p. 454)

No entanto, o autor acredita que na prática, a arbitragem é pouco utilizada nas relações de consumo fundadas em contratos de adesão, pois nesses casos "o consumidor praticamente não tem possibilidade de discutir a relação jurídica e as condições do contrato, de forma que as cláusulas praticamente lhe são impostas" (ANDRADE, 2006, p. 454). Todavia, nada impede que,

O contrato de consumo celebrado por adesão preveja a arbitragem facultativa, desde que a opção entre a jurisdição estatal e a privada seja feita pelo consumidor, pois terá ele ampla possibilidade de avaliar qual forma de jurisdição melhor atende seu interesse. (ANDRADE, 2006, p. 454)

Portanto, nas palavras de Nelson Nery Junior,

Esse dispositivo da lei de arbitragem não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição da cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo. (NERY JUNIOR, 2011, p. 591)

Diante do exposto, percebe-se que há a possibilidade de se utilizar a mediação e a arbitragem em lides que envolvam relação de consumo, mesmo naqueles casos que se considere contratos de adesão, desde que respeitadas certas condições.

3. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO

Nas palavras de Araújo Junior “locação é a cessão temporária de um bem, mediante pagamento de uma remuneração, normalmente denominada de aluguel” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 1). Desse conceito, nota-se que esse tipo de contrato é oneroso, já que a parte que recebe o bem (locatário),

o imóvel⁹, e tem como contraprestação o pagamento de uma quantia (aluguel) a quem cede, que não necessariamente precisa ser o proprietário do bem (locador).

Assim, visa o presente estudo focalizar apenas no contrato de locação de imóvel urbano¹⁰.

3.1 APLICAÇÃO DE LEI ESPECIAL, LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS E CDC

Diante das diversas especificidades e detalhes próprios que envolvem a locação de imóveis, nada mais coerente do que se ter uma legislação específica para essa matéria. Nesse sentido, o legislador elaborou a Lei n. 8.245/91¹¹, conhecida

9 Coelho ensina que “o Código Civil preceitua como bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Da mesma forma, considera como imóveis para os efeitos legais: os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram e o direito à sucessão aberta”. COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, s.p.

10 Christiane Scabell Höhn e Cristiana Moreira Bastida definem o imóvel urbano como sendo aquele situado “em área urbana ou de expansão urbano, de acordo com o que estabelecer o plano diretor do respectivo município” (HÖHN, 2014, p. 24). No entanto, é importante ressaltar que, segundo Araújo Junior “Para fins da Lei de Inquilinato o que caracteriza um imóvel como “urbano” é a sua destinação (v.g. moradia, comércio, indústria, educação, saúde, cultura, lazer, esporte ou outra atividade, exceto agrícola), não a sua localização física (urbano ou rural)”. (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 2)

11 É importante destacar que essa lei sofreu uma reforma com modificações e inclusões de artigos, em 2009 por meio da Lei n. 12.112, além de outras que acabaram de alguma maneira ajustando o seu texto até se tornar da forma como é atualmente. Ainda, conforme previsto no seu artigo 79, no caso de omissão, aplica-se subsidiariamente o Código Civil e o Código de Processo Civil.

como Lei do Inquilinato, que versa sobre locação de imóveis urbanos, conforme delimitado pelo artigo 1º.

Entretanto, existe uma discussão a respeito da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor a esses contratos.

Para que isso seja viável, há de se verificar se existe uma relação de consumo entre locatário e locador de um bem imóvel urbano.

Para que haja uma relação de consumo, exige-se, de um lado, a presença de um fornecedor de um bem ou serviço, e, do outro, a de um consumidor. Nesse sentido, Almeida afirma a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de locação, pois não estaria ali presente uma relação de consumo¹².

Ainda em se tratando da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação locatícia, Vasconcelos (VASCONCELOS, 2010, p. 44) afirma que de um lado da doutrina, há quem¹³ defenda que há sim a aplicação de tal diploma pelo fato de uma relação locatícia se tratar de uma relação de consumo, e do outro lado, há quem¹⁴ defenda o contrário sustentando

12 Prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a relação locatícia, por estar regulada por lei especial (Lei de Locações), não constitui relação de consumo e, conseqüentemente, não incide o CDC. (ALMEIDA, 2018, p. 157)

13 Por exemplo, VENOSA, Silvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada:** doutrina e prática: Lei n. 8.245, de 18-10-1991. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

14 Por exemplo, ALMEIDA, Fabricio Bolzan de; Coordenação de Pedro Lenza. **Direito do consumidor esquematizado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

que não há relação de consumo. Vasconcelos defende que,

Estão presentes as figuras do fornecedor e do consumidor, a que alude o CDC: o locador faz a entrega do imóvel, ou seja, fornece o imóvel (artigo 3º e §1º), enquanto o locatário está na posição de consumidor desse produto (artigo 2º), porque o recebe para locação não comercial, ou seja, sem as características específicas da locação comercial e industrial, submetendo-se a tutela do CDC. (VASCONCELOS, 2010, p. 44)

Assim, pode-se concluir que o referido autor concorda com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias residenciais, apenas.

Portanto, mesmo havendo doutrinadores com posições diversas, há de se concluir que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações locatícias, por já estar regulada por lei especial e por não caracterizar relação de consumo.

4. USO DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EM LIDES QUE ENVOLVAM CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO – VALE A PENA?

Uma vez firmado um contrato de locação de um imóvel urbano, caso surja um conflito entre as partes, seja por inadimplemento do locatário ou até mesmo nas hipóteses em que a lei autorizar a retomada do bem por parte do locador, caberá como medida judicial, o ingresso da ação de despejo na modalidade apropriada ao caso concreta.

Uma vez proposta a ação de despejo, o processo tramitará pelo procedimento comum até chegar o momento da sentença, momento este que pode levar anos, tendo em vista a morosidade do Poder Judiciário. Nesse sentido, ensina Marinoni que,

O principal problema da justiça civil, entretanto, era e ainda é o da morosidade dos processos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da justiça, abrindo mão de parcela da pretensão que provavelmente seria realizada, mas depois de muito tempo. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade. (MARINONI, 2011, p. 25)

Além dessa morosidade, há de se lembrar que os processos são custosos e, pior, a parte com melhores condições financeiras pode ter vantagem sobre a que tem piores condições, como afirma Cappeleti,

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades em mão de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. (CAPPELETTI, 1988, p. 21)

Diante desse cenário processual brasileiro, há de se verificar se os métodos alternativos de resolução de conflitos

são ou não mais apropriados para resolver lides que envolvam contrato de locação de imóvel urbano.

Em primeiro lugar, o uso da mediação ou da arbitragem para resolver lides locatícias é plenamente possível e autorizado pela Lei do Inquilinato, em seu artigo 58, II, ao prever que será competente para conhecer e julgar as lides, o foro do lugar da situação do imóvel, salvo se outro houver sido eleito no contrato. Isso quer dizer que as partes podem eleger um foro que seja mais confortável para elas, o que inclui até mesmo a Câmara de Mediação e Arbitragem¹⁵.

Verificada a legalidade do uso da mediação ou da arbitragem, é preciso entender se no caso concreto daquela lide de locação, é possível ou não aplicar as normas que envolvem o Código de Defesa do Consumidor. Em outras palavras, é preciso averiguar se aquela relação locatícia se caracteriza também como sendo uma relação de consumo, ou se aquele contrato de locação se caracteriza também como um contrato de adesão.

Caso se chegue à conclusão de que pode ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor àquele caso, como já demonstrado por este estudo, é plenamente possível o uso tanto da mediação quanto da arbitragem. Para melhor entendimento, a título de recordação, destacam-se alguns dos pontos principais que implicaram em tal conclusão.

¹⁵ Spengler informa que a Câmara de Mediação e Arbitragem, comumente conhecida por CMA, é uma instituição privada com regulamento próprio, criada para dirimir lides que possam ser solucionadas pela mediação ou arbitragem, auxiliando, dessa forma, o Judiciário. SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei n. 13.140/2015, Lei n. 9.307/1996, Lei n. 13.105/2015 e com a Resolução n. 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, s.p.

Em relação à mediação, frisa-se a posição de Andrade, na qual, sendo o contrato de locação um contrato de consumo, “o contrato de consumo pode trazer como opção, além da arbitragem, a mediação, desde que, relembre-se a opção seja dada ao consumidor e não seja imposta compulsoriamente” (ANDRADE, 2006, p. 454). Já em relação à arbitragem, o mesmo autor destaca que,

Em se tratando de relação de consumo, o artigo 51, VII do CDC estabelece a nulidade da utilização compulsória da arbitragem, entretanto, não a proíbe, de maneira que a arbitragem pode ser convencionalizada pelas partes também nas relações de consumo, desde que contratadas de boa-fé e que não coloque o consumidor em posição de exagerada desvantagem. (ANDRADE, 2006, p. 454)

Isso quer dizer que a arbitragem também pode ser utilizada para sanar o conflito existente, desde que seja instituída de comum acordo e que respeite o contido no artigo 4º, §1º, da Lei de Arbitragem.

Cabe então verificar o uso da mediação e, em seguida, da arbitragem nas relações locatícias em que não seja possível aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

4.1 MEDIAÇÃO

Diferentemente do procedimento comum que é moroso e envolve diversos atos complexos das partes, como petição inicial, contestação, produção de provas, etc., para que o processo tramite, a mediação é uma poderosa e estruturada técnica alternativa de solução de conflitos que se mostra muito eficaz por diversos motivos.

Em primeiro lugar, por diversas vezes, o Judiciário se confunde como uma disputa entre partes, com seus respectivos advogados, para saber que tem a ‘razão’, ou pior, quem será o ‘vencedor’, humilhando aquele que não teve sua expectativa confirmada. Já a mediação, tem fases bem definidas com o objetivo de fazer com que os participantes se sintam mais à vontade e para que possam expor seus reais argumentos, de forma a atingir uma solução que tente agradar a ambas as partes.

Ainda, e como consequência lógica de se buscar uma solução que satisfaça ambos os participantes, a mediação acaba se tornando uma técnica menos custosa do que o Judiciário, tanto economicamente quanto emocionalmente, pois, como por meio dela, os participantes cooperam, isso faz com que a solução seja construída de maneira mais rápida, evitando assim uma série de atos processuais, como petições e recursos judiciais, que, além de carregar altos custos, por envolver a movimentação da máquina pública, como bem sabido, implica em uma descarga emocional nas partes que acabam se desgastando para se defender processualmente ou notar alguma incoerência em sentenças ou acórdãos, por exemplo.

Isso pode ser claramente visível em um caso em que locador e locatário não chegam a um consenso sobre o novo valor do aluguel, no caso da renovação de seu contrato de locação que perdura há anos, e aquele acaba ingressando com uma ação de despejo em face do inquilino. Percebe-se que tanto o locatário quanto o locador poderiam ter grandes desgastes que, muitas vezes, poderiam ser evitados ou ao menos reduzidos, caso envolvesse a mediação.

Além do mais, a mediação acaba sendo também uma técnica que contém atos mais simples, muito mais pautada na manifestação verbal e presencial das partes, do que escrita.

Dessa forma, os participantes têm maior facilidade de expor seus argumentos e buscarem uma solução, diferentemente do Judiciário, que exige deles a elaboração, por meio de seus advogados, de uma série de atos processuais, como petições e recursos. Esses atos, além de exigir muito mais formalidades, acabam, muitas vezes, sendo mais complexos e exigindo muita dedicação e competência dos advogados para terem, pelo menos, suas peças processuais conhecidas, para só então, depender da discricionariedade do julgador a seu favor para se ter o tão esperado provimento.

Se não bastasse isso, segundo Azevedo, há outra preciosa vantagem da mediação, qual seja, o sigilo de seu procedimento. Assim argumenta o autor que,

Outro aspecto de suma importância é o sigilo; tudo que ocorre na mediação é absolutamente sigiloso (a menos que os mediandos queiram pactuar de forma diversa), justamente para que as partes possam negociar mais abertamente e com maior franqueza, sem o receio de que isso possa vir a ser usado contra elas num processo, caso o acordo não se concretize. (AZEVEDO, 2015, p. 966)

Por fim, ressalta-se que a mediação deverá contar com a presença de um mediador especialista na matéria objeto do conflito, algo que dificilmente ocorrerá no Judiciário, tendo em vista que é inviável exigir do magistrado conhecimento aprofundado em cada matéria de sua competência. Essa especialidade é extremamente importante, pois quanto maior for esse atributo daquele que está conduzindo o conflito, maior será o grau de assertividade da decisão ou da solução encontrada para o caso.

Portanto, nota-se que a mediação é sim mais vantajosa

que o meio judicial para dirimir conflitos que envolvam relações locatícias, por diversos motivos. O primeiro deles é que ela é efetiva, por acomodar melhor os participantes e por contar com um mediador especialista na matéria objeto da discussão, isto é, em locação. O segundo é que ela é menos custosa, tanto economicamente quanto emocionalmente, por envolver menos atos processuais. O terceiro é que ela é mais célere, justamente como consequências dos dois primeiros motivos. Por fim, ela é mais acessível às partes, por envolver atos mais simples, ou melhor, menos formalidades, não exigindo assim que os participantes tenham conhecimento aprofundado na elaboração de peças processuais ou até mesmo que sejam representados por advogados.

4.2 ARBITRAGEM

Há uma série de características presentes na arbitragem que não estão no método tradicional e que acabam trazendo diversos benefícios àqueles que a utilizam, como será visto detalhadamente a seguir.

A primeira vantagem da arbitragem é que ela não é obrigatória, mas convencionada pelas partes. Isto quer dizer que as partes poderão escolher se querem ou não submeter a lide à arbitragem. Essa convenção, de acordo com o disposto no artigo 3º, da Lei de Arbitragem, pode ser feita por meio de cláusula compromissória ou por compromisso arbitral.

A segunda vantagem da arbitragem é a informalidade, ou seja, o procedimento arbitral é informal com tanta flexibilidade que as partes podem até mesmo escolher o árbitro e o direito material e processual que serão usados para resolver o impasse.

Dessa forma, reforça Marcondes que “uma das maiores vantagens da escolha do caminho arbitral é a maleabilidade do seu procedimento” (MARCONDES, 2014, p. 71). O autor explica que “na verdade, todo o procedimento da arbitragem pode ser inventado pelas partes, desde que haja consenso” (MARCONDES, 2014, p. 71).

Além do mais, o artigo 23 da Lei de Arbitragem informa que “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses”. Isso quer dizer que as partes, nesse procedimento, podem até mesmo convenicionar o tempo máximo que poderá levar para ser proferida a sentença arbitral.

Muito conectada com a segunda, a terceira vantagem é a especialidade. Significa que as partes poderão escolher o árbitro, que preferencialmente será especialista tanto em técnicas para solução de conflitos, quanto na matéria envolvida (locação de imóveis urbanos). Esse fator dificilmente ocorrerá no processo judicial tradicional, já que não se pode esperar do juiz um conhecimento aprofundado em cada matéria de sua competência.

Por conta disso, as pessoas acabam buscando pela arbitragem para solucionar seus conflitos, pois “nela, há ampla liberdade da escolha de quem poderá ser o árbitro e, com isso, as partes podem eleger alguém que tenha familiaridade com a matéria e em quem depositem confiança” (AZEVEDO, 2015, p. 961).

A quarta vantagem da arbitragem é a sua confidencialidade, isto é, ela é sigilosa, diferentemente do processo judicial que, em regra, é público, tendo em vista que o artigo 189 do Código de Processo Civil prevê que “os atos processuais são

públicos”. Nesse sentido, Azevedo conclui que,

Tem-se na confidencialidade mais um atrativo. Embora a Lei de Arbitragem não imponha a confidencialidade, em regras, as arbitragens são sigilosas, quer porque as partes assim expressamente o escolheram, quer porque a Câmara Arbitral a prevê em seu regulamento. (AZEVEDO, 2015, p. 962)

Já a quinta vantagem da arbitragem é a irrecorribilidade da decisão. Isso quer dizer que a sentença arbitral, uma vez proferida, é equivalente a uma sentença transitada em julgado, isto é, aquela que não admite mais interposição de recursos no sentido de alterá-la, com exceção, é claro, dos embargos de declaração.

A sexta vantagem da arbitragem é a celeridade do procedimento. A arbitragem deverá respeitar o princípio da razoável duração do processo (FICHTNER, 2014, p. 54-56). Esse princípio está inserido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal que assegura que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Percebe-se, portanto, que a duração razoável está intimamente ligada à celeridade do processo e significa ter atos processuais e uma decisão mais rápida que implicará em uma redução de burocracia e custo.

A última vantagem a ser destacada da arbitragem diz respeito aos seus custos. Marcondes afirma que “uma das maiores lendas a respeito da arbitragem diz respeito ao seu custo” (MARCONDES, 2014, p. 39). Ao se propor a inserção de uma cláusula compromissória em contrato ou quando se sugere que a lide seja encaminhada a um procedimento arbitral, a parte contrária normalmente reclama informando

que a arbitragem é muito cara e que é melhor evitar esse gasto extra. No entanto, Marcondes revela que “a arbitragem não é necessariamente cara. Ao contrário, acaba se revelando uma alternativa barata, se comparada ao custo do processo judicial” (MARCONDES, 2014, p. 39).

Portanto, diante de todos esses argumentos expostos, tanto a respeito da mediação quanto a respeito da arbitragem, resta evidente que ambos os métodos alternativos de solução de conflitos são exponencialmente aconselháveis em substituição ao método tradicional da justiça comum para solução de demandas que envolvam relações locatícias (de consumo ou não).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho teve como principal objetivo avaliar o uso das técnicas de solução de conflitos mediação e arbitragem para solucionar lides judiciais, principalmente no que tange a relações locatícias.

Para tal, abordou-se com mais detalhes tanto a mediação quanto a arbitragem expondo seus conceitos e características para melhor compreensão de tais justificativas.

Em seguida foi possível apresentar alguns conceitos relevantes do Direito do Consumidor, incluindo-se características, para se chegar à conclusão de que é possível o uso tanto da mediação quanto da arbitragem em lides oriundas de relação de consumo, desde que, essas técnicas não sejam impostas ao consumidor.

Na sequência, esse estudo adentrou no tema do contrato de locação de imóvel urbano, trazendo definições e características. Foi possível notar que esses contratos devem

respeitar a Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), que traz diversas disposições sobre a matéria.

Tendo maior embasamento teórico tanto sobre locação de imóvel urbano quanto sobre Direito do Consumidor, foi possível discutir a aplicação do CDC nas relações locatícias. Diante do exposto, mesmo havendo doutrinadores com posições diversas, restou evidente que, pelo fato da relação locatícia não ser uma relação de consumo, e ainda por ter legislação especial sobre o tema, não se aplica o CDC, em regra.

Enfim, o presente estudo partiu para a análise mais detalhada do uso da mediação e da arbitragem nas lides locatícias, com o intuito de se verificar se é mais vantajoso ou não o uso desses métodos em substituição ao método tradicional.

Em relação à mediação, foi possível constatar que é mais vantajosa que o meio judicial para dirimir conflitos que envolvam relações locatícias, por diversos motivos. O primeiro deles é que ela é efetiva, por acomodar melhor os participantes e por contar com um mediador especialista na matéria objeto da discussão, isto é, em locação. O segundo é que ela é menos custosa, tanto economicamente quanto emocionalmente, por envolver menos atos processuais. O terceiro é que ela é mais célere, justamente como consequência dos dois primeiros motivos. Por fim, ela é mais acessível às partes, por envolver atos mais simples, ou melhor, menos formais, não exigindo assim que os participantes tenham conhecimento aprofundado na elaboração de peças processuais ou até mesmo que sejam representados por advogados.

Na mesma linha, em relação à arbitragem há ainda mais vantagens. A primeira delas é que esse procedimento é facultativo, não podendo ser imposto às partes e nem ao árbitro que poderá até mesmo optar por não atuar naquele

procedimento por falta de tempo, por exemplo. A segunda vantagem é a informalidade, contando com atos mais simples e flexíveis, de tal forma que as partes podem estipular o procedimento arbitral a ser seguido, seus atos e prazos, e até mesmo o prazo máximo de prolação da sentença arbitral. Já a terceira vantagem é a especialidade, isto é, as partes podem escolher o árbitro que seja especialista tanto em técnicas de arbitragem quanto na matéria em discussão. A quarta vantagem por sua vez, é a confidencialidade, fazendo assim que o procedimento arbitral seja sigiloso se assim preferirem as partes. Outra vantagem é a irrecorribilidade da sentença arbitral, constituindo título executivo passível de execução no Judiciário, sendo possível apenas a oposição de embargos de declaração. A penúltima vantagem é a celeridade do procedimento, tendo em vista que, em regra, o procedimento arbitral pode durar no máximo seis meses. Por fim, o custo da arbitragem poderá ser até mesmo inferior ao custo do Judiciário em diversas situações.

Portanto, diante de todos esses argumentos expostos, tanto a respeito da mediação quanto a respeito da arbitragem, restou evidente que são métodos alternativos de solução de conflitos aconselháveis em substituição ao método tradicional da justiça comum para solução de demandas que envolvam relações locatícias, sejam de consumo, ou não.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de; Coordenação de Pedro Lenza. **Direito do consumidor esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de direito do consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2006.

ARAÚJO JUNIOR, Gediel Claudino. **Prática de locação: lei do inquilinato anotada, questões práticas, modelos de peças**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (COORD). **Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira de Lira**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Novos temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

HÖHN, Christiane Scabell; BASTIDA, Cristiana Moreira. **Direito imobiliário**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCONDES, Fernando. **Arbitragem comercial: guia prático para o cidadão**. São Paulo: Códex, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem – mediação e conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei n. 13.140/2015, Lei n. 9.307/1996, Lei n. 13.105/2015 e com a Resolução n. 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

VASCONCELOS, Fernando Eugênio. **Direito do consumidor**: relações de consumo. 1. ed. 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada**: doutrina e prática: Lei n. 8.245, de 18-10-1991. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VERÇOSA, Fabiane et al. **Arbitragem e mediação – temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei. A Mediação de conflitos**. Lisboa: Agora comunicação, 2006.

O ABUSO DO PODER NO DIREITO ELEITORAL

“Se quiser a prova do caráter de um
homem, dê-lhe poder”
Abraham Lincoln

Josafá Antonio Lemes¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade realizar uma breve análise doutrinária e jurisprudencial sobre o abuso do poder de autoridade/política face as novas figuras tidas como tal (autoridade) pela Justiça Especializada a cada eleição, e observe-se, sem que essas (figuras) tenham vínculo algum com a administração pública. Os artigos 19 e 22, da Lei Complementar nº 64/90, tratam do abuso do poder econômico ou político e do abuso do poder de autoridade, respectivamente. Logo, o exame sob comento incide sobre saber se a pessoa condutora

¹ Advogado. Ex-Juiz Eleitoral do TRE-PR durante os anos de 2012/2017. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Direito Internacional. Ex-Procurador-Geral Municipal. Vice-Presidente do Colégio Permanente de Juristas Eleitorais da Região Sul. josafa@josafalesadv.com.br

do ato excedido possui ou não **poder**, isso para que o Judiciário possa dizer se houve ou não abuso de autoridade, pois, penso ser elemento indispensável para a interpretação do tema (sujeito sem poder não é e não possui autoridade). Ainda, um comparativo entre a pessoa que orienta seu grupo social (e não manda ou exige a prática) por ser formadora de opinião e liderá-lo (sem vínculo com a administração pública) com a pessoa que detém poder decorrente da sua função e/ou cargo vinculado à administração pública, ou ainda, decorrente de estar exercendo mandato eletivo. E aqui penso haver a distinção entre homens **de poder** (líderes sem vínculo com a administração pública) e homens **com poder** (pessoas vinculadas à administração de forma direta ou indireta). Há também fatos a serem interpretados em que o exercício da democracia pelo cidadão comum frente aos seus seguidores atrai o sentimento de temor reverencial (de agradar o seu líder) e não o sentimento de obediência à uma autoridade pública (sob pena de), pois não há a imposição.

2. DESENVOLVIMENTO

No âmbito eleitoral, o abuso do poder – seja qual for ele – sempre foi e continua sendo matéria de grande relevância pela Justiça Eleitoral no período de pré-campanha, campanha oficial e pós-campanha, isso porque ele (o abuso do poder) vicia a vontade do eleitor e viola o princípio da isonomia na realização do sufrágio universal. Apurada a gravidade do abuso do poder que reflita na alteração do resultado nas urnas, permite a aplicação da pesada – porém justa – sanção de cassação do registro de candidatura ou do mandato eletivo do candidato beneficiado.

Feita uma pesquisa rápida sobre a matéria de abuso

do poder na doutrina, conclui-se sem maiores esforços que o abuso do poder econômico se destaca com muito mais conteúdo – como ilícito eleitoral – se comparado com os demais abusos tipificados em lei (abuso de autoridade ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social). Todavia, feita uma análise das matérias discutidas no Judiciário Eleitoral das últimas eleições (2016 e 2018), percebe-se um crescimento sobre o abuso do poder de autoridade e outros não tipificados, ainda.

Vale lembrar que as empresas privadas de pequeno e grande porte deixaram de participar do financiamento de campanha eleitoral em 2015, decorrente do julgamento da ADI 4650 pelo STF que entendeu pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Penso que o objetivo de fundo também foi o de moralizar o financiamento das campanhas eleitorais, pois, é cediço que as empresas doadoras de dinheiro ou de bens estimáveis em dinheiro para as campanhas tiveram seus nomes nos escândalos de corrupção e, não raras vezes os seus dirigentes presos e condenados. Certamente que com o afastamento da participação das pessoas jurídicas de direito privado no processo eleitoral e com a inovação legal dos limites de valores de gastos pelos candidatos², o abuso do poder econômico passou a ser melhor policiado pela Justiça Eleitoral, pelo Ministério Público Eleitoral, pelos partidos e candidatos adversários políticos. Todavia, as últimas eleições têm demonstrado os sérios problemas em lidar com o dinheiro público (Fundo Partidário e o Fundo Especial) em razão da di-

2 Os limites de gastos de campanha serão definidos em lei e divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral, de acordo com o Art. 18 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Brasil, 1997).

ffícil distribuição alcançar todos os candidatos, vez que vários acabam não recebendo nada. Por isso, acredito que volte num futuro próximo a participação das pessoas jurídicas no processo eleitoral de forma mais moderna e segura.

Prossigo. Precisamente, com natureza no § 9º do art. 14, da CF, os artigos 19³ e 22, *caput*, da Lei Complementar 64/90⁴ especificam os tipos de abuso do poder (econômico e de autoridade) ou do abuso no exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional, facultando a propositura de ação judicial com o propósito de investigar o “uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou Partido político.”

Como visto, em que pese a legislação eleitoral especifique somente alguns tipos de abuso, o Judiciário Eleitoral há muito vem discutindo sobre outros tipos de abuso do poder, especialmente sobre o alcance de novos personagens para a

3 As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais, de acordo com o Art. 19 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Brasil, 1990).

4 Qualquer Partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de Partido político, obedecido o seguinte rito: [...], de acordo com o Art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Brasil, 1990).

prática do abuso do poder de autoridade. Em recente julgado o Tribunal Superior Eleitoral se debruçou sobre o caso originário de Luziânia – Goiás⁵, tendo como relator o Ministro Edson Luiz Fachin que apresentou voto pelo reconhecimento do abuso do poder de autoridade religiosa, com efeitos a partir das eleições 2020. Referida matéria foi amplamente discutida pelos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, porém, ficando vencida a referida proposta de voto do Relator face a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes que foi pela não viabilidade de exame jurídico do abuso do poder de autoridade religiosa.

Pois bem!

É cediço sobre a dinâmica da matéria eleitoral diante das alterações legislativas que ocorrem a cada eleição (de dois em dois anos – eleições municipais e as gerais) refletindo no entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais. E a referida dinâmica decorre também da alteração que sofre o quadro de juízes membros dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior Eleitoral, com isso, fazendo com que novas interpretações à legislação eleitoral ocorram e, que não raras vezes, resultem numa virada jurisprudencial que – para alguns – pode gerar um clima de insegurança jurídica se aplicada de imediato ao caso concreto.

Para tanto, doravante vou tratar especialmente do abuso do poder de autoridade/política. Na doutrina há quem diga que os termos poder e influência não possuem o mesmo

5 TSE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL: REspEI nº 000082-85.2016.6.09.0139. Originário de Luziânia/GO. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Julgado em 18/08/2020.

sentido, pois aquele seria em sentido mais estrito e este em sentido mais amplo. Todavia, tem-se para fins eleitorais que os termos “poder” e “influência” tem uso indistinto, conforme ensina o ilustre Professor José Jairo Gomes,⁶ asseverando que “são empregados como sinônimos.”

O renomado Professor citado acima sustenta que:

“Na esfera política, em que se destacam as relações estabelecidas entre indivíduos e entre grupos, compreende-se o poder como a capacidade de condicionar ou determinar o comportamento alheio – isso se dá por meio de influência exercida na mente humana, resultando na alteração da maneira como sentimos, agimos, pensamos e percebemos as coisas, tanto no plano individual quanto no coletivo.”⁷

O ilícito sob comento é causado pelo excesso na conduta do agente, chamado de abuso do poder. Ainda, o ilustre professor José Jairo Gomes entende que “No Direito Eleitoral, por abuso de poder compreende-se o mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição⁸.” Por fim, resta-nos conceituar autoridade para se chegar ao personagem do tipo infracional do abuso do poder de autoridade/político.

6 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 320.

7 GOMES, op. cit., p. 321.

8 GOMES, op. cit., p. 321.

O art. 2º, da Lei de Abuso de Autoridade nº 13.869/2019 (antiga Lei nº 4898/65), define como sendo sujeito ativo para cometer crime por abuso do poder de autoridade somente pessoas que estejam ligadas à administração pública, *a priori*, não sendo possível e legal atribuir o título de autoridade a aquele sujeito comum sem vínculo com a administração pública.

Veja-se o conceito de autoridade apresentado pelos doutrinadores: O professor Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”, ensina que “Abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas¹⁰.” O professor Adriano Soares da Costa, em sua obra “Instituições de Direito Eleitoral”, p. 359, sustenta que “Abuso do poder político é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato.”¹¹

9 É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II - membros do Poder Legislativo; III - membros do Poder Executivo; IV - membros do Poder Judiciário; V - membros do Ministério Público; VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo **caput** deste artigo, de acordo com o Art. 2º, incisos I à VI, da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (Brasil, 2019).

10 MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 112.

11 COSTA. Adriano Soares. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9ª

O ilustre professor Rodrigo Lopez Zilio distingue os sujeitos autoridade e o político, esclarecendo que: o abuso do poder de autoridade descrito na legislação eleitoral exige que o ato ilícito tenha sido praticado ou comandado por autoridade da administração pública com vínculo por cargo, emprego ou função pública; ou praticado por autoridade política com vínculo à administração pública decorrente de mandato eletivo¹². A grande maioria dos amantes do direito eleitoral entende não haver esta distinção, guardando tratamento igual para o ilícito do abuso do poder de autoridade e do de abuso do poder político por estarem ligados à administração pública.

Com efeito, a doutrina não deixa dúvida de que o abuso do poder de autoridade/político é tipificado se o sujeito condutor ou praticante do ato ilícito estiver de algum modo ligado à administração pública. Porém, penso e defendo que a ausência do tipo legal não autoriza a conduta em excesso por qualquer cidadão, candidato ou partido na campanha eleitoral. Sobre o ponto, sabe-se que há outros meios jurídicos e legais para desestimular comportamentos ilícitos desde o início do processo eleitoral, podendo, talvez, caracterizar excesso no exercício do direito e não em abuso do poder.

Ainda, sobre o tema, penso que há uma distinção a ser feita entre homens **de poder** e homens **com poder**. Digo

Edição. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013. p. 359.

- 12 Abuso de Autoridade: "todo ato emanado de pessoa que exerce cargo, emprego ou função que excede os limites da legalidade ou da competência. Só pode ser praticado por quem tem vínculo com a administração pública por cargo, emprego ou função pública, distinguindo-se do abuso de poder político que é praticado por quem tem vínculo com a administração pública, mediante mandato eletivo." ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008. p. 383.

isso porque os homens **de** poder são os líderes religiosos, os presidentes de sindicatos, empresários de grande porte, líderes de bairro, professores, reitores, etc. Note-se que o poder destes homens decorre da imagem e da liderança que exercem sobre determinado grupo social (poder concentrado e limitado ao grupo), ou seja, um “poder” conquistado e decorrente da finalidade comum entre o líder e o seu grupo (Igreja, função, universidade, bairro, emprego etc.), nada mais. Por mais que se tente atribuir poderes aos ditos líderes, não se vislumbra o poder de mando ou o poder de imposição ao seu grupo social, com isso, não podendo ser confundido com a figura de autoridade pública. Já os homens **com** poder são tidos como as autoridades públicas, os quais, por meio de sua função podem definir – em sentido *latu sensu* – a vida e o destino dos cidadãos comuns de uma nação (muitas vezes representando o Estado e não apenas um órgão estatal).

Com os esclarecimentos supra, prossigo.

Assim, nesta linha, peço licença para retornar ao caso já referido sobre “autoridade religiosa” (REspEl nº 82-85/GO), do qual extraio do voto proferido pelo ilustre Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, o seguinte conteúdo transcrito:

“(…). Dessa forma, é mais coerente (e técnico) que o ato injusto de influenciar o pleito eleitoral através da religião seja classificado como ‘abuso de direito’ e não ‘abuso de poder’. O art. 187 do Código Civil, ao definir abuso de direito, estabelece que ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’. Isto é, o abuso do direito que se verifica quando o mesmo ‘exercido ‘sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por

isso, reprovável pela consciência pública.’ (...).”¹³

Em um tom muito parecido à tese transcrita acima é a lição de Antônio Carlos Mendes ao asseverar:

“(…). Nota-se que ‘abuso do direito’ ou ‘abuso de poder’ têm a conotação genérica de ilegalidade, quer pela violação dos pressupostos dados pela norma jurídica, quer pela ofensa ou desbordamento das finalidades apontadas pela ordem jurídica. (...)”¹⁴

Relembrando, a matéria tratada no REspEI 82-85 foi sobre o abuso do poder de autoridade religiosa praticada por Pastor dentro da Igreja Assembléia de Deus em favor de candidata à vereança, porque ele (pastor) pediu voto em favor da mesma. Todavia, a Igreja e/ou o Pastor não tem qualquer vínculo com a administração pública, ou seja, a conduta foi de ordem privada e isolada por cidadão comum (sem a intervenção do poder público). Penso, com todo o respeito aos votos divergentes no citado REspEI, que o Tribunal Superior Eleitoral julgou com acerto o referido recurso especial eleitoral alterando o acórdão do TRE/GO, uma vez que não há na legislação especial ou na geral a figura de autoridade religiosa.

Prossigo dizendo que uma tese ao sustentar a existência de uma figura de autoridade atípica pela prática do abuso do poder, no mínimo, haveria que conjugá-la com um dos abu-

13 TSE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL: REspEI nº 0000082-85.2016.6.09.0139. Originário de Luziânia/GO. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Julgado em 18/08/2020.

14 MENDES, Antônio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994.

dos do poder já existentes na lei (abuso do poder econômico ou abuso do poder de autoridade/político, uso indevido dos meios de comunicação), *data venia*, não cabendo ao Judiciário atribuir ao cidadão comum o título de autoridade a fim de tipificar a conduta que entende reprovável, diga-se, não se olvidando que o cidadão ao participar do processo eleitoral em um regime democrático exerce o seu direito, onde a autoridade é a vontade popular¹⁵, lembrando – aqui – que o controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública, e não o contrário¹⁶.

A doutrina é forte em definir que a expressão autoridade – para fins eleitorais – deve estar ligada de algum modo à administração pública, sendo que alguns estudiosos do direito eleitoral tratam o abuso de autoridade/político previstos nos artigos 19 e 22 da Lei Complementar nº 64/90, como abuso do Poder Público¹⁷.

-
- 15 “[...]. No art. 3º, alínea ‘g’, a Lei nº 4898/65 prevê constituir abuso de autoridade o *atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto*, isto porque um Estado Democrático de Direito só se faz quando tem como base da autoridade a vontade popular, a cidadania, expressa ‘pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto’, conforme dispõe o art. 14, *caput*, da CF/88. [...]” MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Colaborador no O Abuso do Poder do Estado**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 361.
- 16 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1957. p. 127.
- 17 “[...]. A Lei Complementar nº 64/90 ainda estabelece um importante mecanismo de combate ao abuso do poder público, consubstanciado este na possibilidade de Investigação Judicial Eleitoral. [...]” SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **O Abuso de Poder do Estado**. Coordenador Mauro Roberto Gomes de Matos. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 633.

Deste modo, a conduta praticada em excesso por um sujeito sem ligação com a administração pública e entendida como ilícita pela Justiça Eleitoral pode não tratar de abuso de autoridade e sim de abuso no exercício do direito, *data venia*, aos que entendem de forma diferente.

Sabemos que nas campanhas eleitorais, especialmente nas municipais, nos deparamos com situações jurídicas envolvendo personagens novos – sem liame com o poder público – tidos como se autoridade fossem (homens de poder), e tais fatos têm sido examinados pela Justiça Especializada, com isso, forçando estudos e interpretações interessantes.

A exemplo do que disse acima, quando estive no Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná como juiz titular (ocupando uma das cadeiras da OAB), fui relator do Recurso Eleitoral nº 0000287-84.2012.6.16.0196, originário da 196ª Zona Eleitoral de Manoel Ribas, em que se discutiu se Cacique indígena era ou não considerado autoridade para responder por abuso de poder com base nos artigos 19 e 22 da Lei nº 64/90. Vejamos! Para ser leal aos termos do julgado, peço licença para transcrever alguns trechos do julgado, *in verbis*:

“EMENTA – RECURSO ELEITORAL. AIJE. ABUSO DE AUTORIDADE. CACIQUE DE RESERVA INDÍGENA. ATIVIDADE QUE NÃO SOFRE INGERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 19, § ÚNICO, LC 64/90. ART. 5º, LEI Nº 4898/65. FALTA DA CONDIÇÃO DE AUTORIDADE PÚBLICA.

O abuso do poder de autoridade punível pela legislação eleitoral pressupõe que o agente da conduta possua atribuição típica de agente público com poderes para tanto.”

Parte do conteúdo do voto disse:

“[...]. A causa versa sobre eventual abuso do poder cometido por Dirceu Retanh Pereira Santia-

go, que teria de valido da posição de cacique para direcionar os votos da comunidade da Reserva Indígena Ivaí ao candidato Maurilio Viana Pereira.

[...].

Dessa forma, conclui-se que quem comete o abuso de autoridade ou de poder político deve estar investido de alguma espécie de poder atribuído pelo Estado.

Por um lado, é notável a influência que uma liderança pode exercer sobre eleitores de um determinado grupo social na escolha de um candidato, sendo comum que figuras como líderes religiosos, comunitários e indígenas exteriorizem sua intenção de voto em conclamem seus seguidores a votar no mesmo candidato. De outra feita, não havendo relação deste líder com a Administração Pública, não é possível falar em abuso de autoridade ou abuso de poder político, já que o abuso punível pela legislação eleitoral pressupõe que o praticante da conduta possua, em alguma medida, uma atribuição típica de agente público. (Destaquei)

No caso em tela, o recorrente Dirceu não ocupa função, cargo ou emprego na Administração Pública; foi eleito o cacique de sua aldeia, mediante processo de votação realizado entre os indígenas daquela Reserva, sem ingerência política da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Fiz uma análise completa das provas e dos fatos. Conclui que tais fatos decorrentes da conduta do Sr. Dirceu (cacique da aldeia) poderia caracterizar captação ilícita em virtude da ameaça feita a algumas pessoas (professores etc.) residentes na aldeia em que chefia, pois havia ameaça de expulsão. Porém, deveria haver pedido neste sentido e provas do direcionamento dos votos, mas não há. (...).

A matéria é no mínimo interessante, pois de um

lado o 'Cacique Indígena' comanda uma aldeia, de outro, não se confunde com autoridade pública, no caso afastando o alegado abuso de poder de autoridade.

E aqui estendo o raciocínio para dizer: o Cacique é pessoa eleita pelos indígenas de sua reserva para defender e representar os interesses de sua gente perante as entidades e pessoas, sejam estatais ou privadas. Disso conclui-se ser um líder limitado, mas não uma autoridade pública, vez que não comanda ou lidera além dos seus – índios, tendo regras e culturas próprias, distintas da população comum. Trata-se de situação interna corporis onde há o temor reverencial decorrente da cultura, diga-se, milenar.

À minha vista, a FUNAI seria a entidade que poderia tomar providências com objetivo de alterar esta identificação e conceito de Cacique, dando-lhe o título de autoridade. Nota-se, que Cacique está ligado – 100% - na cultura indígena, devendo sua conduta ser avaliada pela entidade a ele ligada, pois esta possui competência para decidir sobre seus atos etc.

Nesta linha, em pesquisa sobre a matéria encontrei a seguinte notícia: 'Entidade condena morte de cacique e critica descaso de autoridades. (...). Por serem grupos humanos que não se submetem aos ditames das leis do mercado e da economia capitalista, são tratados como empecilhos ao desenvolvimento e progresso (...). A funai, que tem como missão promover e defender os direitos indígenas e lhes garantir as condições de sobrevivência tanto física, quanto cultural e espiritual, acaba tendo uma função mais marginal, quando também não se torna subserviente aos interesses hegemônicos do capital, (...)'

Prossigo dizendo que os grupos sociais de várias culturas diversas do povo comum – com seus líderes eleitos – existem há séculos, não cabendo,

data venia, à Justiça Eleitoral dissociá-los, porque abusaram de sua liderança interna.

Vejam os. O simples fato de mencionar que a conduta do Cacique “poderia” caracterizar captação ilícita em virtude da dita ameaça, data venia, não pode ser confundido com acolhimento do pedido de abuso de poder de autoridade. Isso pelo fato de que a representação por captação ilícita de sufrágio afastaria a necessidade de que a conduta fosse praticada por autoridade pública. Por óbvio e simplicidade de interpretação, demonstrando não haver qualquer contradição. (...)”

Da leitura do conteúdo transcrito acima vê-se que – já – em 2013 a Justiça Eleitoral discutiu e julgou um caso que envolvia conduta praticada por pessoa (cacique indígena) que não se amoldava ao tipo previsto na lei eleitoral, ou seja, não era e nem envolvia autoridade da administração pública.

Ainda, constou do referido voto – a título de exemplo – que as figuras dos líderes religiosos e comunitários também não poderiam ser consideradas autoridades porque não detinham relação com a administração pública ou atribuição típica de agente público¹⁸. E agora, neste momento, penso ser

18 Por um lado, é notável a influência que uma liderança pode exercer sobre eleitores de um determinado grupo social na escolha de um candidato, sendo comum que figuras como líderes religiosos, comunitários e indígenas exteriorizem sua intenção de voto em conclamem seus seguidores a votar no mesmo candidato. De outra feita, não havendo relação deste líder com a Administração Pública, não é possível falar em abuso de autoridade ou abuso de poder político, já que o abuso punível pela legislação eleitoral pressupõe que o praticante da conduta possua, em alguma medida, uma atribuição típica de agente público. TER-PR. RECURSO ELEITORAL: ReEI nº 0000287-84.2012.6.16.0196. 196ª Zona Eleitora – Manoel Ribas. Relator: Dr. Josafá Antonio Lemes. Julgado em 6 de junho de 2013.

indispensável ampliar a relação de sujeitos que também poderão ser confundidos com a figura de autoridade para fins eleitorais, sendo eles: líderes de bairro, líderes sindicais, empresários de grandes companhias privadas com mais de mil empregados, professores universitários, cantores, atores, artistas que mantenham uma boa imagem com o público em geral e várias outras pessoas que estejam no mesmo grau de relação com o povo, mas sem ligação com a administração pública. Penso que as manifestações praticadas por tais “líderes”, em orientar seus seguidores (fiéis, fãs, alunos, admiradores etc.) na política revelam o exercício democrático do cidadão e a liberdade de expressão garantida pela Constituição Federal do Brasil, não podendo, por óbvio, haver imposição do líder sob ameaça, como por exemplo um Padre impor ao seu fiel de que se não votar em tal candidato será excomungado da Igreja ou qualquer tipo de ameaça semelhante. Logo, a vontade do eleitor estará viciada e caracterizada a infração eleitoral de captação ilícita de sufrágio (parágrafo 2º, do art. 41-A, da Lei 9.504/97¹⁹).

Outro ponto não menos importante que leva a uma interpretação de que tais pessoas (líderes) podem ser consideradas autoridade para fins eleitorais, é o temor reverencial²⁰. É cediço que no processo eleitoral há formadores de opinião que podem orientar o voto do eleitor dentro do seu grupo so-

19 As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa com o fim de obter-lhe o voto, de acordo com o § 2º, do Art. 41-A, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

20 Temor reverencial: Do latim *timor reverentialis*. Por temor reverencial entende-se 'o receio de desgostar o pai, a mãe ou outras pessoas, a quem se deve obediência e respeito [...]'. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 9ª edição. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

cial (líderes de bairro, comerciantes bem sucedidos, Pastor, Padre, líder sindical etc.), e como tal, tornam-se pessoas cobijadas pelos candidatos e Partidos Políticos em ano eleitoral. Como visto, tais “líderes” embora não se amoldem ao conceito doutrinário de autoridade pública, por outro lado, é inegável a influência que eles (líderes) têm sobre o seu grupo social (decorrente do respeito e admiração), evitando desagradá-lo²¹, com isso, tal fato atrai o conceito de temor reverencial e não o de abuso do poder de autoridade. Nesta linha, ainda, a lei civil (art. 153 do CC)²² assegura que o temor reverencial não pode ser considerado ameaça. E, como referência, constou do voto transcrito acima (REspEl 287-84), ou seja, de que a conduta praticada pelo sujeito – líder indígena sem liame com o poder público – se amolda mais como temor reverencial²³ do que de autoridade pública.

Com efeito, quando o constituinte criou o art. 22, da Lei Complementar nº 64/90, fixou como autoridades somente aqueles que estivessem – de algum modo – ligados à administração pública. Neste sentido, Suzana de Camargo Gomes sustenta “[...]. Críticas devem ser dirigidas ao constituinte por não

21 (...). **temor reverencial**, é o receio de desgostar um superior hierárquico, ou alguém por quem se tenha respeito ou admiração. O **temor reverencial** é realizado para dar apoio a uma ação, sem infringir as leis. Fonte:www.google.com.br

22 Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial, de acordo com o Art. 153, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

23 [...]. Trata-se de situação *interna corporis* onde **há o temor reverencial** decorrente da cultura, diga-se, milenar. [...]. TRE-PR. RECURSO ELEITORAL: ReEl nº 0000287-84.2012.6.16.0196. 196ª Zona Eleitora – Manoel Ribas. Relator: Dr. Josafá Antonio Lemes. Julgado em 6 de junho de 2013.

ter inserido nesse dispositivo, expressamente, a menção ao abuso do poder público. [...].²⁴

Logo, com o devido respeito aos que pensam diferente, a figura de autoridade no processo eleitoral deve estar ligada de algum modo à administração pública. Além do que, a conduta que venha a caracterizar o abuso deve decorrer do poder do exercício da função pública do agente em que está investido.

Por derradeiro, alguns temas para reflexão. Vejamos. Após as eleições gerais de 2018, a Justiça Eleitoral ficou obrigada a examinar e julgar casos envolvendo as *fake news* e seus efeitos, deste modo, vindo a se preocupar muito mais com o chamado “abuso do poder digital” do que com os demais abusos, o qual, diga-se, ainda inexistente em nossa legislação eleitoral (conduta atípica). Outro tema que reflete inquietude no processo eleitoral é abuso no exercício do princípio constitucional da liberdade de expressão (incisos IV e IX, do art. 5º da CF). Pergunta: referido princípio pode sofrer limites pela Justiça Eleitoral ou é totalmente livre? As redes sociais têm limites impostos pela Justiça Eleitoral? Os meios de comunicação de TV e Rádio (concessão do governo) podem participar do processo eleitoral e demonstrar apoio a candidatos e partidos políticos? Não haveria que ter limites e regras específicas?

Referido tema certamente ainda será objeto de muito debate e abordado em artigo jurídico próprio posteriormente.

24 GOMES, Suzana de Camargo. **O Abuso de Poder do Estado**. Coordenador Mauro Roberto Gomes de Mattos. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005. p. 620.

3. CONCLUSÕES

O ato praticado com abuso já traduz ilegalidade, seja ele originado no “exercício do direito” ou no “exercício do poder”, vez que há limites a serem respeitados entre os cidadãos. O abuso do poder praticado por autoridade (homem **com** poder) vinculada à administração pública deve ser punida com o rigor da lei, pois, como visto, o abuso do poder praticado (seja econômico ou de autoridade/político) viola princípio fundamental no processo eleitoral que é o da igualdade de oportunidade aos concorrentes, suprimindo a vontade popular. De outro lado, aquele cidadão que estiver exercendo o seu direito democrático e de liberdade de expressão, mesmo sendo um líder no seu grupo social (homem **de** poder), não se equipara a autoridade pública nos moldes da Lei Complementar nº 64/90 (artigos 19 e 22), porém, devendo respeitar os limites da legislação eleitoral sob pena de responder por ilícitos previstos na Lei Eleitoral (Código Eleitoral; Lei das Eleições nº 9.504/97; Lei Complementar 64/90 e outras).

4. BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 9ª edição. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

COSTA, Adriano Soares. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9ª Edição. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Processo Eleitoral: sistematização das ações eleitorais**. 2ª edição. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1957.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

GOMES, Suzana de Camargo. **O Abuso de Poder do Estado**. Coordenador Mauro Roberto Gomes de Mattos. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Colaborador no O Abuso do Poder do Estado**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1954.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Antônio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **O Abuso de Poder do Estado**. Coordenador Mauro Roberto Gomes de Matos. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

TRE-PR. RECURSO ELEITORAL: ReEl nº 0000287-84.2012.6.16.0196. 196ª Zona Eleitora – Manoel Ribas. Relator: Dr. Josafá Antonio Lemes. Julgado em 6 de junho de 2013.

TSE. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL: REspEl nº 0000082-85.2016.6.09.0139. Originário de Luziânia/GO. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Julgado em 18/08/2020.

ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.