

Abril 2018

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 20 – 2018

Ana Carolina Mezzalira

Augusto Reis Ballardim

Giovani Favoreto Brocardo

Guilherme Henrique M. de Souza

Isabelle Almeida Vieira

Julian Dias Guatimozi

Kerollyn Nogueira da Rosa

Pedro Ricardo Lucietto Piccinini

Regina Célia R. Borges de Medeiros

Coord. Editorial
Mariana Py Muniz Cappellari



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA do Rio Grande do Sul

**Porto Alegre/RS
2018**



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 9, V.20
(jan/fev/mar/abr.2018). – Porto Alegre: DPE, 2018 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes - CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Cristiano Vieira Heerd

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Adriana Hervé Chaves Barcellos

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Liseane Hartmann

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Tiago Rodrigo dos Santos

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Antonio Flávio de Oliveira

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Mariana Py Muniz Cappellari

CONSELHO EDITORIAL

Angelita Maria Maders
Cristiane Achilles Guedes
Juliano Viali dos Santos
João Batista Oliveira de Moura
Jorge Luís Terra da Silva
Mariana Py Muniz Cappellari
Paulo Cezar Carbonari
Sandra Beatriz Moraes da Silveira
Vanessa Chiari Gonçalves

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)
Luciana de Albuquerque Machado
Thiago Silveira de Oliveira
Virgínia Feix

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 | Centro Histórico

CEP 90010-100 | Porto Alegre/RS

Tel. (51) 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS <i>Isabelle Almeida Vieira</i>	15
A PRISÃO PREVENTIVA E SUA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL <i>Ana Carolina Mezzalana</i>	50
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: REFLEXÕES HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Guilherme Henrique Mariani de Souza</i>	74
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REMIÇÃO DA PENA COMO FORMA DE INDENIZAÇÃO AO TRATAMENTO DEGRADANTE <i>Julian Dias Guatimozim</i>	92
PROCESSO DECISÓRIO NO TRIBUNAL DO JÚRI: INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS <i>Regina Célia Rizzon Borges de Medeiros</i>	118
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA ADOLESCENTES APREENDIDOS EM FLAGRANTE DE ATO INFRACIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL <i>Giovani Favoreto Brocardo</i>	148
ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL <i>Kerollyn Neumann Nogueira da Rosa</i>	164
BREVES LINHAS SOBRE PLANOS PÚBLICOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE <i>Augusto Reis Ballardim</i>	190
LIMITES AO CONTROLE DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL <i>Pedro Ricardo Lucietto Piccinini</i>	209

APRESENTAÇÃO

A nova edição da Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul apresenta uma diversidade de temas cujo fio condutor é a perspectiva dos direitos humanos e o diálogo com a Constituição. Teses fundadas nos direitos fundamentais e garantias processuais, nas áreas cível e penal, são afirmadas numa perspectiva hermenêutica crítica e de caráter sistêmico à luz do direito brasileiro e também do direito internacional para reflexão de questões jurídicas de extrema atualidade.

Nosso primeiro título, **“NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS”** de Isabelle Almeida Vieira, tem por objetivo analisar a cláusula geral de negociação introduzida pelo legislador no artigo 190, do CPC, a qual permite às partes adaptarem o procedimento de acordo com as peculiaridades da causa, bem como suas posições jurídicas, em uma nítida valoração da autonomia privada no âmbito do Processo Civil. O enfoque dado pela autora, quanto aos limites na elaboração dos negócios processuais pelas partes, aborda tanto os requisitos de validade materiais quanto processuais. Além disso, com olhar sistêmico sob o tema, tece considerações quanto à impossibilidade de realização de negócios processuais que disponham de modo diverso de normas processuais cogentes ou que venham a afrontar direitos fundamentais processuais legais.

Dando início ao conjunto de artigos que abordam temáticas revelantes para a Defensoria Pública, em discussões atuais sobre as garantias processuais penais, apresentamos o texto **“A PRISÃO PREVENTIVA E SUA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”** de Ana Carolina Mezzalira. Nele, a autora analisa a atuação de ofício do juiz na aplicação da prisão preventiva à luz dos ditames da Constituição Federal, defendendo que a reforma processual penal ocorrida em 2011 trouxe novos contornos à prisão cautelar preventiva, tornando-a última

ratio, podendo ser decretada apenas quando não for possível conceder a liberdade provisória ao acusado, tampouco aplicar as medidas cautelares diversas da prisão. Conforme exposto, tal previsão vai ao encontro do sistema acusatório, opção do constituinte no tocante aos sistemas processuais, especialmente sob o ponto de vista da gestão da prova e da separação de poderes. Considerando os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, a atuação de ofício do juiz na persecução penal é questionada pela autora, pois infringiria garantias do acusado e a separação das atribuições das partes.

Ainda em torno do direito humano fundamental à liberdade, o artigo **“PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: REFLEXÕES HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”** do autor Guilherme Henrique Mariani de Souza, reflete acerca da jurisprudência alterada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, atualmente seguida, no sentido da restrição do alcance do princípio da presunção de inocência, permitindo-se a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Desde um enfoque crítico hermenêutico, apresentam-se subsídios para uma abordagem ampla dos principais fundamentos utilizados pelo Plenário da Corte, discutindo os limites interpretativos das restrições de direitos fundamentais, diante do texto normativo constitucional.

Frente à realidade do sistema prisional brasileiro, apresentamos outra discussão desafiadora. O texto **“A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REMIÇÃO DA PENA COMO FORMA DE INDENIZAÇÃO AO TRATAMENTO DEGRADANTE”**, Julian Dias Guatimozim, analisa o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Humanidade das Penas, esclarecendo sua importância na seara internacional e nacional. O autor expõe as Diretrizes Internacionais para o tratamento do indivíduo preso e a obrigação do Estado de promover os Direitos Humanos em sede de execução penal, trazendo, críticas sobre a efetividade dos mecanismos judiciários. Finalmente, discutindo as formas de Remição da Pena, reforça a denúncia quanto ao

tratamento degradante imposto aos apenados pelo sistema de execução penal e analisa a possibilidade de remir os dias como forma de indenização.

Em **“PROCESSO DECISÓRIO NO TRIBUNAL DO JÚRI: INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS”** Regina Célia Rizzon Borges de Medeiros inova promovendo estudo interdisciplinar para verificar a incidência de fatores psíquicos sobre o processo de tomada de decisões pelos jurados no Tribunal do Júri. Analisa o processo decisório do juiz togado e leigo sob aspectos jurídicos, hermenêuticos, filosóficos e psicológicos, considerando os avanços da neurociência no estudo da cognição humana. Partindo dessa análise, aborda o posicionamento da literatura especializada sobre o tema, relacionando-o ao modo como são recebidas e julgadas as teses defensivas no Tribunal do Júri. A ampla pesquisa qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental conclui pela incidência de influências de ordem psíquica no processo decisório dos jurados.

Os temas da liberdade e da dignidade humana ganham novos contornos quando tratados em relação às crianças e adolescentes, motivo pelo qual coube-nos reconhecer a importância da discussão trazida por Giovani Favoreto Brocardo no artigo intitulado **“AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA ADOLESCENTES APREENDIDOS EM FLAGRANTE DE ATO INFRAACIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL”**. Nele, o autor examina a aplicabilidade da audiência de custódia na apreensão de adolescentes em flagrante de ato infracional, considerando a inexistência de regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional, a partir do direito internacional dos direitos humanos, do neoconstitucionalismo e da doutrina da proteção integral.

Ainda no plano da defesa dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes incluímos o artigo **“ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL”**, da autora Kerollyn Neumann Nogueira da Rosa, que encerra estudo sobre

atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, especialmente do direito à educação. Aborda o tratamento dado pela legislação brasileira a este importante direito analisando os limites impostos ao Poder Judiciário para garantir o acesso ao ensino infantil diante de questões como o ativismo judicial, o controle judicial de políticas públicas, a Reserva do Possível, o Mínimo Existencial e a tripartição dos poderes.

Após abordagem do direito à educação, e também na esfera dos direitos humanos econômicos e sociais, no artigo **“BREVES LINHAS SOBRE PLANOS PÚBLICOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE”**, o autor Augusto Reis Ballardim, estuda os planos públicos de assistência à saúde e sua gestão por pessoas jurídicas de direito público interno, o que os diferencia dos planos privados em inúmeros pontos. O autor reflete, por exemplo, sobre a inaplicabilidade da Lei nº 9.656/1998, a ausência de controle pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e a existência de discussão acerca da (in)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações com os beneficiários. Aborda ainda outros assuntos decididos pelo Supremo Tribunal Federal como a natureza não tributária de suas contribuições e a (im)possibilidade de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde.

Encerrando esta edição, apresentamos a contribuição de Pedro Ricardo Lucietto Piccinini em **“LIMITES AO CONTROLE DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL”**, que tem por objetivo discorrer acerca dos limites e do próprio papel de controle de legalidade realizado pelo juiz no plano de recuperação judicial no âmbito das empresas, após decisão de seus credores em assembleia, denominada “Assembleia de Credores”. O tema, que não é afeto à realidade da atuação cotidiana da Defensoria, vem sendo abordado nos tribunais e no meio acadêmico e tem grande relevância econômica e social.

Ao final, além de desejar uma boa e profícua leitura, informamos ser esta a primeira edição da REVISTA orientada por um Conselho Editorial misto, integrado por defensores(as) públicos(as) e representantes da sociedade civil.

Estamos muito felizes por trazer para dentro da Instituição a voz de profissionais reconhecidos pela trajetória social e acadêmica, de cidadãos e cidadãs que contribuirão sobremaneira para aprimorar nosso periódico, promovendo a troca contínua de experiência e de olhares, o que nos parece de fundamental importância, num marco de produção e disseminação do conhecimento que se quer democrático.

Porto Alegre, setembro de 2018.

MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI

Defensora Pública
Coordenadora da Revista

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS¹

Isabelle Almeida Vieira²

RESUMO: Este estudo tem por objetivo analisar a cláusula geral de negociação introduzida pelo legislador no artigo 190, do CPC, a qual permite às partes adaptarem o procedimento de acordo com as peculiaridades da causa, bem como acerca de suas posições jurídicas, em uma nítida valoração da autonomia privada no âmbito do Processo Civil. O enfoque será dado quanto aos limites na elaboração dos negócios processuais pelas partes, abordando-se tanto requisitos de validade materiais quanto processuais. Além disso, um olhar sistêmico será realizado acerca do ordenamento jurídico pátrio, tecendo-se considerações quanto à impossibilidade de realização de negócios processuais que disponham de modo diverso de normas processuais cogentes ou que venham a afrontar direitos fundamentais processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Negócios jurídicos processuais. Procedimento. Autonomia privada. Direitos fundamentais processuais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do procedimento rígido à flexibilização do procedimento. 2.1 Distinção entre processo e procedimento. 2.2 Procedimento rígido. 2.3 Flexibilização procedimental (passagem do CPC de 1973 para o CPC de 2015). 3 Autorregulação do procedimento pelas partes: negócios jurídicos processuais. 3.1 Negócios jurídicos processuais. 3.2 Negócios jurídicos processuais típicos. 3.3 Negócios jurídicos processuais atípicos - Cláusula geral de negociação do processo. 4 Controle de validade dos negócios processuais. 4.1 Requisitos de validade materiais. 4.2 Requisitos de validade processuais. 4.3 Normas processuais

¹ Trabalho acadêmico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, avaliado com grau 10.

² Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. E-mail: isabelle.av@hotmail.com.

civis como normas de direito público. 4.4 Impossibilidade de negociação que viole direito fundamental processual. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que tem como uma de suas finalidades acompanhar as mudanças que constantemente ocorrem na sociedade, sempre adaptando as leis a essas transgressões, sob pena do seu propósito se tornar ineficiente. Nesse aspecto, levando em consideração que o Processo Civil é um ramo integrante do Direito, entende-se que ele também deve ser guiado por esse mesmo norte, não restando imune a essas transformações.

Por tal razão, necessária se mostrou a edição de um Novo Código de Processo Civil, que teve como um de seus principais objetivos compatibilizar o procedimento com as atuais necessidades das partes em relação ao direito material, na medida em que o Código de Processo Civil de 1973 já se encontrava com diversos pontos obsoletos e que não mais atendiam de forma satisfatória a tutela dos direitos das partes.

Frisa-se que o atual Código de Processo Civil foi o primeiro a ser promulgado dentro de um Estado Democrático de Direito, tendo como uma de suas premissas a efetividade da tutela dos direitos das partes. Nessa esteira, a positivação do instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos, previsto no artigo 190, do CPC, foi um dos instrumentos que o legislador processual civil houve por bem instituir, para o fim de conceder às partes uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Entende-se que os negócios jurídicos processuais atípicos irão permitir que os litigantes realizem a adequação do procedimento da forma que mais lhes for conveniente, adaptando-o às peculiaridades do caso concreto e a seus interesses. Tal possibilidade trará enormes benefícios tanto às partes como ao Estado, a exemplo de uma maior celeridade processual, sem, contudo, deixar de observar o devido processo legal na sua plenitude. Não obstante, destaca-se que existem alguns limites que devem ser observados no momento da confecção desses negócios jurídicos processuais, previstos tanto no Código Civil (requisitos genéricos), como no Código de Processo Civil (requisitos específicos).

Sob esse prisma, o presente estudo terá por fim realizar uma análise acerca da validade dos negócios jurídicos processuais quando conflitantes com direitos fundamentais processuais e com a ordem constitucional, abordando aspectos como o grau de cogência da norma processual civil, bem como a possibilidade ou não de negociação que viole o devido processo legal, analisado sob a ótica de renúncia a direitos fundamentais.

2 DO PROCEDIMENTO RÍGIDO À FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

2.1 DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO

Tendo este estudo o objetivo de abordar a possibilidade de as partes flexibilizarem o procedimento estabelecido no Código de Processo Civil de 2015, necessário se faz, em um primeiro momento, diferenciar processo de procedimento, para uma melhor compreensão do tema.

No cotidiano, comumente, as palavras processo e procedimento são utilizadas como sinônimas. Contudo, forçoso distingui-las, pois, de fato, não se confundem, embora possuam estreita ligação. Para tanto, inicialmente, serão abordados os conceitos de processo e procedimento adotados pela doutrina tradicional brasileira, para que, ao final, se traga o posicionamento do doutrinador italiano Elio Fazzalari, o qual se entende o mais adequado quanto à temática.

O artigo 5º, XXXV, da CF, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Sob esse aspecto, elucida-se que o processo pode ser visto como o meio pelo qual essa apreciação almejada pela parte lhe será alcançada pelo Estado. Em outras palavras, processo seria o instrumento (ou o método) para o exercício da função jurisdicional do Estado.³

O conceito mais difundido define processo como uma sequência de atos encadeados, previamente determinados em lei, que visam a uma mesma finalidade, qual seja, a prestação jurisdicional. Adverte-se, no entanto, que esse instituto não deve ser compreendido como uma simples sucessão de atos processuais, na medida em que há uma justificativa para a prática de tais atos, interligando os

³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. LENZA, Pedro (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 179.

sujeitos processuais.⁴ Sob esse aspecto, percebe-se que a sua definição está intimamente relacionada a uma noção teleológica.

Importante também abordar o aspecto subjetivo do tema, em que são estabelecidas posições jurídicas entre os seus participantes, gerando deveres, ônus, faculdades. Conclui-se, assim, que a maioria dos juristas brasileiros da atualidade entende o processo como uma relação jurídica processual, a qual é angular, podendo ser definida como um vínculo jurídico que une autor, Estado (na figura do juiz) e réu.⁵

Ovídio A. Baptista da Silva refere que a relação processual civil é uma relação jurídica de direito público, formada entre quem se diz titular do direito e o Estado, representado pelo juiz. No entanto, o referido autor dispõe que o diferencial desta relação jurídica está no fato de os destinatários finais do ato processual, ou seja, as partes, terem o poder de contribuir para o seu desenvolvimento e para a formação da sentença, angularizando-se a relação entre autor, réu e juiz.⁶

Por sua vez, o procedimento poderia ser definido como a forma pela qual a legislação prevê a prática desse conjunto de atos que são interligados. Procedimento seria a dinâmica do processo, o rito que será seguido pelos atos processuais, caracterizando-se como a estrutura da relação jurídica processual. Ada Pellegrini Grinover define procedimento como “o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas de ordem legal do processo”.⁷ Dessa forma, note-se que processo seria mais abrangente do que procedimento, tendo em vista, por exemplo, que em um só processo poderia haver mais de um procedimento.

Tais apontamentos, esboçados pela tradicional doutrina brasileira, embora extremamente relevantes, não parecem ser suficientes para definir os institutos ora abordados. Daniel Mitidiero sustenta que o esquema da relação jurídica processual não dá conta de toda a complexidade teórica que envolve o conceito de processo. O referido autor dispõe, ainda, que o conceito de relação jurídica, predominantemente

4 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 309.

5 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 71.

6 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento*. 7. ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2-3.

7 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 309.

estático, não convive bem com a dinâmica que é ínsita ao processo, inerente à temporalidade em que se desenvolvem os atos do procedimento.⁸

Nesse aspecto, com o fim de se adequar o conceito de relação jurídica processual aos anseios da atualidade, vem ganhando força o posicionamento que entende o processo como um procedimento realizado em contraditório entre os seus participantes (garantindo que os integrantes do processo participem de forma democrática na formação da decisão judicial). O doutrinador italiano Elio Fazzalari entende processo como um tipo de procedimento, um procedimento em contraditório. Ou seja, procedimento seria gênero, dentro do qual o processo estaria inserido como uma de suas espécies.⁹

Tal modo de pensar pode ser denominado “Teoria do Processo como Procedimento Realizado em Simétrico Contraditório entre as Partes”, em que o processo é visto como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.¹⁰

Fazzalari destaca que o contraditório qualifica o processo, fazendo-se necessária a existência de um procedimento em que as partes possuam paridade simétrica de garantias, ou seja, no qual deve haver a garantia caracterizada pelo contraditório. Discorrer sobre procedimento com contraditório significa que as partes poderão ter participação dialética no processo, tendo o poder de influenciá-lo, em simétrica paridade de posições¹¹.

A premissa do formalismo-valorativo¹² se amolda perfeitamente às normas fundamentais previstas no atual Código de Processo Civil, que tem como um de seus principais objetivos a garantia de que o processo corra com a observância de

8 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 141.

9 CARVALHO, Carliane de Oliveira. *O processo enquanto procedimento em contraditório*. Elio Fazzalari e a anarquia metodológica. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fe8cb44a57dd5e7>>. Acesso em: 28 mai. 2017, p. 12.

10 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118 - 119.

11 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118 - 119.

12 “O formalismo-valorativo trabalha com a idéia de efetividade do processo e procura estruturá-lo de modo que esse consigna propiciar aos cidadãos uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 5º, XXXV, CFRB), tendo em vista a consciência de que o direito material sem a assistência do processo simplesmente não é, ao menos em nível de efetividade”. (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 71).

um contraditório forte, permitindo-se a devida influência das manifestações das partes na convicção do juiz e nos efeitos dos atos, a exemplo do que preconizam os artigos 7º, 9º e 10º, do CPC. Ademais, também observa garantias processuais, como o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF).

Dessa forma, conclui-se que o processo não deve mais ser visto apenas como a realização de atos concatenados tendentes à prestação da tutela jurisdicional, mas sim como um procedimento que permita a seus participantes a real possibilidade de influenciar no seu resultado final, garantindo, dessa forma, mais do que a simples prestação da tutela jurisdicional, mas sim uma efetiva tutela dos direitos das partes, na medida em que este é o fim do Processo Civil no Estado Constitucional.¹³

2.2 PROCEDIMENTO RÍGIDO

Feitas as devidas considerações acerca do fato de que o processo deve ser considerado como um procedimento em contraditório, elucida-se que o Código de Processo Civil de 1973 não estava bem estruturado de acordo com esse pensamento, pois previa em seu bojo um excessivo formalismo procedimental, o qual acabava por reduzir de forma considerável a participação das partes no ritmo do processo.

É preciso considerar que o Código de Processo Civil de 1973 já adotava, como regra, o sistema da instrumentalidade das formas, em que se entendia válida a prática do ato de forma diversa da prevista em lei, desde que a sua finalidade fosse preservada. Contudo, de forma excepcional, o referido diploma processual adotava o sistema da legalidade das formas procedimentais, o que significa dizer que cada ato processual tinha sua forma de concretização previamente prevista em lei. Nessa senda, nota-se que o sistema da liberdade das formas, segundo o qual é garantido às partes ditar a forma que o ato processual será realizado, ficava afastado desse panorama.¹⁴

13 "Solidariamente implicados, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica impõem a tutela dos direitos como a finalidade do processo civil no Estado constitucional". (MITIDIÉRO, Daniel. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional*. In: Revista de processo. Ano 39, vol. 229. Março 2014. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 56).

14 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*. 2007. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2017, p. 94 – 95.

Vale referir que um procedimento é considerado mais ou menos rígido de acordo com os parâmetros e níveis de liberdade que são conferidos às partes e ao juiz para modificar regras processuais que estejam preestabelecidas. Nessa senda, quanto maior a possibilidade de os participantes do processo influírem no procedimento, maior será a sua flexibilização. Por corolário lógico, quanto menor for essa possibilidade, maior será seu grau de rigidez.

Primando pela segurança jurídica e pela previsibilidade, o legislador processual civil da conjuntura anterior previa apenas duas espécies de procedimento: o comum e os especiais. No que toca ao procedimento comum, atualmente se entende que um procedimento único (uniforme, idêntico para todos os casos) não tem mais o condão de atender todas as necessidades referentes à tutela do direito material. Quanto aos procedimentos especiais, frisa-se que o legislador nunca logrou êxito em discipliná-los de forma exaustiva, pois as relações jurídicas são dinâmicas e constantemente se modificam¹⁵. Ou seja, ambas as situações são consideradas insuficientes para atender de forma adequada a todas as peculiaridades do direito posto em Juízo.

O artigo 271 do Código de Processo Civil de 1973 preconizava que o procedimento comum seria aplicado a todas as causas, salvo disposição em contrário prevista no próprio Código ou em lei especial. Isso significa dizer que o procedimento aplicado ao Processo Civil era previsto inteiramente pelo legislador infraconstitucional. Nesse sentido, conclui-se que o procedimento era, de certa forma, rígido, na medida em que a participação das partes e do juiz era extremamente reduzida, pois não poderiam dispor sobre ele (seja na forma do ato ou em seu momento de realização), devendo seguir exatamente o rito estabelecido pelo Código.

Embora o procedimento não pudesse ser ditado pelos litigantes, no ordenamento processual civil anterior existiam poucas exceções a essa regra. Era possibilitado às partes convencionarem acerca da suspensão do processo (artigo 265, II); sobre a distribuição do ônus da prova (artigo 333, § único); quanto à eleição de foro (artigo 111), bem como sobre o adiamento da audiência (artigo 453, I). Note-se, assim, que não existia um dispositivo específico no Código de Processo Civil de

15 MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; NEVES, Aline Regina das. *Flexibilização procedimental: poder-dever do magistrado*. Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 3, n. 2, maio/ago 2010, p. 1-21. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/1-21_Celina_Aline_Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o_Procedimental.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2017, p. 4.

1973 que autorizasse às partes disporem acerca de outros assuntos envolvendo o procedimento, apenas em relação a algumas hipóteses específicas e taxativas.

Salienta-se que esse excessivo formalismo procedimental acabava prejudicando a concretização do direito material, na medida em que, muitas vezes, havia por desconsiderar certas peculiaridades que envolviam o caso concreto (do direito a ser tutelado ou das partes envolvidas), aplicando o mesmo procedimento a direitos materiais distintos.¹⁶ Sob uma ótica de utilidade do processo, compreende-se que ele deve servir às partes, de modo a se adequar as suas peculiaridades casuísticas.

Não obstante, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, esse panorama foi alterado, acabando por romper certas premissas tidas anteriormente como absolutas. Diz-se isso pelo fato de que, uma das razões para se entender o Processo Civil como uma ciência autônoma, era justamente possuir um procedimento previamente previsto pelo legislador.¹⁷ Na atual conjuntura, é possível concluir que há uma tendência na mudança de titularidade acerca de quem dita o procedimento, passando do legislador, mediante procedimentos especiais, ao juiz e às partes, mediante uma adaptação judicial ou privada, possibilitando que o procedimento fique aberto a negociações.¹⁸

Sob esse aspecto, importante ressaltar que a forma do ato jamais pode tomar lugar de maior importância do que o seu conteúdo. Sempre se deve ter em mente que a finalidade do ato é mais relevante do que a forma pela qual ele é praticado. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira leciona que, no que toca à forma em sentido estrito, “o aspecto externo deve ceder ao conteúdo do ato processual, predominando princípios relativizadores das nulidades processuais”.¹⁹ Note-se que o sistema da

16 Nesse sentido: “O procedimento não pode ser rígido ao ponto de não atender eficazmente características específicas de certas relações jurídicas, havendo necessidade de não só o legislador prever técnicas para especialização procedimental, mas também o magistrado poder adaptar o procedimento a fim de prestar uma tutela que atenda às necessidades do direito material”. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 595).

17 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume 2. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 116.

18 ABREU, Rafael Sirangelo de. “*Customização processual compartilhada*”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. Revista de processo. vol. 257/2016, Jul/2016, Thomson Reuters, p. 6.

19 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

instrumentalidade das formas, que já era adotado no ordenamento anterior, permaneceu vigendo no atual sistema, mas agora com uma maior extensão.

Embora não se negue que a rigidez do procedimento tenha como objetivo alcançar a concretização do devido processo legal, garantindo maior segurança e previsibilidade no resultado das atividades processuais, destaca-se que, não raras vezes, outras normas fundamentais acabariam sendo preteridas, a exemplo da duração razoável do processo, o que não se pode admitir.

Nessa senda, imperioso referir que o devido processo legal só será atingido em sua plenitude pela adoção de um procedimento adequado, que atenda a todos os seus objetivos dentro de um prazo razoável.²⁰ Portanto, entende-se que a forma do ato deve ser deixada em um segundo plano quando a sua observância, por alguma razão, vier a prejudicar os fins buscados pelo processo.

Nessa esteira, bem andou o Novo Código de Processo Civil que, além de dispor acerca de algumas situações específicas (negócios jurídicos processuais típicos), criou uma cláusula geral de negociação (negócios jurídicos processuais atípicos), permitindo que se construa o procedimento do caso concreto, ou seja, possibilitando que as partes adaptem o procedimento às peculiaridades e singularidades do caso posto *sub judice*, em atenção ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.²¹

2.3 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL (PASSAGEM DO CPC DE 1973 PARA O CPC DE 2015)

Desde a edição do Código de Processo Civil de 1973, mais de quatro décadas já se passaram. Com o transcurso desse tempo, em muito a sociedade se modificou. Os conflitos levados ao Poder Judiciário aumentaram de forma exponencial e as necessidades das partes em relação ao direito material não são mais as mesmas.

20 MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; NEVES, Aline Regina das. *Flexibilização procedimental: poder-dever do magistrado*. Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 3, n. 2, maio/ago 2010, p. 1-21. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/1-21_Celina_Aline_Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o_Procedimental.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2017, p. 8-9.

21 Sobre o tema: "O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade". (DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34 – 35).

As formas de resolução dos litígios já não se bastam para a atual demanda, fazendo com que a Justiça tenha se tornado extremamente morosa.

Diante desse cenário, surge a iminente necessidade de criação de meios que otimizem e deem uma efetiva resposta para esses problemas. Nesse aspecto, sendo o Processo Civil um instrumento para a tutela dos direitos²², e tendo o Novo Código de Processo Civil como uma de suas normas fundamentais o direito a uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável (artigo 6º), entende-se que o advento dos negócios jurídicos processuais contribui para que essas premissas venham a ser atingidas.

Com o passar do tempo, verificou-se que somente a criação de procedimentos especiais não seria suficiente para tutelar de forma adequada os direitos das partes e garantir o acesso a uma decisão justa pelo Poder Judiciário. Nessa senda, não tendo o legislador como prever todas as necessidades relativas ao direito material, bem como todas as circunstâncias que possam vir a surgir no caso concreto, constatou-se a necessidade de editar normas processuais abertas, visando à utilização de meios adequados à concretização do caso posto *sub judice*.²³

Embora o artigo 318, do Código de Processo Civil de 2015, assim como o artigo 271, do Código de Processo Civil de 1973, também preveja, como regra, que a todas as causas aplica-se o procedimento comum, vale ressaltar que a lei processual civil vigente preconiza, de forma expressa, a possibilidade de as partes realizarem negócios jurídicos processuais, a qual, segundo Fernando Gajardoni “é nesse ponto que se encontra uma das inovações mais importantes e impactantes do CPC/2015, na medida em que o regramento das situações jurídicas processuais sempre foi hermeticamente fechado a qualquer influência das partes”.²⁴

Os negócios jurídicos processuais caracterizam-se como a possibilidade que as partes têm de, mediante certas condições, criarem regras processuais.²⁵ Essa adequação convencional consiste na estipulação de mudanças no procedimento,

22 MITIDIERO, Daniel. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional*. In: Revista de processo. Ano 39, vol. 229. Março 2014. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 74.

23 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 464.

24 GAJARDONI, Fernando da Fonseca; e outros. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. Parte geral. São Paulo: Forense, 2015. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6556-3/epubcfi/6/30>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

25 YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 63.

além de permitir que as partes convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (artigo 190), desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição e as partes sejam plenamente capazes. Sob esse prisma, é possível concluir que o Código de Processo Civil de 2015 ampliou de forma considerável os poderes de disposição das partes acerca dos atos processuais, respeitando o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo.

Em outras palavras, pode-se dizer que com a introdução de tal norma, o procedimento comum já nasceu flexível e a vontade das partes virou fonte da norma processual. A adequação convencional do processo é interpretada como um maior espaço para a autonomia privada no Processo Civil, que possui normas essencialmente de caráter público.

Esse instituto tem como um de seus fins atender às especificidades da causa, assim como aos interesses das partes²⁶, inclusive gerando consequências como a diminuição da morosidade do processo, reduzindo custos ao Estado e aos litigantes, em atendimento ao artigo 5º, LXXVIII, da CF, que prevê como um direito fundamental a razoável duração do processo. Nesse aspecto, bem atenta Flávio Luiz Yarshell para o fato de que “a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar para racionalizar o processo; e não a torná-lo menos eficiente”.²⁷

Permitindo-se às partes adaptarem o procedimento às peculiaridades do direito material e a seus interesses concretos, se estará garantindo a adequada e tempestiva tutela dos seus direitos, enquadrando-se perfeitamente ao que almeja a atual ordem processual, de acordo com os preceitos constitucionais que permeiam todo o sistema jurídico.

É preciso advertir, no entanto, que essa autonomia privada conferida pelo legislador processual civil às partes, quanto à confecção de regras para o procedimento, deve sempre estar aliada ao princípio da cooperação²⁸ e aos deveres

26 Não é só regra de rito que as partes podem convençionar, mas também regras de processo (sobre situação jurídica processual). Pode-se alterar não só o procedimento, mas a situação jurídica também (ônus, poderes, deveres, obrigações e faculdades das partes).

27 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 64.

28 “A colaboração no processo é um princípio jurídico. Ela impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de um processo justo idôneo a alcançar uma decisão justa (art. 6º, CPC). Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento”. (MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como modelo e como princípio no processo civil*. Revista de processo comparado. vol. 2/2015. jul – dez. 2015, p. 83 – 97).

inerentes à boa-fé, de acordo com as normas fundamentais contidas nos artigos 5^o²⁹ e 6^o³⁰ do Código de Processo Civil, objetivando o bom andamento do processo e a melhor resolução da controvérsia, sob pena de tal previsão se tornar inócua. O Enunciado nº 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis se alinha a esse pensamento, dispondo que: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.³¹

3 AUTORREGULAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELAS PARTES: NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Para que se possa discorrer acerca dos negócios jurídicos processuais, faz-se necessário, primeiramente, conceituar o que são os negócios jurídicos, instituto de grande relevância do Direito Privado, pontuando as diferenças existentes entre ambos.

Marcos Bernardes de Mello define negócios jurídicos da seguinte forma:

Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.³²

Ainda a respeito do tema: “O princípio da cooperação destina-se, enfim, a transformar o processo civil numa “comunidade de trabalho”, potencializando o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais, a fim de se alcançar a solução mais adequada e justa ao caso concreto”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 06 jun. 2017).

29 “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. (BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017).

30 “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017).

31 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Fonte: *Enunciados aprovados em Salvador*. 2013. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

32 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

Elucida-se que a teoria dos negócios jurídicos foi criada tendo por base relações jurídicas eminentemente de Direito Privado, razão pela qual é nessa área que habitam a esmagadora maioria dos negócios jurídicos, que são norteados pela autonomia privada, onde os seus participantes criam, modificam ou extinguem relações de direito³³.

Nesse aspecto, embora os negócios jurídicos se manifestem de forma bem mais expressiva no âmbito do Direito Privado, é plenamente possível, na atual conjuntura processual civil, que se estabeleçam negócios jurídicos na seara processual, mesmo que a maioria das relações processuais civis sejam dotadas de natureza pública. O artigo 190, do CPC, autoriza essa conclusão, sendo considerada uma cláusula geral de negociação processual. Segundo Fredie Didier Jr., o negócio jurídico processual “é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.”³⁴

No entanto, é preciso referir que nem sempre a aceitação dos negócios jurídicos na ordem processual se deu de forma pacífica entre os doutrinadores. Em momento anterior à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, muito se discutiu acerca da possibilidade ou não da existência de negócios jurídicos no âmbito do Processo Civil. Os doutrinadores que se posicionavam de forma contrária à existência dos negócios jurídicos na seara processual utilizavam como argumento o fato de que a vontade das partes não prevalece para determinar o conteúdo do processo, que é, na verdade, determinado pela lei.

De qualquer sorte, embora diversas críticas envolvendo a matéria ainda sejam feitas, é inconteste a vontade do legislador processual civil em possibilitar às partes a realização de negócios jurídicos envolvendo matéria processual. Portanto, quem se posicionar de forma contrária a tal entendimento, estará indo frontalmente de encontro à disposição legal.

Elucida-se, assim, para fins deste estudo, que irá interessar somente os negócios jurídicos bilaterais, onde há a participação de mais de uma parte na elaboração do acordo processual, cuja finalidade primordial é regular aspectos

33 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 398.

34 DIDIER JR. Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015*. Revista brasileira da advocacia. vol. 1/2016. abr – jun. 2016, p. 59 – 84.

referentes ao procedimento do processo judicial, que possam ser objeto de autocomposição.

3.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS

Como já bem pontuado, os negócios jurídicos processuais não são propriamente novidade no âmbito do Processo Civil, na medida em que o Código de Processo Civil de 1973 já previa algumas hipóteses de acordos sobre o procedimento entre as partes de forma expressa.

Destaca-se que a maioria das disposições previstas anteriormente foram mantidas pelo Código de Processo Civil de 2015, a exemplo da eleição negocial do foro (artigo 63), o acordo para a suspensão do processo (artigo 313, II), o adiamento negociado da audiência (artigo 362, I), bem como a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3.º e 4.º). No entanto, como o legislador processual de 2015 estava imbuído da missão de conferir às partes uma maior participação no processo, houve por bem estabelecer uma gama maior de negócios jurídicos processuais típicos. Ao agir assim, formalizou de forma contundente a possibilidade de autorregramento do procedimento pelas partes, em atenção ao destaque dado à autonomia privada pelo Novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, são exemplos de negócios processuais típicos no Código de Processo Civil de 2015: o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (artigo 65); o calendário processual (artigo 191, §§ 1.º e 2.º); a renúncia ao prazo (artigo 225); a organização consensual do processo (artigo 357, § 2.º); a escolha consensual do perito (artigo 471); o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (artigo 509, I); bem como a desistência do recurso (artigo 999).

Ocorre que, se os negócios jurídicos processuais continuassem a ser previstos apenas pelo legislador, de forma taxativa, mesmo que agora exista, nitidamente, um maior número de negócios processuais típicos, estaríamos esbarrando novamente no mesmo problema que os procedimentos especiais experimentaram no âmbito do Código de Processo Civil de 1973: a impossibilidade de o legislador prever todas as necessidades relativas ao direito material, bem como todas as circunstâncias que podem surgir no caso concreto, em face da constante modificação da sociedade.

Dessa forma, bem andou o legislador processual civil de 2015 ao também prever um dispositivo específico garantindo às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, consistente em uma norma aberta de negociação, a qual será analisada no tópico seguinte.

3.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS - CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO DO PROCESSO

O surgimento dos negócios processuais civis, como anteriormente mencionado, decorre de um maior prestígio que o legislador conferiu à autonomia privada no âmbito do Processo Civil, garantindo a real atuação dos sujeitos que compõem o processo no seu andamento e no seu deslinde, em um verdadeiro modelo processual em que as partes não apenas se limitam a pedir, mas também a decidir.

Nesse diapasão, o legislador processual civil editou o artigo 190, do CPC dispondo que: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

O aludido dispositivo pode ser considerado uma verdadeira cláusula geral de negociação do processo. Para uma melhor compreensão do tema, Fredie Didier Jr. define cláusula geral como: “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado”.³⁵ Em outras palavras, as cláusulas gerais são normas que utilizam uma linguagem vaga, permitindo uma abertura ao intérprete, proporcionando uma maior liberdade de atuação dos sujeitos.

Nessa senda, verificando o legislador ser impossível definir todos os procedimentos atinentes às situações substanciais carentes de tutela, houve por bem editar norma que abre oportunidade para a construção do procedimento adequado ao caso concreto, bem como para regular a situação jurídica das partes.

35 DIDIER JR. Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Revista de processo. vol. 187/2010. set/2010, p. 69 – 83.

Essa possibilidade conferida às partes relaciona-se com o dever de a jurisdição prestar adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional aos direitos³⁶, estando de acordo com os direitos fundamentais constitucionais atinentes ao processo.³⁷ Nesse passo, a cláusula geral de negociação deve ser entendida como uma verdadeira norma fundamental, da qual podem ser extraídas diversas espécies de negócios jurídicos processuais atípicos.

Ainda quanto a algumas características dos negócios processuais, deve-se chamar a atenção para o fato de que eles podem ser estabelecidos entre as partes tanto antes como durante o processo. Contudo, na prática, certamente a maioria das negociações se dará em momento anterior ao início do processo, na medida em que, nesse momento, nenhum dos contratantes ainda sabe se será autor ou réu em futura e eventual ação judicial. Difícilmente alguma das partes, após a ocorrência concreta do litígio, irá abrir mão de algum direito processual que lhe pertença.³⁸

Importa referir também que o acordo processual celebrado pelas partes não depende de homologação judicial, mas pode ser anulado posteriormente por decisão judicial.³⁹ Nessa senda, conclui-se que os negócios processuais são válidos e eficazes sem a necessidade de qualquer ato homologatório por parte do juiz. Esse também é o entendimento do Enunciado nº 133, do FPPC: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.⁴⁰

Por derradeiro, embora não seja necessária a homologação prévia por parte do magistrado, é certo que cabe ao julgador, de ofício ou a requerimento da parte interessada, fazer a análise acerca dos requisitos de validade do acordo processual, podendo vir a anulá-lo.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 524.

37 Nesse sentido: “Houve, portanto, nítida preocupação do Poder Constituinte originário em evitar que a atividade jurisdicional fosse exercida sem o respeito a um núcleo essencial, garantidor da conformação mínima do processo judicial do Estado Constitucional”. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 600).

38 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 325.

39 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 337.

40 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Fonte: *Enunciados aprovados no Rio de Janeiro*. 2014. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

4 CONTROLE DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

4.1 REQUISITOS DE VALIDADE MATERIAIS

Superado o entendimento acerca da evidente possibilidade de formulação pelas partes de negócios jurídicos no âmbito processual civil, em decorrência de disposição expressa constante no Código de Processo Civil de 2015 (artigo 190), passa-se à análise dos seus requisitos de validade.

Acredita-se que a maior dificuldade quanto à temática dos negócios processuais civis é conseguir estabelecer parâmetros para identificar o que pode ou não ser objeto de negociação entre as partes.⁴¹ No entanto, é certo que o exame de validade dos negócios jurídicos processuais deve ser feito da mesma forma que os negócios jurídicos do âmbito do Direito Privado. Levando-se em consideração que os negócios jurídicos são afetos ao Direito Civil, é no Código Civil que se encontram algumas regulamentações genéricas a seu respeito, que podem ser classificadas como requisitos genéricos.

O Novo Código de Processo Civil não foi exaustivo quanto ao tema da realização dos negócios processuais. Tal circunstância força concluir que os negócios jurídicos processuais adotam espécie de regime jurídico misto, considerando tanto regras processuais quanto regras de direito material para a sua realização.

Assim, para que os negócios jurídicos processuais possam ser considerados válidos, eles também precisam observar o que preconizam os artigos 104 e 166, ambos do Código Civil, os quais preveem que devem ser celebrados por pessoas capazes; possuir objeto lícito; observar forma prevista ou não proibida por lei; e preservação da autonomia da vontade.

A não observância a um desses requisitos implica nulidade do negócio processual. Esse é o teor do Enunciado nº 403 do FPPC, o qual dispõe que: “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.”

41 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. LENZA, Pedro (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 310.

Ademais, a decretação de invalidade deve obedecer ao sistema das invalidades processuais, ou seja, de que não haverá nulidade sem prejuízo.⁴² Esse entendimento também vem preconizado pelo Enunciado nº 16 do FPPC, que dispõe que: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.⁴³

Diante do exposto, conclui-se que os negócios jurídicos processuais apenas serão declarados nulos quando restar cabalmente demonstrado o prejuízo ao direito de defesa de qualquer uma das partes ao se atribuir validade a determinado negócio jurídico processual. Nesse aspecto, certifica-se que o Novo Código de Processo Civil afeiçoasse à regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo, conferindo validade aos atos que, embora contrários à lei, não impliquem prejuízo às partes.

4.2 REQUISITOS DE VALIDADE PROCESSUAIS

Além dos requisitos materiais de validade aplicados a todos os negócios jurídicos, o legislador processual civil houve por bem também prever alguns limites à realização dos negócios processuais. Em uma análise atenta ao que preconiza o *caput*, do artigo 190, do CPC, observa-se que o legislador processual limitou o âmbito de incidência dos negócios processuais, estabelecendo algumas condições específicas para a sua aplicação. Eles só poderão versar acerca de direitos que admitam autocomposição; onde as partes devem ser plenamente capazes; e que o objeto da convenção fique restrito a estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, bem como aos ônus, faculdades e deveres processuais das partes.

No que toca ao ponto em que o direito deve admitir autocomposição, vale distinguir a autocomposição dos direitos disponíveis, na medida em que não se tratam de expressões sinônimas. A autocomposição seria categoria mais ampla, na qual estaria inserido o direito disponível. Ou seja, é plenamente possível a

42 DIDIER JR. Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015*. Revista brasileira da advocacia. vol. 1/2016. abr – jun. 2016, p. 59 – 84.

43 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Fonte: *Enunciados aprovados em Salvador*. 2013. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

autocomposição tanto de direitos disponíveis (relacionados a direitos patrimoniais), quanto de alguns direitos indisponíveis (relacionados a direitos pessoais).

Nessa senda, pode-se dizer que também é permitido às partes realizarem negócios jurídicos processuais acerca de direitos indisponíveis no plano material.⁴⁴ Versa nesse mesmo aspecto o Enunciado nº 135, do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.⁴⁵

Vale referir, ainda, que ônus, faculdades e poderes, diferentemente dos deveres, consistem em temas que dizem respeito à esfera jurídica privada das partes, o que significa dizer que a parte tem a prerrogativa de dispor sobre eles. Por sua vez, os deveres atuam na esfera jurídica pública do litigante, não podendo ser suprimidos por liberalidade das partes.

Não obstante, dispõe o artigo 190, § único, do CPC, que: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Como regra geral, o juiz deve aceitar os negócios jurídicos processuais formulados pelas partes. Contudo, em certas hipóteses, ele também terá o dever de controlar a sua validade. Frisa-se que esse controle exercido pelo magistrado não descaracteriza a essência do acordo como um negócio jurídico, pois não há óbice para que a autonomia privada venha a ser regulada.

Observa-se que o juiz tem a prerrogativa, de ofício, de controlar a validade dos negócios processuais, recusando a sua aplicação quando for caso de nulidade. Essa hipótese deve ser conjugada com as hipóteses de incapacidade do agente, ilicitude do objeto e a não observância da forma prevista/proibida por lei.

Ainda, ponto muito importante a ser referido é o aspecto objetivo dos negócios processuais, envolvendo a distinção de negócios que versem apenas sobre interesses das partes e os que versem sobre a atividade jurisdicional. Nesse prisma, entende-se que as partes não teriam poderes suficientes para convencionar acerca

44 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 400.

45 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Fonte: *Enunciados aprovados no Rio de Janeiro*. 2014. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/14n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

da atividade jurisdicional. Vale ressaltar que a doutrina brasileira varia quanto a esse tema, havendo dois pensamentos distintos a respeito.

Rafael Abreu sustenta que há quem defenda que os negócios jurídicos processuais atípicos devem ser divididos entre aqueles que envolvem apenas interesses privados e aqueles que afetam a atividade jurisdicional. A maior parcela da doutrina entende que a realização de negócios jurídicos processuais ficaria restrita apenas aos casos em que não haja afetação de poderes inerentes ao exercício da jurisdição. Isso porque o âmbito de negociação das partes, quanto aos negócios jurídicos processuais, está limitado às suas posições jurídicas, e a convenção versando sobre poderes do juiz extrapolaria essas posições.⁴⁶

Por outro lado, também há quem defenda que os negócios processuais podem ter uma maior extensão, ligada à interpretação do sistema a partir do incremento de valor outorgado ao autorregramento da vontade no processo, admitindo negócios a respeito de matérias que envolvam, em alguma medida, a participação do juiz. Nessa hipótese, sopesando o exercício do poder do juiz e a vontade das partes de conformação do processo, prevaleceria a segunda opção.⁴⁷

No entanto, o melhor entendimento seria o de que as partes só têm a possibilidade de realizar negócios jurídicos processuais que disponham acerca de seu campo de liberdade, alterando e modificando somente as suas próprias posições jurídicas, jamais podendo interferir nos poderes do juiz.⁴⁸

O mesmo se entende quando os acordos versarem quanto ao procedimento, nunca podendo haver modificação que comprometa a atuação livre do magistrado na condução do processo, de forma a contrariar norma processual expressa. É de se salientar que a opção feita pelo legislador processual civil não se deu de forma aleatória quanto à atuação do juiz, existindo uma razão de ser na sua escolha, motivo pelo qual não deve ser modificada, sob pena de indevida restrição de uma decisão justa para a causa.⁴⁹

46 ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. Revista de processo, vol. 257/2016, Jul/2016, Thomson Reuters, p. 8.

47 ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. Revista de processo, vol. 257/2016, Jul/2016, Thomson Reuters, p. 8.

48 Sob esse aspecto: “Ainda que a relação jurídica deduzida em juízo seja regulada por normas de direito privado, portanto disponíveis aos seus destinatários, não está à disposição das partes a definição daqueles parâmetros mínimos constitucionalmente previstos sobre a forma de exercício do poder jurisdicional”. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 602).

No que tange ao aspecto de que o juiz deve recusar a aplicação do acordo processual em caso de inserção abusiva em contrato de adesão, é preciso salientar que, em regra, é possível a realização de negócios jurídicos processuais em contrato de adesão, desde que não sejam abusivos, o que significa dizer que deve haver certa paridade entre as partes, bem como autonomia na manifestação de suas vontades. Em outras palavras, uma das partes não pode ficar demasiadamente onerada em relação à outra, devendo haver previsão de regras isonômicas, que tratem o aderente da mesma forma que o elaborador do contrato.⁵⁰

O mesmo entendimento deve ser empregado em relação à recusa de convenções em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Embora a vulnerabilidade seja um termo dotado de subjetividade, o Enunciado nº 18 do FPPC dispôs que: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.⁵¹ É preciso dizer que, ao prever essas restrições às partes, o legislador estava preocupado em tutelar a boa-fé e a necessidade de paridade de tratamento no processo civil, disciplinadas, respectivamente, nos artigos 5º e 7º, do CPC.⁵²

Não obstante, importante consignar que o preenchimento dos requisitos acima referidos, constantes tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil, podem não ser suficientes para garantir validade ao negócio jurídico processual, que deve também estar de acordo com o sistema processual e a ordem constitucional, conforme será analisado.

4.3 NORMAS PROCESSUAIS CIVIS COMO NORMAS DE DIREITO PÚBLICO

Uma das grandes críticas que muitos doutrinadores teceram quanto à possibilidade de aplicação dos negócios jurídicos no âmbito processual é o fato de o Processo Civil ser um ramo integrante do Direito Público, ou seja, suas normas

49 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 309.

50 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 332.

51 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Fonte: *Enunciados aprovados em Salvador*. 2013. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

52 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 310.

teriam caráter de ordem pública. Em outras palavras, isso significa dizer que convenções pactuadas pelas partes não teriam o condão de afastar o procedimento preconizado de forma expressa pelo legislador processual civil.

Ovídio A. Baptista da Silva entende que o Direito Processual Civil está incluído no ramo do Direito Público, na medida em que se destina “à regulação da atividade jurisdicional, ou seja, de uma atividade estatal”. O mesmo autor ainda refere que as normas processuais civis, por corolário lógico, são de regra cogentes.⁵³

Há que se considerar, contudo, que, em que pese o Direito Processual Civil pertença ao ramo do Direito Público, é inegável reconhecer que nele também se manifesta ao menos alguma parcela da liberdade individual. Giza-se que o princípio da liberdade, quando atuante no processo, produz o subprincípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Elucida-se, no entanto, que o referido princípio não possui “a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil”, já que, por envolver o exercício da jurisdição, a negociação deverá ser mais regulada e o objeto deverá ser mais restrito.⁵⁴

Nesse aspecto, embora se entenda que as normas processuais civis sejam de Direito Público, imperioso se faz consignar e, por conseguinte, distinguir, a existência de normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Ressalta-se, no entanto, que embora existam, no Direito Processual Civil, normas dispositivas, a grande maioria das normas são cogentes.

No que se refere à norma cogente (ou de ordem pública), Arruda Alvim refere que ela é a norma que necessariamente irá incidir no caso concreto, quando constatados os fatos a que se referem os elementos que a definem, independentemente da vontade dos interessados, a qual não tem o condão de impedir a sua incidência.⁵⁵

Quanto à norma dispositiva (ou facultativa), o mesmo autor dispõe ser aquela que incide na “ausência de qualquer manifestação volitiva das partes, em sentido contrário à norma, ou cuja incidência pode ser afastada se as partes se manifestarem nesse sentido”. Ou seja, é aquela norma em que a vontade das partes

53 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Jaqueline Mielke; BAPTISTA, Luiz Fernando. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

54 DIDIER JR. Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 32.

55 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 1: parte geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

possibilita o afastamento de sua aplicação, só vindo a incidir se não houver estipulação de modo diverso.⁵⁶

Nesse aspecto, pode-se dizer que, no que toca às normas processuais cogentes, o entendimento é o de que não seria possível a realização de negócios processuais pelas partes cujo conteúdo disponha de forma diversa do conteúdo constante na norma cogente. Um grande exemplo de negócio jurídico processual que afrontaria norma cogente seria a tentativa de as partes alterarem a competência absoluta (competência em razão da matéria, da função e da pessoa).

Por sua vez, no que concerne às normas processuais dispositivas, seria permitido às partes convencionarem acerca do procedimento, ou seja, realizarem negócios jurídicos processuais que disponham de modo diverso da norma processual. Exemplo clássico é a possibilidade de eleição de foro pelas partes. Contudo, deve-se atentar para o fato de ser extremamente difícil diferenciar uma norma cogente de uma norma dispositiva.⁵⁷

Não obstante, vale mencionar que o interesse público pode oferecer graduações, havendo controvérsia quanto ao liame entre disponibilidade e imperatividade da norma processual. Isso porque o interesse público nem sempre se mostra estático, admitindo alterações valorativas em decorrência de política legislativa ou judiciária.⁵⁸ Ou seja, as normas não são sempre totalmente cogentes, ou sempre totalmente dispositivas.

De uma forma geral, entende-se que o negócio jurídico processual deve sempre ter como parâmetro a sua compatibilização com as normas processuais de caráter predominantemente cogente, imperativas, o que o faz distinguir dos negócios jurídicos do âmbito do Direito Privado. Portanto, quando houver disposição contrária à norma processual cogente, o negócio jurídico processual não deve ser validado.

Não seria possível a realização de negócios jurídicos processuais que tenham por objeto condutas impostas de forma imperativa às partes pelo Código de Processo Civil, visando reduzir ou extinguir deveres processuais. Isso porque os deveres processuais possuem caráter eminentemente público. No entanto, entende-

56 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 1: parte geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 131 – 132.

57 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. Revista de processo. vol. 33/1984. jan – mar. 1984, p. 182-191.

58 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenções em matéria processual*. Revista de processo. vol. 241/2015. Mar/2015, p. 489-516.

se viável a disposição dos litigantes acerca de seus ônus, faculdades e poderes, tendo em vista que dizem respeito à esfera privada das partes.⁵⁹

Conclui-se, dessa forma, que, embora o processo pertença ao Direito Público, as partes têm a prerrogativa de dispor sobre certos atos processuais e sobre o procedimento, desde que não afrontem de forma direta as normas dotadas de imperatividade. Vale aqui o destaque para o fato de que, a incidência dessa disponibilidade processual, antes restrita a poucas hipóteses, evoluiu de forma a permitir que as partes utilizem outras técnicas convencionais em prol da efetividade do processo.⁶⁰

4.4 IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO QUE VIOLE DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL

Conforme restou abordado, a realização de negócios jurídicos processuais pressupõe a observância tanto de requisitos previstos no Código Civil como de requisitos de ordem processual. No entanto, tais requisitos podem não ser suficientes para conferir validade ao acordo processual entabulado entre as partes. É necessário, ainda, que conjugado a esses elementos, verifique-se que a negociação não esteja violando direitos fundamentais processuais ou garantias constitucionais.

Nesse passo, observa-se que a permissão para a realização de negócios jurídicos processuais conferida pela cláusula geral de negociação do artigo 190, do CPC, encontra balizas dentro do próprio sistema processual, bem como da ordem constitucional, levando em consideração que nem toda autonomia privada das partes poderá ser exercida e validada indistintamente. Necessário se faz observar o equilíbrio entre as partes, a proporcionalidade e a razoabilidade constante dos negócios processuais.⁶¹

No ponto, imperioso destacar a existência de um conflito entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito à liberdade (artigo 5º, *caput*, da CF),

59 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 402.

60 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenções em matéria processual*. Revista de processo. vol. 241/2015. Mar/2015, p. 489-516.

61 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 352.

consubstanciado na autonomia privada das partes de adequarem o procedimento de acordo com as peculiaridades do direito material e as suas posições jurídicas, e o direito ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF), a exemplo do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF), bem como da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF).⁶²

Leonardo Carneiro da Cunha estabelece parâmetros para a licitude do objeto do negócio jurídico processual, dispondo que deve passar pelo respeito às garantias fundamentais do processo.⁶³ Sob esse prisma, extrai-se que o objeto do negócio processual deve ser lícito levando em consideração os princípios e garantias processuais, sob pena de invalidade do negócio. O Enunciado nº 37 do ENFAM dispõe nesse mesmo sentido, entendendo que são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo.⁶⁴

Exemplificando, salienta-se que é permitido às partes convencionarem acerca da redução ou dilação dos prazos processuais, servindo tal possibilidade como um eficiente mecanismo de gestão do tempo no âmbito do processo. No entanto, é imprescindível consignar que essa prerrogativa deve estar sempre alinhada com as garantias processuais e constitucionais das partes.

Nesse aspecto, não seria possível negociação que viole, direta ou indiretamente, as garantias constitucionais dos litigantes, sob pena de indevida restrição de uma decisão justa para a causa. Em princípio, é possível a dilação de prazos processuais. Contudo, tal dilação não pode ser tanta que prejudique a razoável duração do processo, que é uma garantia constitucional (artigo 5º, LXXVIII, CF), ou venha a onerar economicamente o Poder Judiciário. Ou ainda, embora seja possível a redução dos prazos processuais por convenção das partes, a diminuição não pode ser tamanha que inviabilize o pleno exercício do contraditório (artigo 5º, LV, CF).

62 Nesse sentido: “Desta forma, é possível afirmar que compõem o núcleo mínimo do processo civil do Estado Constitucional, dentre outros, os direitos fundamentais à segurança jurídica, ao acesso à justiça mediante tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa, à motivação das decisões judiciais e à publicidade dos atos e termos processuais”. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 601).

63 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 27 -62.

64 ENFAM. *O poder judiciário e o novo código de processo civil. Enunciados aprovados*. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Flávio Luiz Yarshell dispõe que “outro limite objetivo ao negócio processual está na sua adequação ao devido processo legal. Conquanto o CPC 2015 não tenha feito essa ressalva de forma expressa, ela decorre do que está inscrito nos incisos LIV e LV da CF”.⁶⁵ Elucida-se que o devido processo legal engloba uma série de normas e princípios constitucionais que garantem tanto o direito de ação como o direito de defesa.

Nessa tônica, levando-se em consideração que os fins buscados pelo processo devem sempre estar permeados de acordo com os direitos fundamentais processuais, imperioso se faz salientar que existem certos limites para a elaboração de negócios jurídicos processuais pelas partes, sob pena de o objetivo do instituto acabar surtindo efeito contrário ao pretendido. Diz-se isso pelo fato de que a realização indiscriminada de acordos processuais pode acabar limitando o direito à liberdade das partes, por mais contraditória que essa alegação possa parecer, colocando em xeque seus direitos fundamentais processuais.⁶⁶

Quanto ao tema, vale o questionamento acerca da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais por meio da elaboração de negócios jurídicos processuais. Embora o assunto seja de alto grau de complexidade, parcela da doutrina entende ser possível a renúncia a direitos fundamentais.

Antônio do Passo Cabral se posiciona a favor da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais processuais:

O problema da renúncia ou disponibilidade é uma questão referente ao exercício da liberdade. Não se pode pensar que, ao estabelecer direitos (mesmo fundamentais) em favor dos indivíduos, estes deverão exercê-los impositivamente. Em se tratando de situações jurídicas de vantagem, o indivíduo tem a livre opção de delas abdicar, ou simplesmente não as exercer, tomando atitude passiva.

Então, o Estado não pode intervir no desenvolvimento da liberdade, interferindo na esfera de decisão individual onde suas escolhas são livres, sob pena de resgatar um paternalismo inadequado no mundo contemporâneo, aniquilando a liberdade do indivíduo e, no processo, a autonomia das partes.⁶⁷

65 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

66 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 532.

67 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 175.

Ainda, entende-se que a renúncia aos direitos fundamentais deve se operar em termos de igualdade, o que significa dizer que ambas as partes devem ser beneficiadas com a renúncia, sendo necessária a ocorrência de um benefício proporcional. Ressalta-se, contudo, que independentemente de qual for o benefício auferido pela renúncia, os limites absolutos⁶⁸ e a dignidade da pessoa humana sempre deverão ser observados.⁶⁹ Rafael Abreu leciona ser necessário verificar, no caso concreto, se a renúncia a um direito fundamental processual será positiva da mesma forma que a promoção de outro direito fundamental, no que se refere aos direitos de liberdade, no caso dos negócios jurídicos processuais.⁷⁰

Contudo, de um modo geral, o entendimento predominante é o de que, se os negócios jurídicos processuais acabarem, de uma forma ou de outra, violando direito fundamental processual, o acordo deverá ser invalidado, mesmo que isso implique restrição à autonomia privada das partes. No ponto, observa-se que os direitos fundamentais ao devido processo legal e ao processo justo, quando sopesados com o direito fundamental à liberdade, notadamente em relação à possibilidade de realização de negócios processuais pelas partes, deverão prevalecer, sob pena de a própria natureza do processo restar descaracterizada.

O próprio legislador processual civil dispôs nesse sentido, na medida em que previu de forma expressa que negócios processuais que tornem excessivamente difícil a atuação de uma das partes, ou que se imponham sobre parte manifestamente vulnerável devem ter a aplicação recusada, em face da evidente afronta à isonomia, que é norma fundamental processual insculpida no artigo 7º, do CPC.

Todavia, Flávio Luiz Yarshell ressalva que “fora dos casos em que efetivamente haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que as partes tiverem convencionado. Não se afigura jurídico ou ético que uma das partes viesse depois – já em função de resultado desfavorável – queixar-se de suposto vício para o qual

68 “[...] a própria previsão de direitos fundamentais exige que se lhes protejam o núcleo básico e conteúdo mínimo, caso contrário a previsão constitucional poderia ser aniquilada por outras fontes normativas como a lei e o contrato. Seria impensável uma disposição ou renúncia absoluta e incondicional às garantias fundamentais do processo”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 336).

69 ADAMY. Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120 – 121.

70 ABREU, Rafael Sirangelo de. “*Customização processual compartilhada*”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. Revista de processo, vol. 257/2016, Jul/2016, Thomson Reuters, p. 17.

não atentou no momento próprio”.⁷¹ Ou seja, em regra, os negócios jurídicos processuais deverão ser aplicados, só devendo ser afastados quando for evidente a violação ao devido processo legal, sob pena de a parte desfavorecida pelo resultado do processo pugnar pela sua invalidade apenas com o intuito de alterar o seu desfecho.

Portanto, conclui-se que, em que pese o legislador processual civil tenha conferido às partes um maior protagonismo na sua atuação no âmbito do processo, permitindo a elaboração de negócios processuais acerca de suas posições jurídicas, bem como do procedimento, numa nítida valoração da autonomia privada no âmbito do Processo Civil, há que se conscientizar que tal prerrogativa encontra balizas dentro do próprio sistema processual e na ordem constitucional, levando-se em consideração que o fim último perseguido pelo Processo Civil é a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos das partes.

Caberá, então, ao julgador, ao fazer a análise acerca da validade dos negócios processuais em cada caso, se certificar de que o devido processo legal não esteja sendo sacrificado em algum ponto, criando precedentes que sirvam de base para os casos futuros.⁷² Rafael Abreu refere que, em razão dos negócios processuais serem uma novidade no direito processual brasileiro, “será papel das cortes de vértice, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, criar parâmetros decisórios em torno dos limites e da abrangência do instituto dos negócios processuais”.⁷³

Nesse aspecto, tentando estabelecer alguns parâmetros de quais negócios processuais não seriam possíveis de serem realizados pelas partes, o FPPC editou o Enunciado nº 20, o qual dispõe que não seriam admissíveis, dentre outros: “acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira

71 YARSELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

72 Nesse sentido: “Esse novo olhar sobre a atuação da autonomia privada na conformação processual, não obstante prestigiar a liberdade, deve ser balizado pelos direitos fundamentais processuais e pensado a partir da função que o Poder Judiciário desempenha ao prestar a jurisdição. E aqui se identifica um parâmetro rigoroso aos negócios jurídicos processuais, devendo ser pensado nos limites constitucionalmente previstos que asseguram o direito fundamental ao processo justo. Estabelecido esse norte, abre-se um vasto campo à doutrina e à jurisprudência para definirem os limites e possibilidades da interferência da autonomia privada nos rumos do procedimento, em uma verdadeira reconfiguração histórica da tão propalada natureza pública da ciência processual”. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 610).

73 ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334.

instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.⁷⁴

Não obstante, o Enunciado nº 19, também do FPPC, identificou algumas hipóteses de negócios processuais que estariam dentro do âmbito de disponibilidade das partes e que não afrontariam as balizas constitucionais, quais sejam: “pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334, etc”.⁷⁵

Portanto, recairá não só ao magistrado que analisa o caso concreto, mas também à jurisprudência das cortes superiores e à doutrina⁷⁶, a tarefa de estabelecer limitações a essa autonomia privada conferida às partes no âmbito processual, o que parece já estar sendo feito. Giza-se que o ponto fulcral acerca das balizas dos negócios processuais é o fato de que os direitos fundamentais processuais jamais poderão ser preteridos quando da sua elaboração, não podendo ser objeto de disposição entre as partes, sob pena de afronta ao processo justo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, no artigo 190, CPC, no que toca à positivação de uma cláusula geral de negociação, permitiu que as partes pudessem dispor acerca do procedimento e de suas posições jurídicas, em uma verdadeira flexibilização do procedimento que, até então, era rígido. Com tal

74 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Fonte: *Enunciados aprovados em Salvador*. 2013. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

75 Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Fonte: *Enunciados aprovados em Salvador*. 2013. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

76 Nesse mesmo sentido: “Uma cláusula geral cumpre outra importante função no ordenamento jurídico, que é atribuir maior maleabilidade ao sistema, deixando margens de interpretação mais amplas para a jurisprudência e para a doutrina. Será, assim, o trabalho dos especialistas e o repertório dos casos concretos que, passo a passo, construirão a tradição brasileira neste tema”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 148-149).

dispositivo, o procedimento, que era de titularidade exclusiva do legislador processual civil, passou agora a também poder ser elaborado pelas partes, de forma a adequá-lo às peculiaridades do caso posto *sub judice*.

O Novo Código de Processo Civil conferiu às partes um maior protagonismo na condução do processo, permitindo a negociação do procedimento da forma que mais lhes for conveniente, em uma nítida valorização da autonomia privada no âmbito do Processo Civil. Nesse aspecto, levando-se em consideração que o fim do Processo Civil é alcançar aos litigantes uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável, entende-se que a possibilidade de flexibilização do procedimento por meio dos negócios jurídicos processuais contribuirá de forma direta para que essas premissas venham a ser atingidas.

No entanto, imperioso se faz considerar que existem alguns requisitos mínimos que devem ser observados para conferir validade a esses negócios jurídicos. Dessa forma, elucida-se a existência tanto de requisitos de validade materiais como processuais. Não obstante, consigna-se que apenas o preenchimento dos referidos requisitos pode não ser suficiente para garantir validade ao negócio jurídico processual, que deve também estar de acordo com o sistema processual e a ordem constitucional.

Assim, caso os negócios processuais venham a dispor de forma contrária à norma processual civil cogente ou a algum direito fundamental processual, eles não poderão ser considerados válidos. Observa-se, dessa forma, a existência de um conflito entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito à liberdade e o direito ao devido processo legal.

Nesse passo, o desafio central do tema que permeia os negócios jurídicos processuais é encontrar quais são os seus limites, trabalho esse que deve ser construído aos poucos pela doutrina e pela jurisprudência. Sob esse prisma, será atribuído ao Poder Judiciário a tarefa de elaboração de precedentes que sirvam como norte para a sociedade compreender até onde a autonomia privada das partes pode chegar no âmbito do Processo Civil.

A grande dificuldade será estabelecer um ponto de equilíbrio aos que tendem a dar maior valor para o direito de liberdade das partes, consubstanciado na valoração da autonomia privada no Processo Civil, e aos que primam pela garantia dos direitos fundamentais processuais, a fim de concretizar o direito fundamental ao processo

justo, em total respeito ao devido processo legal. No ponto, entende-se que a melhor solução da controvérsia se encontra no fato de que, se a elaboração de negócio jurídico processual acabar violando direito fundamental processual, ele deverá ser invalidado, mesmo que isso implique restrição à autonomia privada das partes.

Consigna-se que o direito fundamental ao devido processo legal, quando sopesado com o direito fundamental à liberdade, notadamente em relação à possibilidade de realização de negócios processuais pelas partes, deverá prevalecer, sob pena de o processo perder a sua própria razão de ser.

Nessa senda, embora o legislador processual civil tenha conferido às partes um maior protagonismo na sua atuação dentro do processo, permitindo a elaboração de negócios processuais, numa nítida valoração da autonomia privada no âmbito do Processo Civil, ressalva-se que a referida prerrogativa encontra balizas dentro do próprio sistema processual e na ordem constitucional.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **A igualdade e os negócios processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 315 – 336.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC**. Revista de processo, vol. 257/2016, Jul/2016, Thomson Reuters.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1: parte geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Convenções em matéria processual**. Revista de processo. vol. 241/2015. Mar/2015, p. 489-516.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO. Carliane de Oliveira. **O processo enquanto procedimento em contraditório**. *Elio Fazzalari e a anarquia metodológica*. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fe8cb44a57dd5e7>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 06 jun. 2017.

DIDIER JR. Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Revista de processo. vol. 187/2010. set/2010. p. 69 – 83.

DIDIER JR. Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015**. Revista brasileira da advocacia. vol. 1/2016. abr – jun. 2016, p. 59 – 84.

DIDIER JR. Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ENFAM. **O poder judiciário e o novo código de processo civil. Enunciados aprovados**. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Fonte: **Enunciados aprovados no Rio de Janeiro**. 2014. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Fonte: **Enunciados aprovados em Salvador. 2013**. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ng449y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. 2007. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../FERNANDO_TESE_COMP_LETA_PDF.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; e outros. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015**. Parte geral. São Paulo: Forense, 2015. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-30965563/epubcfi/6/30>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. LENZA, Pedro (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. volume 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. volume 2. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **A colaboração como modelo e como princípio no processo civil**. Revista de processo comparado. vol. 2/2015. jul – dez. 2015, p. 83 – 97.

MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional**. *In*: Revista de processo. Ano 39, vol. 229. Março 2014. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; NEVES, Aline Regina das. **Flexibilização procedimental: poder-dever do magistrado**. Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL, Londrina, v. 3, n. 2, maio/ago 2010, p. 1-21. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/1-21_Celina_Aline_Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o_Procedimental.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Revista de processo. vol. 33/1984. jan – mar. 1984, p. 182-191.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento**. 7. ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Jaqueline Mielke; BAPTISTA, Luiz Fernando. **Teoria geral do processo civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

A PRISÃO PREVENTIVA E SUA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ana Carolina Mezzalira¹

RESUMO: Esse trabalho pretende analisar se a atuação de ofício do juiz na decretação da prisão preventiva está em consonância com os preceitos constitucionais. A reforma processual penal trouxe novos contornos à prisão preventiva, tornando-a *ultima ratio*, em respeito ao sistema acusatório e à Constituição Federal. Nesse sentido, a atuação de ofício do juiz na decretação da prisão provisória é questionada, pois infringiria garantias do acusado e a separação das atribuições das partes. Para elaboração desse artigo foi utilizado o método dedutivo. Da análise das hipóteses em que ao juiz é possibilitado aplicar de ofício à prisão preventiva, concluiu-se que a regra prevista no art. 311 do CPP viola a imparcialidade do julgador e a separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva. Atuação de Ofício. Constituição Federal. Gestão da prova.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Tutela Cautelar Pessoal Preventiva. 2.1 Hipóteses e Fundamentos da decretação da Prisão Preventiva e o advento da Lei nº 12.403/2011: a prisão cautelar como *ultima ratio*. 3 O Sistema processual vigente no Brasil. 4 Análise sobre a atuação de Ofício do Juiz na decretação da Prisão Preventiva à luz do Sistema Acusatório. 4.1 O Código de Processo Penal e a previsão legal de atuação probatória de ofício do juiz. 4.2 O momento para decretação da Prisão Preventiva no atual ordenamento jurídico pátrio. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

1

Ana Carolina Mezzalira, Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal.

As medidas cautelares no processo penal possuem como característica básica a garantia do bom andamento do processo, objetivando que, ao final, haja uma sentença válida e efetiva, passível de produzir efeitos. Entre tais medidas, as de caráter pessoal detêm características singulares, pois versam sobre a garantia constitucional de liberdade do indivíduo antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, sendo que uma tem sido cada vez mais utilizada no ordenamento jurídico: a prisão preventiva.

Após a reforma processual penal advinda com a Lei nº 12.403, em 2011, a medida passou a ser considerada *ultima ratio*², ou seja, somente pode ser decretada quando evidenciados os requisitos legais previstos em lei e sendo inviável a aplicação de outras medidas cautelares pessoais incluídas no ordenamento pátrio.

O advento da reforma processual referente à prisão cautelar ocorreu, primordialmente, pelo descompasso existente entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988, que introduziu no sistema processual penal princípios e regras que a legislação processual infraconstitucional, datada de 1941, entrou em conflito. Ainda, os preceitos estabelecidos pela Carta Magna evidenciam a escolha do constituinte pelo sistema processual acusatório, onde as partes possuem atribuições específicas e, especialmente à figura do magistrado, cabe apenas a atividade de julgar, não podendo ter qualquer ingerência na gestão da prova.

Por outro lado, apesar das reformas legislativas ocorridas nos últimos anos, a possibilidade do juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva, sem necessidade de provocação do Ministério Público ou da autoridade policial, bem como a permissão de converter a prisão em flagrante em preventiva permanecem na legislação processual penal, o que, *a priori*, vai de encontro ao sistema acusatório.

Assim, faz-se importante verificar se a atuação de ofício do juiz no tocante à prisão preventiva possui respaldo constitucional, tendo em vista a sua importância para o processo penal.

2

Frise-se que, no mapa da população prisional gaúcha de 27 de dezembro 2017, obtido através do site da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul, o número total de presos recolhidos nos estabelecimentos prisionais deste estado é de 37.854, sendo que destes, 13.530 são provisórios (12.826 homens e 641 mulheres). Isso significa que quase 40% dos indivíduos que compõem o Sistema Prisional do Rio Grande do Sul não possuem condenação transitada em julgada (SUSEPE, 2017).

2 A TUTELA CAUTELAR PESSOAL PREVENTIVA

Disciplinada a partir do art. 311 do CPP, a prisão preventiva “é uma modalidade de prisão cautelar de natureza pessoal e deve sempre (e unicamente) ser decretada pelo juiz (característica da jurisdicionalidade)” (RANGEL, 2005, p. 625). Em 2011, a Lei nº 12.403 estabeleceu relevantes modificações no instituto da tutela cautelar pessoal, especialmente no tocante à prisão preventiva, restringindo sua aplicabilidade e enfatizando a medida como *ultima ratio*, conforme será melhor examinado ao longo do trabalho.

De sorte, as hipóteses ensejadoras dessa medida cautelar seguem estabelecidas de forma específica e taxativa, conforme se verá a seguir.

2.1 HIPÓTESES E FUNDAMENTOS DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O ADVENTO DA LEI Nº 12.403/2011: A PRISÃO CAUTELAR COMO *ULTIMA RATIO*

Para que a prisão preventiva seja decretada faz-se necessário a existência de pressupostos, quais sejam, provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, consoante estabelece a parte final do art. 312 do CPP.

Segundo Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 415), a prova da existência do crime consiste em haver nos autos “elementos que demonstrem a materialidade do delito” e os indícios suficientes de autoria consistiriam em “elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração”, devendo tal análise ser feita caso a caso, segundo o entendimento do magistrado.

Os pressupostos acima analisados são também conhecidos como *fumus delicti*. Tal expressão, ao contrário daquela usada em processo civil, *fumus boni iuris*, se adéqua melhor à esfera processual penal, como bem assevera Aury Lopes Jr. (2004, p. 189), pois “constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*”. E segue o autor, salientando que “como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”(2004, p. 189).

Após verificado o *fumus delicti*, deve-se analisar os fundamentos para a decretação da medida cautelar preventiva, conhecida como *periculum libertatis*, elencados na parte inicial do dispositivo do art. 312 do CPP. Essa expressão surge como contraponto à expressão *periculum in mora*, tendo em vista se coadunar melhor com as regras do Processo Penal, havendo necessidade de abandono da doutrina civilista nesse caso.

Para a decretação da prisão preventiva será indispensável a identificação de um dos motivos descritos na parte inicial do art. 312 do CPP, a saber: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da Lei Penal.

Quanto ao primeiro requisito existente, qual seja, a garantia da ordem pública, verifica-se tratar-se de “necessidade de preservação da boa convivência social” (LIMA, 2005, p. 260). Para Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 316), “a necessidade da prisão por garantia da ordem pública revela-se, essencialmente, nos casos em que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída”. Nesse mesmo sentido leciona Fernando Capez (2007, p. 268), ao afirmar que nessa hipótese a prisão cautelar “é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelá-lo o meio social”.

Vale ressaltar que o significado da expressão “garantia da ordem pública” não é pacífico na doutrina e jurisprudência. Para alguns doutrinadores, como Eugênio Mongenot Bonfim (2008, p. 416), a gravidade do delito cometido poderia servir de substrato para a decretação da preventiva; todavia, para outros, tal circunstância não autoriza a decretação de tal medida, como ressalva Djalma de Carvalho (2007, p. 188). A dúvida também pode ser percebida quando levantadas as hipóteses de prisão cautelar pelo clamor público, repercussão do fato na imprensa, ou pelos maus antecedentes, reincidência do réu, entre outras.

O segundo fundamento previsto no art. 312 do CPP, a garantia da ordem econômica, é enfatizado como “uma redundância, uma vez que atingida a ordem econômica, também estará atingida a ordem pública” (LIMA, 2005, p. 261). Para Djalma de Carvalho (2007, p. 187), tal fundamento se perfectibiliza em delitos específicos, onde há o risco de perdas econômicas generalizadas, como, por exemplo, nas Leis nº. 1.521/51 (crimes contra a economia popular), 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), 8.038/90 (crimes contra os consumidores),

8.137/90 (crimes contra a Ordem Tributária), 9.613/98 (lavagem de capitais), dentre outras.

Quanto ao fundamento da conveniência da instrução criminal, deve tal ser analisado frente a “possibilitar o bom andamento da instrução criminal, e não uma mera conveniência, consoante a letra da lei” (LIMA, 2005, p. 261). Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 316) entende que a prisão por conveniência da instrução criminal “serve para garantir a prova”, sendo exemplos típicos dessa hipótese “a prisão porque há ameaça a testemunhas ou porque pode o acusado fazer desaparecer importantes fontes de prova”.

Por fim, entende-se como significado do fundamento “assegurar a aplicação da Lei Penal”, o “*periculum libertatis*, pois em casos que o agente visa se furtar a cumprir futura sanção penal” (LIMA, 2005, p. 261). Ainda, “a custódia para assegurar a aplicação da lei penal normalmente é utilizada para evitar a fuga, o desaparecimento do acusado” (FERNANDES, 2005, p. 316).

Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 416) afirma que, nesse caso, a prisão cautelar é necessária para que se assegure que o réu estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta, estando entre as hipóteses autorizadoras a fuga do indiciado, ausência de residência fixa ou facilidade de fuga para o exterior.

Com o advento da Lei nº 12.304/2011 foi acrescido um parágrafo único ao dispositivo legal que elenca as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, estabelecendo que a mesma “também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

Para Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira (2011, p. 80), a previsão legislativa estabeleceu “uma nova hipótese de decretação da prisão preventiva baseada no descumprimento das medidas cautelares impostas”. Luiz Flávio Gomes (2006, p. 148) aponta ter ficado claro “da redação do dispositivo que, em caso de descumprimento injustificado, a preventiva é a *ultima ratio* (derradeira trincheira)”.

Analisando tais requisitos para a decretação da medida cautelar coercitiva, é possível verificar a preocupação em utilizar a prisão preventiva somente em casos expressamente permitidos em lei, em situações legalmente autorizadas, quando existe efetiva necessidade de privação da liberdade do indivíduo antes de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse sentido, a Lei nº 12.403, após longo período de tramitação legislativa, foi editada com inspiração nas legislações da Itália e de Portugal, pretendendo reduzir a utilização da prisão cautelar no ordenamento jurídico pátrio, criando outras alternativas acautelatórias no processo penal (SILVA, 2011, s.p.).

Acerca das alterações legislativas no CPP, a necessidade das reformas processuais evidenciou-se, primordialmente, pelo descompasso existente entre a codificação processual, datada de 1941, e a Constituição Federal de 1988, pois esta última introduziu princípios e regras diversos daqueles estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, de modo que muitas das normas do Código de Processo Penal "perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou deviam ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição" (GRINOVER, 2002, p. 01).

Além de outras modificações relevantes, as alterações trazidas pela nova Lei têm no seu cerne a instituição de novas medidas cautelares de natureza pessoal. A ideia é possibilitar ao juiz alternativas à prisão; são nove medidas cautelares pessoais criadas, variando desde o comparecimento em juízo até o monitoramento eletrônico, conforme preceitua o art. 319³ do CPP.

A preocupação do legislador em estabelecer outras medidas cautelares pessoais que possam fornecer ao juiz a opção de não decretar a prisão cautelar vai ao encontro do princípio da subsidiariedade, o qual estabelece que a privação da liberdade do indivíduo será utilizada como *ultima ratio* (SILVA, 2011, s.p.).

Nesse sentido, o art. 282 do CPP, com as alterações trazidas pela Lei, estabelece no § 4º que o juiz pode, em "último caso", decretar a prisão preventiva, e

3

Art. 319 CPP: São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial IX - monitoração eletrônica (2018, s.p.).

o § 6º determina que “a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Destaca David Medina da Silva (2013, p. 06) que “isso não significa, porém, que o juiz deva primeiramente aplicar outras medidas e, apenas diante da ineficácia concreta destas, decretar a prisão. O que se exige é um “juízo de insuficiência hipotética de outra medida cautelar” (SILVA, 2013, p. 06).

Assim, é possível verificar que as alterações trazidas no tocante às medidas cautelares diversas da prisão também consagram o Princípio da presunção da inocência, aproximando a legislação infraconstitucional ao preceito estabelecido no art. 5º, incisos LVII e LXI da CF, inclusive com transcrição muito parecida ao regramento constitucional no art. 283 do diploma processual penal.

3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL VIGENTE NO BRASIL

Conforme já destacado, é imprescindível que o Código de Processo Penal e a Constituição Federal *falem a mesma língua*. Porém, sabe-se que a Carta Magna é a norma que deve ser seguida pelo restante do ordenamento jurídico, irradiando os seus preceitos aos demais dispositivos infraconstitucionais.

Nesse sentido, a tarefa de assinalar com precisão qual o sistema processual penal em vigor é árdua no Brasil, pois há conflitos entre o que dispõe o legislador constitucional e as regras do CPP. A Constituição Federal estabelece a separação dos sujeitos processuais no processo penal, o que se coaduna com o sistema acusatório, ao mesmo tempo em que o Processo Penal prevê a realização de uma investigação preliminar criminal onde não há contraditório, nem ampla defesa, constituindo-se o investigado mero objeto da investigação, o que representa um traço constitutivo do sistema inquisitorial.

Assim, a constatação da existência de características acusatórias e inquisitoriais no procedimento penal brasileiro leva muitos doutrinadores a entenderem que se estaria tratando de um sistema misto.

Porém, Aury Lopes Jr. (2007, p. 71) destaca que “ainda que todos os sistemas sejam mistos, não existe um princípio fundante misto. O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo”. O certo é que o sistema jamais será puro,

porém, a identificação de sua essência permite que se utilizem características do outro sistema apenas de forma secundária (COUTINHO, 2007, p. 34).

De um estudo aprofundado dos sistemas processuais é possível concluir que a característica fundamental do sistema acusatório é a divisão de funções dentro do processo. Assim, pode-se afirmar que a Constituição brasileira optou pelo sistema acusatório, uma vez que em seu art.129, inciso I, atribui ao Ministério Público a exclusividade da iniciativa da ação penal.

Ocorre, entretanto, que outras questões mostram-se com importância significativa para a definição do tipo de processo existente em um ordenamento jurídico. Aury Lopes Jr (2007, p. 81) afirma que “a separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização”.

Apesar das discussões existentes acerca de a gestão da prova representar ou não o núcleo fundante do sistema, entende-se que, mesmo nesse ponto, as características encontradas no texto constitucional demonstram que a Constituição Federal de 1988 elegeu o sistema acusatório. Isso porque, também estão em seu texto as garantias do processo inerentes ao sistema acusatório como contraditório, ampla defesa e presunção de inocência (art. 5º, LIV, LV, LVII).

E quando da análise sobre o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, devem ser analisados os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, norma fundamental que comanda todas as demais legislações infraconstitucionais.

Nesse sentido, verificar os dispositivos do Código de Processo Penal para compreender qual o sistema processual escolhido pelo legislador parece ser um equívoco, na medida em que a legislação ordinária penal vem sofrendo constantes modificações ao longo do tempo, com a nítida intenção de se adequar ao texto constitucional, o que prova que essa legislação possui arestas as quais, aos poucos, vão sendo aparadas pelas reformas legislativas.

Ao encontro desse entendimento, tem-se a Lei nº 12.403/11, já referida, que foi promulgada para tentar resolver as imperfeições do CPP no tocante à prisão cautelar que, em verdade, dificilmente era tratada como *ultima ratio* antes da reforma, já que o julgador tinha poucas opções quando estava diante de uma prisão em flagrante ou requisição de prisão preventiva. O que fez o legislador foi tentar

adequar as regras processuais penais ao texto constitucional, especialmente aquela que prevê a liberdade do indivíduo como regra, em consonância com o sistema acusatório e a Constituição Federal.

4 ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Como já vimos, as reformas legislativas vêm, aos poucos, adequando a legislação processual penal infraconstitucional à Carta Magna, em consonância com o sistema acusatório escolhido pelo legislador constituinte. Nesse sentido, questiona-se se a atuação de ofício do juiz seria admitida no atual momento jurídico, onde cada vez mais há a ideia de separação de poderes e necessidade de preservação da imparcialidade do magistrado para permitir um julgamento que respeite as garantias constitucionais do acusado.

Diante disso, importante analisar de que forma a legislação processual penal estabelece o poder de cautela do magistrado e se há respeito ao sistema acusatório, especialmente em relação ao instituto da prisão preventiva.

4.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PREVISÃO LEGAL DE ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ.

Embora já se tenha dito que, aos poucos, a reforma legislativa no processo penal vem tentando coadunar as regras infraconstitucionais ao texto constitucional a fim de adequar o ordenamento ao sistema acusatório, da leitura do CPP ainda é possível verificar dispositivos legais que colocam em xeque os ditames constitucionais. Nesse ponto, questiona-se, especialmente, a redação dada ao inciso I do art. 156 do CPP, trazida pela Lei 11.690/2008:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida [...].

Da leitura do referido dispositivo é possível concluir que,

[...] a reforma consagrou definitivamente os poderes instrutórios do juiz e o sistema acusatório misto, ao possibilitar a determinação pelo juiz, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção antecipada de provas. O inc. II do art. 156 fazia parte do seu antigo *caput*, o qual já previa a possibilidade de produção de prova por iniciativa do juiz, durante a instrução

da ação penal, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (AGUIAR, 2010, p. 485).

Para Paulo Rangel (2012, p. 490), “em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal, como autoriza o inciso I”. E segue o doutrinador, alertando que “colocar o juiz agindo ex officio na colheita da prova é contaminar sua (aparente e imaginária) imparcialidade e pior: o juiz, agora, poderá ordenar de ofício tanto na fase policial e judicial as diligências que entender cabíveis” (2012, p. 490).

Conforme Aury Lopes Jr.(2012, p. 134), para quem a identificação do sistema processual adotado tem como núcleo fundante a gestão da prova, dispositivos legais envolvendo a produção probatória que colocam o juiz com poderes instrutórios,

[...] externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulmina a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório” (2012, p. 135).

Embora os questionamentos acerca da constitucionalidade da previsão legal, há entendimento no seguinte sentido:

Não se vislumbra nenhuma violação a imparcialidade do julgador na postura ativa de produção de provas [...], sobretudo considerando que o legislador condicionou a atuação do juiz, nesse caso especialíssimo (antes de iniciada a ação penal), à obediência do princípio constitucional da proporcionalidade, de onde se verifica a postura supletiva do juiz (ausência de produção de provas pelas partes) além das citadas necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (AGUIAR, 2010, p. 486).

Norberto Avena questiona a constitucionalidade do inciso I do art. 156, pois a regra “parece deslocar o magistrado da função de julgador para o papel de investigador ou acusador, em ofensa ao modelo acusatório determinado pela Constituição Federal” (2012, p. 15).

Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 168), ressalta que “com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, restou consolidada a obrigatoriedade de separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*”.

Para ele, assentado nesse entendimento, o STF deve declarar a

inconstitucionalidade do art. 156, inciso I, do CPP, como já ocorreu com o art. 3º da Lei nº 9.034/1995⁴, o qual também previa a iniciativa instrutória do juiz na seara dos crimes envolvendo organizações criminosas (2012, p. 169).

E segue o autor, salientando que:

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas (2012, p. 169).

Portanto, é possível verificar que a iniciativa probatória do juiz no processo penal, antes de iniciada a ação penal, é fortemente rebatida pela doutrina, sob o argumento de que fere o sistema acusatório, o qual foi opção adotada pela Carta Magna, o que impede a legislação infraconstitucional de estabelecer regra contrária.

Permitir que o julgador adentre na fase investigatória da persecução penal importa, de forma flagrante, em retirá-lo da sua inércia, a qual é extremamente necessária para mantê-lo imparcial, apto a proferir um julgamento válido. Ainda, considerando o fato de que na fase inquisitorial não há previsão de contraditório e ampla defesa, o suspeito estaria impossibilitado de se defender adequadamente de eventuais arbítrios do julgador, ao contrário da fase processual, em que o acusado já possui mecanismos mais efetivos de controlar a atuação do magistrado.

No tocante ao inciso II do art. 156 do CPP, o qual prevê que o juiz poderá “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de

4

“Julgamento pelo STF da ADIn 1570, no dia 12.02.2004, no qual foi analisada a constitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.034/1995 (Lei de Repressão às Organizações Criminosas), o qual previa a possibilidade do juiz, pessoalmente (sem a participação da Polícia Judiciária e do Ministério Público), realizar diligências investigatórias em face do crime organizado quando houvesse a possibilidade de violação do sigilo reservado a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Na decisão do pretório excelso, foi declarada a inconstitucionalidade do referido artigo no que se refere à possibilidade do juiz investigar pessoalmente informações *fiscais* e eleitorais, tendo em conta o entendimento de que a LC 105/2001, ao regular a matéria relativa aos sigilos bancário e financeiro, haveria revogado tacitamente a possibilidade de investigação direta pelo juiz quanto a tais dados. Os argumentos trazidos pelo relator, o Min. Maurício Corrêa, e aceitos pelos demais julgadores, à exceção do Min. Carlos Velloso, fundaram-se, basicamente, na violação às outorgas constitucionais da titularidade da ação penal pública ao Ministério Público Federal e da atribuição investigativa à Polícia Judiciária, previstas nos arts. 129 e 144 da CF/1988 (LGL\1988\3), além de se avaliar que a investigação direta e pessoal do juiz, sem a participação das instituições persecutórias citadas, implicaria em lesão à sua imparcialidade e, conseqüentemente, ao devido processo legal” (AGUIAR, 2010, p. 492).

diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, Norberto Avena (2013, p. 454) salienta que o regramento,

[...] constitui-se corolário da verdade real, princípio este que inspira o processo penal. Considera-se, afinal, que, se a prova dirige-se ao juiz, visando à formação do seu convencimento quanto aos fatos alegados pelas partes, não seria razoável exigir do magistrado uma posição absolutamente inerte na fase instrutória do processo criminal, vinculando-se, apenas, às provas requeridas ou produzidas pelas partes.

E segue o autor, contrapondo o dispositivo de Lei com o sistema acusatório:

A despeito de não ignorarmos a posição oposta que vislumbra na produção oficiosa de provas uma violação ao modelo acusatório adotado pela Constituição Federal, compreendemos, conforme já abordamos que não há essa incompatibilidade, pois, ao assim proceder, não está o magistrado substituindo-se às partes no processo criminal, mas tão somente ordenando diligências no intuito de saber a realidade como efetivamente ocorreram os fatos (2013, p. 455).

De tudo isso, é possível verificar que o inciso II do referido artigo permite ao juiz produzir provas na fase instrutória, quando não se contentar com aquelas produzidas ou requisitadas pelas partes, sob o argumento da busca pela verdade real. Porém, se a Constituição Federal estabeleceu a presunção de inocência como norteador do processo penal⁵ e, conseqüentemente, o Princípio do in *dubio pro reo* permite ao julgador absolver diante da dúvida, não é possível compreender que o legislador constituinte tenha optado por um sistema acusatório misto, tampouco pela retirada da inércia do julgador diante da incerteza sobre a ocorrência do fato delitivo.

4.2 O MOMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Após o advento da Lei 12.403/2011, conforme já mencionado, alguns dispositivos do CPP foram alterados, especialmente os que versavam sobre as medidas cautelares processuais penais.

Nesse sentido, o art. 310, *caput*, do CPP, passou a constar com a seguinte redação:

Art. 310: Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá

5

Art. 5º, LVII, CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, diante de uma prisão em flagrante, não sendo hipótese de decretação de outra medida cautelar diversa da prisão, tampouco de liberdade provisória, deve o juiz convertê-la em prisão preventiva, de forma justificada.

Para Luiz Flávio Gomes (2011, p. 133), a alteração legislativa foi excelente, pois,

[...] impõe ao juiz fundamentar a necessidade de manutenção da prisão. Com isso não haverá mais aquelas hipóteses em que a pessoa fica presa com fundamento apenas em uma prisão em flagrante, sem que fique esclarecido pelo juiz qual a real necessidade do indiciado ou acusado permanecer custodiado. A prisão em flagrante, na verdade, nunca manteve-se como prisão cautelar de fato: na sistemática anterior, ou não havia os motivos da prisão preventiva e então era necessária a concessão de liberdade provisória, ou havia motivos e então o que sustentava realmente a custódia eram os motivos da prisão preventiva.

Porém, considerando o disposto nos arts. 282, §2, e 311, ambos do CPP, os quais vedam a atuação de ofício do juiz na fase pré-processual no tocante às medidas cautelares, questiona-se se o julgador efetivamente poderia decretar a preventiva diante de um flagrante ou dependeria de provocação da autoridade policial ou do Ministério Público.

Para Norberto Avena (2013, p. 919):

A proibição de o juiz decretar *ex officio* medidas cautelares na fase das investigações não implica dizer que não possa ele converter o flagrante em medidas alternativas ou até mesmo em prisão preventiva, nos termos autorizados pelo art. 310, II, do CPP. Afinal, a hipótese difere daquela em que, diante de uma investigação em andamento, o juiz, *ex officio*, resolve impor medidas cautelares ao indiciado por entender presentes os requisitos. Na hipótese do art. 310, com efeito, o que se tem são providências obrigatórias que devem ser alternativamente adotadas pelo juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, sob pena de, mantendo preso o agente, configurar-se uma situação de constrangimento ilegal passível de *habeas corpus*. Logo, não há, neste caso, rompimento do sistema acusatório na conduta do magistrado que adota, ainda que oficiosamente, qualquer das soluções inseridas nos incisos, pois apenas estará cumprindo o que a Lei determina, não sendo razoável, ademais, que reste na dependência de prévia representação da autoridade policial ou do requerimento do MP para assim decidir.

De sorte, reconhece o autor que “a questão, todavia, é controvertida,

existindo orientação no sentido de que até mesmo a conversão ex officio pelo juiz do flagrante em preventiva estaria vedada” (2013, p. 920). Aury Lopes Jr., ao tratar do art. 310 do CPP após a reforma processual, embora tenha visto como salutar o fim da prisão em flagrante “que perdurava por vários dias”, asseverou que “infelizmente o CPP segue tolerando a prisão preventiva decretada de officio pelo juiz, insistindo no ranço inquisitório” (2012, p. 799).

Nesse sentido, o autor menciona a Resolução nº 66 do Conselho Nacional de Justiça, existente desde 27 de janeiro de 2009, a qual preceitua o seguinte:

CONSIDERANDO o disposto no artigo 5º, LXII, LXIII, LIV, LXV, LXVI e LXXVIII, da Constituição Federal e nos artigos 282, 306, 309, 310, parágrafo único, 311, 312, 321, 322, 323 e 350 do Código de Processo Penal; CONSIDERANDO o crescimento significativo de presos provisórios, conforme dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, entre os anos de 2005 e 2008; CONSIDERANDO que os dados recolhidos pelo Conselho Nacional de Justiça nos mutirões carcerários indicam a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos de acompanhamento das prisões provisórias [...]; CONSIDERANDO que o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve apreciar seus termos, verificando rigorosamente o respeito aos requisitos legais da prisão, decidir sobre a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, relaxar ou manter a prisão quando presentes os pressupostos de prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; CONSIDERANDO o compromisso do CNJ em zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da legalidade estrita da prisão. RESOLVE: Art. 1º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, **imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais (grifo nosso)**, fundamentar sobre: I - a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir; II - a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou III - o relaxamento da prisão ilegal (2009, s.p).

Veja-se, portanto, que o art. 310 do CPP, após a reforma processual, foi ao encontro de grande parte do que dispunha a Resolução, todavia, naquela há a ressalva que o magistrado deve ouvir o MP antes da tomada de qualquer das providências previstas em Lei, o que não repetiu o legislador.

Nesse ponto, Nestor Távora, em obra publicada em 2010 (p. 529), ou seja, antes da reforma processual, já chamava a atenção para o fato de que,

[...] a lei não fala em vista do auto de flagrante ao Ministério Público, em que pese Resoluções dos Tribunais de Justiça fazerem previsão neste sentido. Na Lei de Tóxicos, contudo, cópia do auto de flagrante será remetida ao magistrado imediatamente, que dará vista ao MP em 24 horas.

Em se tratando da aplicabilidade da conversão da prisão em flagrante em

preventiva, algumas situações fáticas recebem atenção da mídia, pois o magistrado que entende não ser possível decretar a medida de ofício acaba por deixar de decretar a prisão quando não há requerimento do Ministério Público.

Como exemplo, tem-se caso ocorrido na cidade de Teresina (PA), onde “pelo menos nove suspeitos de crimes, entre eles um homicida procurado pela polícia há anos, deixaram de ser presos [...] pela falta de um promotor que solicitasse ao juiz a prisão dos acusados” (2014, s.p). Segundo o magistrado que atuou no caso,

[...] não tinha como decretar a prisão dos acusados sem a presença do promotor, que estava ausente. O juiz é amarrado à lei. Quando ele recebe o auto de prisão pode tomar três decisões: soltar, aplicar medida cautelar ou decretar a preventiva. Para a preventiva, é necessário o pedido do promotor ou do delegado com o juiz ouvindo o promotor. Havia nove casos, inclusive um de homicídio e um de tentativa de homicídio, mas sem promotor, o juiz deve soltar (2014, s.p.).

Em outra situação, ocorrida na capital do Estado do Rio de Janeiro,

[...] o juiz responsável pelo plantão noturno na capital não viu outra alternativa a não ser liberar um jovem preso em flagrante com 1.250 comprimidos de ecstasy. Os autos foram remetidos não apenas uma, como duas vezes, ao Ministério Público, que não se manifestou no sentido da prisão. No caso, o MP apenas informou estar ciente do flagrante. Sem o pedido do Ministério Público, Peixoto sequer chegou a analisar se era ou não caso de prisão cautelar do homem preso em flagrante (2014, s.p.).

No tocante ao art. 311 do CPP, a polêmica também prevalece. O dispositivo, o qual estabelece o momento em que a prisão preventiva pode ser decretada ao longo do inquérito policial e do processo penal fora das hipóteses de flagrância, assim estabeleceu após as reformas processuais:

Art. 311 CPP: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (2018, s.p).

Veja-se que a Lei, agora, permite ao juiz a decretação de ofício da medida preventiva no curso do processo penal, vedando tal atuação na fase investigatória. No curso de inquérito policial, a prisão preventiva pode ser decretada, mas apenas mediante provocação. Para Luiz Flávio Gomes (2011, p. 139),

A decretação de ofício pelo magistrado, principalmente na fase de investigação, sempre foi objeto de severas críticas de parcela da doutrina. Também não se descartava jurisprudência criticando esse poder do legislador [...]. agora, com a reforma implementada pela Lei 12.403/2011, o poder de o juiz decretar de ofício não mais abrange as duas fases da persecução (pré-processual e processual), mas somente no curso da ação

penal.

Na lição de Paulo Rangel (2012, p. 781),

[...] com a reforma o legislador está fortalecendo a estrutura acusatória do processo penal, ou seja, prisão preventiva de ofício pelo juiz somente depois que houver a provocação da jurisdição pelo órgão acusador. Não pode haver decretação de prisão preventiva pelo juiz, de ofício, na fase inquérito policial. O juiz, como já salientado, foi afastado da fase pré-processual, deixando a investigação a cargo apenas do Ministério Público e da autoridade policial

Leciona-se, ainda:

A prisão preventiva é medida que justifica o exercício da ação penal. Consequentemente, em uma interpretação sistemática, conclui-se que: se há elementos suficientes para decretação da prisão preventiva, há, por conseguinte, indícios bastantes para propositura da ação penal. Consequentemente, para que exista prisão preventiva, deve existir, ao menos, oferecimento de denúncia (LIMA e NOGUEIRA, 2011, p. 148).

Destaca-se que Geraldo Prado, em 2005 (p. 182), já questionava a previsão legal de atuação do juiz de ofício na fase do inquérito para decretação da prisão preventiva, asseverando que “é incompatível com o Sistema Acusatório o poder do juiz, por exemplo, de ofício, decretar a prisão preventiva do indiciado”.

Conforme já exposto, a opção da Constituição Federal de 1988 pelo sistema acusatório afeta diretamente a legislação infraconstitucional, impondo ao legislador a adequação dos dispositivos que trazem preceitos marcados pelo sistema inquisitório, sob pena de inconstitucionalidade e sua exclusão do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, faz-se necessário que o processo penal respeite a separação das funções de acusar e julgar, uma das características mais marcantes do sistema acusatório.

Por outro lado, a existência do poder geral de cautela do juiz no Processo Penal é inequívoca, especialmente diante das alterações trazidas pela Lei 12.304/2011, a qual acrescentou ao CPP medidas cautelares típicas diversas da prisão, fortalecendo o entendimento de que o julgador tem o poder de intervir no processo, não sendo apenas uma figura inerte e passiva.

Contudo, mesmo diante desse poder, o juiz estaria adstrito à livre apreciação de ofício somente na fase processual, vedada essa atuação no curso do inquérito, quando dependeria de provocação, nos termos do art. 282, § 2º, do CPP.

E embora o art. 310 do CPP tenha possibilitado ao julgador a conversão do

flagrante em preventiva de imediato, numa visão geral do processo penal não é possível perceber essa previsão como contrária ao sistema acusatório, já que, nessa hipótese, o julgador está diante de uma situação de flagrância, sendo devidamente provocado pela autoridade policial em face do auto de prisão em flagrante, cabendo a ele analisar aquela situação, seja liberando o suspeito se entender não ser hipótese de prisão preventiva, seja relaxando a prisão quando a prisão em flagrante for ilegal, ou, até mesmo, convertendo a coerção da liberdade pessoal do agente já existente em prisão preventiva, medida cautelar que possui requisitos claros e objetivos na Lei, nos termos do art. 312 do CPP.

Além disso, com a reforma processual ocorrida em 2011, o legislador tomou a precaução de possibilitar ao juiz tomar a decisão mais acertada e razoável para o caso concreto objeto de flagrante, já que o binômio liberdade/prisão não existe mais, não sendo o julgador obrigado a manter a prisão cautelar do agente se não verificar os requisitos previstos em Lei.

Se para imposição de qualquer prisão cautelar deve-se, imperiosamente, existir uma autorização judicial, consoante preceitua a própria Carta Magna – art. 5º, XI⁶ -, não seria coerente que o juiz, devidamente provocado, não pudesse tomar uma decisão com base nas provas existentes até o momento. Veja-se, ainda, que durante o inquérito policial qualquer decretação de ofício de uma medida cautelar retiraria o juiz da sua inércia, o que não ocorre na previsão estabelecida no art. 310 do CPP.

Superada a fase pré-processual, na seara da ação penal, ou seja, quando já recebida a denúncia, o legislador permitiu ao julgador a aplicação da prisão preventiva de ofício, conforme dispõe o art. 311 do CPP.

Embora a persecução penal, nesse momento, já esteja amparada pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, possuindo o juiz maiores elementos para analisar o suposto fato delitivo perpetrado pelo acusado, ainda sim, a medida cautelar pessoal deve ser decretada apenas de forma excepcional, como *ultima ratio*, já que restringe a liberdade do indivíduo antes de uma sentença condenatória

6

Art. 5º, XI, CF- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

transitada em julgado.

Ainda, o sistema acusatório exige a manutenção do julgador como figura inerte ao longo de toda a lide, em respeito à separação de poderes. Dessa forma, a possibilidade do juiz decretar a prisão preventiva *ex officio* ao longo do processo também gera controvérsias.

No entendimento de Aury Lopes Jr. (2012, p. 823):

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia de imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 do CPP não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no curso da ação penal.

E segue o autor, asseverando que “talvez o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige um estar alheio aos interesses das partes na causa” (2012, p. 824) .

Por outro lado, Norberto Avena (2012, p. 933) assevera que a opção do legislador em permitir que o juiz decrete a prisão *ex officio* apenas quando já houve denúncia ou queixa-crime recebidas,

[...] decorre do entendimento agasalhado pelo legislador no sentido de que, se o fizesse antes deste momento, estaria violando o sistema acusatório consolidado em nosso sistema processual pena pela Constituição Federal de 1988. Esta orientação, antes da Lei 12.403/2011, era defendida por considerável parcela da doutrina e da jurisprudência.

Porém, reitera Aury Lopes Jr. (2012, p. 824) que “a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva.”

Para Denis Brasil Ferreira (1998, s.p), promotor de Justiça do Rio de Janeiro, “ou admitimos a existência de um processo penal absolutamente puro, afastando-se qualquer incidência do artigo 311 [...] ou, na verdade, nosso processo penal não se amolda àquele modelo puramente acusatório”.

E segue o autor, afirmando que:

Pensamos, em conclusão, estar o processo penal cautelar a exigir maior rigor científico, e, assim, não resta incidência qualquer para o artigo 311 do C.P.P., bem como todos os demais que impliquem em dedução de pretensão cautelar *ex officio*, respeitando-se a Carta Política de 1988. Pensamento diverso nos força a admitir a não adoção, ao menos em toda a sua pureza, do sistema acusatório no processo penal pátrio (FERREIRA, 1998, s.p).

Conforme já exposto, pelos ditames constitucionais expressos nosso sistema processual penal não é misto, mas puramente acusatório, ao menos em uma visão constitucional, pois a separação de poderes e a divisão na gestão da prova devem nortear o Sistema.

Porém, isso não impede que tenhamos normas infraconstitucionais que mitiguem esses princípios, haja vista a existência de um “ranço” inquisitorial que ainda não foi extinto por completo. Tanto é assim, que anualmente normas processuais vem sendo editadas para adequar o CPP.

Nesse sentido, a existência do art. 311 do CPP, quando possibilita ao juiz aplicar a prisão preventiva de ofício – mesmo que apenas na fase processual -, não parece se coadunar com o sistema acusatório, onde a atuação de todas as partes deve ser harmônica, sendo que a cada um é atribuído um papel específico.

Assim, o Código Processual Penal deveria dispor que a prisão preventiva somente pode ser decretada quando haja requerimento nesse sentido, tanto na fase inquisitorial quanto na fase instrutória, sob pena de violação da imparcialidade do julgador e da separação dos poderes.

Veja-se que não parece haver necessidade para o bom andamento do processo e para o respeito aos princípios *pro societate* que o julgador tome a iniciativa, por si só, de prender cautelarmente o acusado. Ora, o *Parquet* já possui o papel de acusador no processo e, certamente, tem a função de verificar se, naquele momento, o réu deve ser preso. E se o MP não toma essa iniciativa, não parece ser necessário presumir que não há necessidade da prisão?

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, a microrreforma do Processo penal ocorrida em 2011 trouxe novos contornos à prisão preventiva. Após analisar as

hipóteses em que o legislador infraconstitucional estabeleceu a aplicação do instituto da prisão preventiva no ordenamento processual penal pátrio, foi possível concluir que, hoje, a medida é a *ultima ratio*, somente podendo ser decretada quando não for possível conceder a liberdade provisória ao acusado, tampouco aplicar as medidas cautelares diversas da prisão incluídas expressamente nos dispositivos do CPP.

Tal previsão vai ao encontro do sistema processual acusatório, opção do constituinte no tocante aos sistemas processuais, especialmente sob o ponto de vista da gestão da prova e da separação de poderes. Diante disso, considerando os preceitos estabelecidos pelo sistema acusatório, a atuação de ofício do juiz na persecução penal é colocada em xeque, já que, *a priori*, infringiria garantias do acusado e a separação das atribuições conferidas a cada parte do processo.

Da análise das hipóteses legais em que ao juiz é possibilitado aplicar de ofício à prisão preventiva, aquela do art. 310 do CPP não parece ser contrária ao sistema acusatório, já que, nessa hipótese, o julgador está diante de uma situação de flagrância, sendo devidamente provocado pela autoridade policial em face do auto de prisão, cabendo a ele analisar aquela situação.

Além disso, com a reforma processual, o legislador tomou a precaução de possibilitar ao juiz tomar a decisão mais acertada e razoável diante do flagrante, já que o binômio liberdade/prisão não existe mais, não sendo o julgador obrigado a manter a prisão cautelar do agente se não verificar os requisitos legais.

Concluiu-se que, se para imposição de qualquer prisão cautelar é necessário, imperiosamente, existir uma autorização judicial, não seria coerente que o juiz, devidamente provocado, não pudesse tomar uma decisão com base nas provas existentes até o momento.

No tocante ao art. 311 do CPP, o legislador foi claro ao permitir a atuação de ofício do juiz apenas na fase instrutória, vedando esse comportamento na fase de inquérito policial. Porém, embora o cuidado da norma em assegurar que o magistrado somente atue quando a persecução estiver amparada pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, ainda assim essa regra não parece se coadunar com o sistema acusatório, o qual preceitua que a atuação de todas as partes deve ser harmônica, sendo que a cada um é atribuído um papel específico.

Nesse sentido, o Código Processual Penal estaria em maior consonância

com a Constituição Federal se dispusesse que a prisão preventiva somente poderia ser decretada quando houvesse requerimento nesse sentido, tanto na fase inquisitorial quanto na fase instrutória, sob pena de violação da imparcialidade do julgador e da separação dos poderes, características primordiais do sistema acusatório.

Não parece salutar ao processo, tampouco em consonância aos princípios constitucionais, que o julgador tome a iniciativa, por si só, de prender cautelarmente o acusado, pois o Ministério Público já possui o papel de acusador na persecução penal, tendo como atribuição própria verificar se, naquele momento, o réu necessita ser sujeito de uma prisão preventiva.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tiago Ramos de. **Notas acerca da reforma do Código de Processo Penal quanto às disposições gerais da prova: análise de problemáticas relativas aos arts. 155 e 156 do CPP.** Revista dos Tribunais. Porto Alegre, nº 897, p. 485 – 498, julho.2010.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático.** 5.ed. São Paulo: Método, 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Código de Processo penal brasileiro**, de 03 de outubro de 1941. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CIDADE VERDE. **Promotor falta plantão e juiz libera nove suspeitos de crime em Teresina.** 7 de janeiro de 2014. Disponível em

<<http://www.cidadeverde.com/promotor-falta-plantao-e-juiz-libera-nove-suspeitos-de-crime-em-teresina-152431>>. Acesso em: 23 fev 2014.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Excesso de Prazo. Reconhecimento como Fundamento Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Adequação da Orientação Jurisprudencial do TJBA à EC 45/04.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Ano XV, n. 68, p. 65 – 73, set./out.2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **A Reforma do Processo Penal.** In: WUNDERLICH, Alexandre(org). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 1-13

FERREIRA, Denis Aceti Brasil. **A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório.** Disponível em <http://www.uff.br/direito/images/stories/ARQUIVOS_PARA_DOWNLOAD/artigos_em_pdf/prisao-preventiva-dennis-aceti.pdf>. Acesso em 10 jan. 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Libertatórias.** São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito Processual Penal.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 1982.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Repensando a Prova de ofício**. Revista de Processo. Porto Alegre, nº 190, p. 315 – 328, dez. 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SUPERINTENDENCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/5348/?Ano_2017. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4.ed. Salvador: Juspodium, 2010.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: REFLEXÕES HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Guilherme Henrique Mariani de Souza¹

RESUMO: Este trabalho busca reflexionar sobre a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem, desde 2016, restringido o alcance do princípio da presunção de inocência, ao permitir a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Desde um enfoque crítico-hermenêutico e de um método dedutivo-indutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, apresentam-se subsídios para uma abordagem ampla dos principais fundamentos utilizados pelo Plenário desse Tribunal, discutindo os limites interpretativos das restrições de direitos fundamentais, diante do texto normativo constitucional. Conclui-se, ao final, que a Suprema Corte desbordou dos limites semânticos da Constituição, promovendo grave fragilização do princípio do estado de inocência.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Antecipada da Pena. Presunção de Inocência. Interpretação. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Estado de Natureza Hermenêutico e Jurisdição Penal de Exceção: sobre mutações e literalidades. 3 A Fórmula da Relativização: a presunção de inocência entre números e comparações. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

No mês de fevereiro de 2016, divulgou-se amplamente a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao negar o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, por

1

Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul e Universidade de Caxias do Sul (ESMAFE-RS/UCS). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

maioria de votos, entendeu que a possibilidade de execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde o ano de 2009, no julgamento dos *Habeas Corpus* nº 84.078 e nº 94.408, ambos de Minas Gerais, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. Frise-se, no entanto, que até 2009, o STF entendia que a presunção de inocência não impedia a execução antecipada da pena (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

A discussão, porém, novamente voltou à cena por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, cujo paciente foi o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. A decisão teve lugar no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 04 de abril de 2018, em que se rediscutiu a possibilidade ou não de execução antecipada da pena de prisão, sem o aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O Tribunal Supremo, por maioria apertada (seis votos a cinco), em longa sessão de julgamento – que se iniciou à tarde e findou no limiar da madrugada do dia seguinte –, reafirmou seu mais recente entendimento, denegando a ordem de soltura. Como consequência, três dias depois, em 07 de abril, o paciente foi recolhido à prisão na sede da Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Paraná, em Curitiba.

No presente texto, para além da fragilização do princípio da presunção de inocência – o que, por si só, já representa um grave problema –, vamos procurar entender outras questões que permeiam o debate. Para tanto, utilizar-se-ão como referências os principais argumentos levantados por alguns Ministros da Suprema Corte durante suas manifestações no julgamento do último *writ*, e que sustentaram suas decisões.

Desse modo, a análise a ser desenvolvida não possui um cunho de verticalização, de aprofundamento em torno dos fundamentos utilizados em cada um dos votos proferidos, *destrinchando-os* individualizadamente; no lugar disso, o texto propõe-se a trazer subsídios para uma reflexão mais horizontal e abrangente, desde

uma perspectiva crítica, pinçando os temas mais candentes que emergiram das discussões em Plenário, e que serviram de base aos votos denegatórios da liberdade.

2 ESTADO DE NATUREZA HERMENÊUTICO E JURISDIÇÃO PENAL DE EXCEÇÃO: SOBRE MUTAÇÕES E LITERALIDADES

Primeiramente, é interessante considerar que o *habeas corpus* do “Caso Lula”, embora a contundência dos debates travados entre os Ministros, e apesar de toda a repercussão midiática que recebeu, no Brasil e no exterior – em razão da figura pública do paciente - tratou de um processo singular, subjetivo, individual, de modo que a decisão não deve possuir eficácia *erga omnes*, mas tão somente *inter partes*.

Isto é, não houve a declaração de inconstitucionalidade de qualquer regra legal, nem pela via concentrada nem pela via difusa. Logo, o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal nesse processo não possui natureza vinculativa em relação aos demais membros do Poder Judiciário, que poderão, caso assim entendam, continuar a seguir o posicionamento até então predominante, no sentido da impossibilidade da execução antecipada da pena.

Tal posicionamento ecoa na doutrina desde o HC 126.292/SP, e também foi reproduzido em alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (2016), da lavra do Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, tal como na Apelação Criminal nº 70071520720, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO-CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LEGÍTIMA DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA [...] EXECUÇÃO PROVISÓRIA. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NOS AUTOS DO HC Nº 126.292. 3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena não possui efeito erga omnes, tendo em vista que foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. O texto é expresso em determinar que a presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda, nesse linde hermenêutico, tem-se que a ausência de efeito suspensivo não corresponde a trânsito em julgado, encontrando a assim chamada execução provisória da pena óbice na literalidade do texto constitucional. RECURSO IMPROVIDO. PEDIDO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA INDEFERIDO POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70071520720, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 14/12/2016)

Assim, a prisão de qualquer pessoa, excetuada a hipótese de flagrante delito ou de prisão temporária ou preventiva, segue ainda, em termos estritamente legais,

condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, já que não houve, pelo STF, declaração formal de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal, de modo que os demais juízes da República poderiam – ao menos em tese - continuar a interpretar e aplicar o dispositivo constitucional tal qual está estabelecido em sua redação original (FELDENS; POETA, 2016).

Uma ressalva, porém, deve ser feita. Sabe-se que os fundamentos contidos nas decisões do Supremo Tribunal Federal possuem enorme poder persuasivo sobre os demais profissionais do Direito, mesmo que, formalmente, não se atribua à decisão eficácia contra todos. Esse poder de influência tem sido potencializado em função da diversificação dos meios de comunicação, especialmente pela *internet* e pelas denominadas “redes sociais”, que têm possibilitado uma ampla divulgação das decisões dessa Corte, gerando repercussão instantânea em todo o país, mesmo que não se trate de processos de índole objetiva. A figura jurídica da “repercussão geral”² e o Código de Processo Civil de 2015, com suas novas diretrizes e seu exemplar artigo 927³, também apontam para isso.

Essa discussão tangencia o tema da “abstrativização do controle difuso” - também denominada de “objetivação” ou “dessubjetivação” do controle difuso -, que tem ganhado destaque na doutrina, sobretudo após o julgamento, pelo STF, do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP e da Reclamação nº 4.335/AC.

Conforme dito pelo então Ministro Teori Zavascki quando do julgamento dessa Reclamação, é forçoso reconhecer que, cada vez mais, as decisões tomadas pelo

2

Nesse ponto, em particular, é importante registrar que a discussão acerca da natureza dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal restou atenuada em face do reconhecimento da repercussão geral do tema, no bojo do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, julgado em 10 de novembro de 2016 pelo Plenário do STF, ocasião em que foi fixada a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (BRASIL, 2016).

3

“Art. 927. Os juízes e tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...] §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

STF revestem-se de uma “força expansiva”, mesmo quando tomadas em casos concretos, e independentemente da resolução do Senado Federal (prevista no artigo 52, inciso X, da CF) (FERRAZ, 2014). Portanto, ainda que sem a exclusão ou suspensão formal de determinada lei do ordenamento, as decisões do STF possuem uma forte capacidade de moldar as futuras decisões dos Tribunais e juizes do país, a partir da nova interpretação conferida por essa Corte⁴.

No caso específico que ora se discute, é possível dizer que tenha ocorrido uma “mutação constitucional”⁵, isto é, uma mudança *informal* do texto constitucional, pela via interpretativa, de modo análogo ao que foi realizado no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, que trataram das uniões estáveis homoafetivas.

O fenômeno da “mutação constitucional” é fortemente criticado por parcela da doutrina, já que, por esse meio, não haveria unicamente a atribuição de novo sentido ao texto, gerando uma nova “norma” (que é o produto da interpretação)⁶, mas sim, a substituição do texto constitucional originário por um novo texto ditado pelo STF, em total inobservância aos limites semânticos mínimos do texto constitucional, como se essa Corte fosse investida de um poder constituinte permanente (e ilegítimo)! (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007)⁷. Trata-se, na verdade, da própria reescrita da

4

Esclarece Marcelo Novelino (2010, p. 248) que, para os defensores da tese da abstrativização do controle difuso, “[...] a interpretação dada pelo STF possui especial relevância por ser ele o guardião da Constituição (CF, art. 102), a quem cabe dar a última palavra na interpretação das normas constitucionais. Intepretações divergentes acabam por enfraquecer a *força normativa* da Constituição”.

5

Sobre o conceito de *mutação constitucional*, explica Marcelo Novelino (2010, p. 154): “Diversamente da *emenda*, processo formal de alteração da Lei Fundamental (CF, art. 60), a *mutação* ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição sem alteração de seu texto. Altera-se o sentido da norma constitucional sem modificar as palavras que a expressa. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume constitucional ou pela via interpretativa”.

6

Segundo explicitam Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira (2013, p. 315), “[...] o conceito pós-positivista de norma jurídica não pode mais possuir acepção semântica, porque norma não pode ser confundida com o texto normativo. A norma somente surge na solução de caso jurídico, seja ele real ou fictício. Portanto, perante o paradigma pós-positivista do direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma [...]. Em suma, a norma não é nem está contida na lei (apesar de ela ser elemento importante para a formação da norma). Somente após a interpretação jurídica, destinada a solucionar caso concreto (real ou fictício), é que surge a norma jurídica”.

7

Constituição, e o que é mais grave, da reescrita de uma cláusula pétrea, em detrimento da proteção da pessoa humana.

Veja-se, pois, a gravidade da postura ativista assumida pelo Supremo Tribunal Federal, situação que Thiago Bottino (2016) aponta com clareza: ora, o Congresso Nacional não pode mudar a Constituição com a finalidade de abolir uma garantia fundamental. A própria Constituição proíbe isso (art. 60, §4º). Logo, o Congresso não poderia alterar o texto constitucional nessa parte para alcançar o resultado de punir alguém antes da decisão final. Mas será que o Supremo, que não foi legitimado pelo voto popular, poderia?

Em relação ao art. 5º, inciso LVII, da CF⁸, que trata da presunção de inocência, é interessante observar que, utilizando-se uma interpretação “literal” ou uma interpretação “sistemática”, a resposta seria a mesma, no sentido da impossibilidade da execução antecipada da pena. No entanto, pelo que se observa – e para manter a mesma nomenclatura dos referidos “métodos clássicos” de interpretação⁹ -, pode-se concluir que o STF se valeu de uma equivocada interpretação “teleológica”, para o fim de reduzir a “sensação de impunidade” e conferir maior “efetividade” ao processo penal, ao arpejo do texto constitucional e legal.

Desde a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, em 2012, quando se julgou constitucional a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (2012) já alertavam para os perigos da relativização do

Sobre a questão, agregamos, ainda, outra passagem da obra de Lenio Streck (2018a): “Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional numa democracia”.

8

“Art. 5º. [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

9

Sobre os métodos de interpretação, eis o que refere Dimitri Dimoulis (2010, p. 146): “Os principais instrumentos que possui o operador do direito para resolver os problemas de interpretação são os quatro métodos de interpretação, desenvolvidos pela doutrina e, geralmente, vinculados ao nome de Savigny: interpretação gramatical (textual ou literal); interpretação sistemática (lógica); teleologia subjetiva (histórica); teleologia objetiva”.

princípio da presunção de inocência, com o objetivo de atender aos clamores populares de moralização da política¹⁰.

Ainda que tal decisão, à época, tenha tido reflexos tão somente na esfera eleitoral, acabou abrindo caminho para que se relativizasse o conteúdo da presunção de inocência, chegando-se ao estágio que se tem hoje, em que também no campo processual penal a presunção de inocência se encontra solapada.

A diferença, porém, é que o princípio da moralidade administrativa, neste caso, tem sido substituído pela noção de “efetividade da persecução criminal” e pela “credibilidade do sistema de justiça penal”, o que atenderia ao denominado “princípio de proibição de proteção deficiente” ou “proibição de insuficiência”¹¹, que segundo os defensores, é uma vertente *positiva* do garantismo penal e do princípio da proporcionalidade, contraposta à “proibição de excesso” -, a fim de que se alcance um processo penal *eficiente*¹².

Ilustrativa, nesse sentido, é a observação de José Paulo Baltazar Junior, que explicitamente critica a decisão pretérita do STF no HC nº 84.078 – responsável pela virada jurisprudencial *a favor* da presunção de inocência -. Para ele (2010, p. 184),

10

A LC 145/2010 modificou parcialmente a Lei Complementar nº 64/90, ao acrescentar novas hipóteses de inelegibilidade de candidatos, contemplando a possibilidade de serem considerados inelegíveis os condenados por decisão transitada em julgado ou *proferida por órgão judicial colegiado*, independentemente do trânsito em julgado. Ao comentarem tal decisão, Streck e Oliveira observam que o argumento de que o direito social à moralidade administrativa deve se sobrepor ao direito individual à presunção de inocência não é o que melhor se adequa à prática político-jurídica brasileira. Isso porque, além de estar assentado na falsa ideia de colisão entre princípios, esse argumento revigora a perigosa tese de supremacia do coletivo sobre o individual, em voga nas primeiras décadas do século XX. Lembram os autores (2012, p. 89) que “[...] esse tipo de argumento estava presente em muitos elementos das ‘visões de mundo’ totalitárias que compuseram os anos de chumbo da primeira metade do século passado. Portanto, essa imposição *prima facie* de direitos sociais sobre direitos individuais constitui um gravíssimo risco à democracia, além de ser um atentado contra os direitos fundamentais”.

11

Para uma abordagem crítica a respeito da perspectiva de *vedação à proteção insuficiente*, conferir as obras de Fábio Luís Mariani de Souza (2011), Guilherme Merolli (2010) e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2015).

12

Criticando a noção de *eficientismo* impregnada no bojo do sistema penal, André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2010, p. 134-135) registram que a criminalização de estágios prévios ao início do delito, a criação de novos tipos penais, a supressão de garantias processuais e o processo de expansão do Direito Penal como um todo, é decorrência “[...] da noção de *eficiência* que se procura imprimir ao Direito Penal, como resposta eficaz ao descontrole da sociedade, mas que, na realidade, traduz-se no descontrole do Estado”.

esse julgado representou uma colisão entre o direito fundamental da presunção de inocência e o direito à segurança, que pressupõe “[...] uma persecução penal eficiente”. Ainda, o caso teria sido um exemplo de decisão “[...] *hipergarantista* que concede tal relevo ao direito fundamental do acusado, que anula os direitos fundamentais em jogo na constelação, nomeadamente aqueles da vítima e da sociedade”.

Trata-se do que se pode denominar de uma *jurisdição penal de exceção*, que por vias discricionárias e com fundo punitivo, vem subvertendo a legislação democraticamente instituída, e também, como no caso em comento, a própria Constituição Federal.

É correto afirmar que a Constituição é um texto, e como tal, também pode ser interpretada; porém, tal ideia não pode levar à conclusão de que seja livre a atribuição de sentidos, de que se possa atribuir qualquer norma a um texto, e que se possa dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa*, conforme alerta insistentemente o professor Lenio Streck (2013a). Existem, pois, limites ao processo interpretativo, sob pena de nós adentrarmos em um “estado de natureza hermenêutico”, em que o protagonismo do intérprete estabelece arbitrariamente os sentidos jurídicos (STRECK, 2013b).

A interpretação não é e não pode ser um mero *ato de vontade* (como afirmou Kelsen no Capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*)¹³, sob pena de a discricionariedade transformar juízes em legisladores, com a pretensa razão humana passando a ser a fonte iluminadora do significado de tudo (SANTOS JÚNIOR; STRECK, 2016).

13

Afirma Kelsen (2009, p. 394): “[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”.

O texto constitucional, corroborado pelos textos dos artigos 283¹⁴ e 674¹⁵ do Código de Processo Penal - bem como pelo artigo 105 da Lei de Execução Penal¹⁶, dentre tantos outros com redação semelhante -, não deixa margem para dúvidas, vaguezas ou ambiguidades. Ao contrário: a sua clareza e singeleza nos levam a questionar - mais uma vez com Lenio Streck (2018b) – *de que modo é possível fazer uma interpretação conforme à Constituição exatamente para dizer o que ela não diz!*

Em razão disso, tampouco se salva a corrente intermediária defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que entendem mais seguro aguardar-se o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, para que só depois se inicie a execução da pena. Isso porque o argumento de fundo, baseado na exigência do trânsito em julgado, permanece incólume. Ao que parece, ao seguir-se esse entendimento, apenas se estaria “transferindo” a inconstitucionalidade dos tribunais de segundo grau para o STJ¹⁷.

Veja-se que não se está aqui defendendo uma posição do tipo “*in claris cessat interpretatio*”. Afinal, a hermenêutica nos ensina que todo texto está sempre sujeito a ser interpretado, a todo momento. Porém, mais uma vez, o que se coloca em debate são os limites linguísticos de interpretação de um texto. Nesse sentido, alerta Jacinto

14

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

15

“Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.”

16

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

17

Em sentido semelhante, acerca da execução antecipada da pena após a decisão do STJ, o processualista Aury Lopes Jr. (2018) comenta: “A rigor, à luz do limite constitucional (trânsito em julgado), é incidir no mesmo erro de autorizar a prisão após a decisão de 2º grau. Não difere em nada, pois em nenhum dos dois casos há trânsito em julgado e ambas violam a presunção constitucional de inocência. Ademais, recordemos que a distinção entre questões de fato e questões de direito (em que pese a fragilidade ou mesmo impossibilidade dessa distinção) para demarcação do espaço recursal (recursos ordinários ou extraordinários) não influi em absolutamente nada na constituição conceitual do que seja trânsito em julgado. Enfim, mais parece uma decisão de política-processual, para consenso decisório, do que propriamente uma decisão jurídico-processual”.

Coutinho (2015) que *há um conteúdo na lei que não se pode ignorar* ⁻¹⁸, e no caso ora em análise, há um conteúdo na Constituição Federal (!) que não se pode ignorar.

Sobre a questão, André Karam Trindade (2016) elucida o pensamento de Umberto Eco, para quem a possibilidade de um mesmo texto comportar diversas interpretações, em razão de sua plurivocidade, não significa “[...] que desse mesmo texto se possa fazer qualquer interpretação. Algumas interpretações são manifestamente equivocadas, não podendo prevalecer por violarem a materialidade do próprio texto”.

Nesse sentido, a *superinterpretação* - o exagero e o excesso cometido pelo intérprete - seria uma leitura inadequada de um texto, caracterizada por uma imposição da vontade do leitor, que desrespeita a intenção do texto, ultrapassando seus limites semânticos e apoderando-se de seu sentido (TRINDADE, 2016).

Subverte-se, ainda, a própria noção de Estado de Direito, submetido às leis e à Constituição, tornando uma garantia individual da mais alta importância - a presunção de inocência - refém da interpretação de seis juizes (atingindo-se, assim, a maioria simples no Plenário do STF). Ora, tivessem os Ministros sido *la bouche de la loi*, ou, no caso, *la bouche de la Constitution*, e a presunção de inocência teria sido respeitada. Guardadas as devidas proporções, toda a razão, aqui, deveria ser dada a Montesquieu!

3 A FÓRMULA DA RELATIVIZAÇÃO: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENTRE NÚMEROS E COMPARAÇÕES

Outro importante argumento lançado para fundamentar a decisão baseia-se na ideia de que é nas instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, já que, no âmbito do STF e do STJ, só é possível discutir matéria de direito. Entretanto, alguns apontamentos podem ser feitos.

18

Jacinto Coutinho (2015) prossegue em sua lição apontando que “O espaço hermenêutico [...] permite ao intérprete uma construção normativa (dando um sentido ao texto: Gadamer, Zagrebelsky, Grau, Lenio, entre outros) compatível com a linguagem preceitual. Daí que, como parece primário, o que se delimita ao Poder Judiciário é a verificação da adequação possível, ou seja, se a norma criada pelo intérprete não escapa da regra e, assim, do raio de alcance da estrutura lingüística do enunciado, das suas palavras. Destarte, não pode - e não deve - o Poder Judiciário (porque abusivo, dado extrapolar suas atribuições), em reconhecendo como correta a adequação possível, impor outra, de sua lavra, quicá por a entender mais justa, ou por bondade, ou por capricho ou outro fundamento”.

Criticamente, sabe-se que fatos e regras jurídicas são inseparáveis e se entrelaçam, motivo por que qualquer dualismo entre matéria fática e jurídica não encontra justificativas no devido processo constitucional (GIACOMOLLI, 2008, p. 107). É inadequada a tentativa de cindir questão “de fato” e questão “de direito”, porque a compreensão e a interpretação se dão de forma global, unitária, ou, em outras palavras, numa fusão, numa síntese hermenêutica (STRECK, 2013a, p. 306).

Hipoteticamente, imaginemos uma situação em que se discute, em algum tribunal superior, a incidência ou não do princípio da insignificância em um delito de furto. Seria essa apenas uma questão “de direito”? Ou teriam que ser avaliados outros elementos, tais como a natureza da coisa subtraída, a sua quantidade, a condição econômica da vítima e as demais circunstâncias nas quais foi cometido o crime? Nesse caso, o julgamento permaneceria sendo apenas um exame de matéria “de direito”?

Tal dicotomia revela-se, pois, uma ilusão, uma impossibilidade¹⁹, e é mais um motivo pelo qual a presunção de inocência deveria ser preservada integralmente até a última decisão, em conformidade ao comando constitucional. De outro lado, cabe ainda referir que as tentativas de justificação da decisão do STF baseadas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou em outros diplomas internacionais são igualmente questionáveis.

A própria jurisprudência do STF, assentada no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, considera que a Constituição da República tem posição prevalecente sobre as normas internacionais de direitos humanos que não foram incorporadas ao ordenamento interno segundo o rito estabelecido pelo §3º do art. 5 da CF, pelo que se mostra injustificável qualquer tentativa de “contornar” o texto constitucional a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de tratados correlatos

19

Também a respeito da inseparabilidade entre questão de fato e questão de direito, temos a lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva (2007, p. 160): “Com efeito, ao ‘qualificar’ os fatos, a atividade do tribunal torna-se uma operação jurídica. De resto, a própria separação entre a apreensão dos fatos, em sua pura materialidade, já seria uma tarefa impossível. A compreensão de qualquer texto ou problema jurídico não pressupõe e nem pode contar com uma atividade prévia de pura ‘constatação’ dos fatos, em sua materialidade. É impossível apreender o fato, no momento da ‘compreensão-aplicação’ da norma, separadamente do respectivo direito. O ‘fato’ é, em si mesmo, um conceito hermenêutico, a exigir interpretação”.

(tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos ou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos).

E mesmo que se considerasse que as regras dos tratados internacionais de direitos humanos fossem materialmente equivalentes às normas constitucionais (por força do art. 5º, §2º, da CF), ainda seria o caso de preservar o texto constitucional, com base no princípio *pro homine* (ou *pro persona*), que privilegia a adoção da norma mais favorável ao indivíduo²⁰.

Isso porque, embora o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8.2²¹, possa ser considerado mais “aberto” ou “maleável”, por não fazer alusão a “trânsito em julgado” ou a “decisão definitiva” (o que poderia dar respaldo ao entendimento definido pelo STF), não se pode argumentar somente com base na Convenção, desconsiderando a redação da Constituição brasileira, que é muito clara e específica ao exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa, aliás, é a tendência que se observa quando cotejados diplomas nacionais e internacionais: frequentemente, o regramento doméstico é mais protetivo, específico e detalhado em relação aos tratados internacionais de direitos humanos²².

Em linha semelhante, foi constante no julgamento a referência às Constituições de outros países, que teriam critérios menos rígidos para a definição do trânsito em julgado. De igual modo, porém, inexistiu dificuldade na desconstrução de tal

20

Conforme esclarece André de Carvalho Ramos (2017), o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo defende a escolha, “[...] no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais *benéfica* ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo”.

21

“Artigo 8. Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

22

Sobre o ponto, é precisa a observação de Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Lazari (2015, p.292): “[...] enquanto for possível algum recurso, a presunção do acusado é de inocência. Interessante notar que, neste aspecto, a proteção interna parece ser mais abrangente que sua equivalente internacional. Seguindo-se a tônica dos dispositivos internacionais acima colacionados, a presunção de inocência atrela-se à prova da culpa, sem, contudo, exigir o trânsito em julgado de sentença condenatória que ateste isso. Com efeito, se trata de um típico caso em que a previsão interna deve prevalecer sobre aquela exógena”.

raciocínio. O próprio Ministro Gilmar Mendes, em sua conhecida obra de Direito Constitucional, escrita com Paulo Gustavo Gonet Branco (2017), esclarece que também outros países, tais como Itália e Portugal, além de outros países de língua portuguesa, como Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste, asseguram em suas Constituições a presunção de inocência aos acusados até a prolação da condenação definitiva, o que tão somente reforça a compreensão de que a Lei Maior brasileira possui uma intenção e uma objetividade claras, na direção do reforço dos direitos e garantias fundamentais.

Logo, é evidente a fragilidade das justificativas de posicionamento baseadas em comparação legislativa e constitucional, que parecem ser utilizados tão somente como um recurso persuasivo, sem qualquer força normativa.

Por fim, além dos argumentos acima delineados, recentemente, divulgaram-se nos meios de comunicação os resultados de levantamento estatístico realizado pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça, que tomou por base decisões monocráticas e colegiadas das Turmas de Direito Criminal do STJ (5ª e 6ª), nas classes processuais “recurso especial” e “agravo em recurso especial”, no período de 01/09/2015 a 31/08/2017.

Essa pesquisa, muito comentada, foi expressamente referida pelo Ministro Luís Roberto Barroso²³ durante a prolação de seu voto, e serviu como reforço argumentativo no sentido de que as Cortes Superiores pouco decidem favoravelmente aos acusados.

Quanto aos números, das 68.944 (sessenta e oito mil, novecentos e quarenta e quatro) decisões levantadas, a defesa (representada tanto por advogados como por defensores públicos) obteve resultado favorável ou parcialmente favorável em 14,10% delas, o que corresponde a 9.725 decisões. Os resultados, dentre outros aspectos, apontam que 0,62% das decisões levaram a uma absolvição; 1,02%, à substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos; e 4,57%, à alteração de regime prisional (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

23

Para uma análise minuciosa do voto do Ministro Barroso, conferir o artigo de Andrei Zenkner Schmidt e Guilherme Boaro (2018).

Embora a pesquisa possa sugerir o acerto da posição majoritária que prevaleceu no STF, pode-se pensar por outro ângulo: ainda que numericamente menores, os recursos interpostos perante os Tribunais Superiores permitem aos réus alcançarem uma situação jurídica mais favorável, ainda que não haja reexame fático-probatório. Logo, há sim a possibilidade de que *alguém*, antes declarado *culpado*, seja declarado *inocente*. E conforme nos diz Paulo César Busato (2016), *parece óbvio que uma pena só se executa frente a um culpado*. E não se pode afirmar que, pendentes recursos que podem resultar em absolvição, alguém possa ser tratado como culpado!

No mínimo, há que se pensar também que, para além das absolvições, muitos condenados, ao recorrerem, podem ver reconhecido o seu direito à substituição da pena privativa de liberdade, ou ainda, a alteração de regime do fechado para o semiaberto ou aberto, situações nas quais a execução provisória da pena em ambiente prisional certamente representaria constrangimento ilegal decorrente da *ansiedade punitiva*.

Ademais, a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LVII, afirma categoricamente que *ninguém* será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isto é: *ninguém* não significa *alguns* ou *poucos*, ou 0,62%, como apontou a pesquisa; *ninguém* significa *nenhum* cidadão, sem exceções.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a tese vencedora no Supremo Tribunal Federal tenha gerado pessimismo e revolta em boa parte dos juristas brasileiros – bem como aplausos e comemorações para tantos outros –, pensamos que esse caso pode ser visto a partir de um enfoque mais prospectivo e, talvez, menos descrente. Isso porque resta ainda pendente de julgamento o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, relacionadas ao tema²⁴.

24

Até o início do mês de setembro de 2018, data da revisão final deste trabalho, não havia data designada para o julgamento das ADCs.

Assim, espera-se que a decisão tomada pelo STF possa, ao menos, gerar mais debates na comunidade jurídica – como já vem fazendo –, não somente sobre o conteúdo do princípio da presunção de inocência e sobre a crescente tendência punitiva dos atores jurídicos, mas também sobre os limites interpretativos da jurisdição constitucional e o papel contramajoritário a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

Sobre isso, aliás, mais parece que a Suprema Corte, ao invés de conferir máxima efetividade aos dispositivos constitucionais e à proteção da pessoa humana, tem decidido, por meio de uma *superinterpretação*, dar eficácia meramente parcial a tão relevante princípio – o da presunção de inocência –, como se um *direito fundamental* de tamanha relevância histórica e civilizatória pudesse valer *só até a segunda instância*, soçobrando em favor de um mandado de prisão expedido... “a jato”!

5 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOTTINO, Thiago. Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena. **Jota**, Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016.

BUSATO, Paulo César. O que não se disse sobre o STF, o HC 126.292 e a antecipação da execução da pena. **GEN Jurídico**, São Paulo, 01 de março de 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/01/o-que-nao-se-disse-sobre-o-stf-o-hc-126-292-e-a-antecipacao-da-execucao-de-pena/>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Hermenêutica e Paz Dogmática. Empório do Direito**, Florianópolis, 30 de abril de 2015. Disponível em:

<<http://emporiiododireito.com.br/leitura/hermeneutica-e-paz-dogmatica>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FELDENS, Luciano; POETA, Débora. Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

FERRAZ, Taís Schilling. Efeitos das Decisões do STF em Controle Difuso de Constitucionalidade: comentários ao julgamento da Reclamação nº 4.335/AC. **Revista da Ajuris**, v. 41, n. 135, setembro 2014.

GARCIA, Bruna Pinotti; DE LAZARI, Rafael. **Manual de Direitos Humanos**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR, Aury. **Execução antecipada após a decisão do STJ?** Menlo Park: Facebook, 04 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.facebook.com/aurylopesjr>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 70071520720**, Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; BOARO, Guilherme. Uma lupa no voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752 (parte 1). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 de

abril de 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/opinio-lupa-voto-barroso-hc-152752-parte>>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Questão de fato” em recurso extraordinário. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo Rocha (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 147-164.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

_____. E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 08 de março de 2018b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinio-publica-fose-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____; SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Vontade de poder versus normatividade: o que o nazismo nos ensina? 24 de fevereiro de 2016. **Empório do Direito**, Florianópolis, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/vontade-de-poder-versus-normatividade-o-que-o-nazismo-nos-ensina-por-rosivaldo-toscano-dos-santos-junior-e-lenio-luiz-streck/>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Absolvição de réus condenados em segunda instância é de 0,62% no STJ**. Brasília, 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao%3%A7%3%A3o/noticias/Not%3ADcias/Absolvi%3%A7%3%A3o-de-r%3%A9us-condenados-em-segunda-inst%3%A2ncia-%3%A9-de-0,62%25-no-STJ>. Acesso em 15 de março de 2018.

TRINDADE, André Karam. Umberto Eco e o desrespeito ao texto nas superinterpretações do Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/umberto-eco-desrespeito-texto-superinterpretacoes-stf>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REMIÇÃO DA PENA COMO FORMA DE INDENIZAÇÃO AO TRATAMENTO DEGRADANTE

Julian Dias Guatimozim¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Humanidade das Penas, esclarecendo a relevância destes princípios de acordo com as diretrizes internacionais e com o ordenamento jurídico brasileiro. No desenvolvimento, serão apontadas as normativas para o tratamento do indivíduo preso e a obrigação do Estado de promover os Direitos Humanos em fase de execução penal, trazendo, inclusive, críticas sobre a situação atual dos mecanismos judiciários. Por fim, serão demonstradas as formas existentes de remição de pena, bem como será analisada a possibilidade de uma nova modalidade de remir os dias, desta vez como forma de indenização pelo tratamento degradante durante o cumprimento das penas - situação que faz parte da realidade da execução penal brasileira -.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Tratamento do indivíduo preso. Remição da pena. Indenização.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Dignidade da Pessoa Humana e a Humanidade das Penas. 3 As Diretrizes Internacionais para o Tratamento do Indivíduo Preso e a obrigação estatal de promoção dos Direitos Humanos na Execução Penal. 4 A Remição da pena. 4.1 A possibilidade de remição como forma de indenização ao tratamento degradante. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisa o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Humanidade das Penas, ressaltando a importância de cada um deles em âmbito internacional e, conseqüentemente, na esfera do Direito Constitucional brasileiro.

O trabalho também demonstrará a obrigação por parte do Estado em aplicar e fazer com que se cumpram as linhas norteadoras da Dignidade Humana e, em se

1

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito pela UniRitter Laureat International Universities. Pós-graduado em Direito e Processo Penal com ênfase na Segurança Pública pela UniRitter Laureat International Universities. Membro da Comissão Permanente de Estudos de Direito Penal no Canal Ciências Criminais. Advogado.

tratando de sistema penal, não há a mínima possibilidade ou respaldo em se fazer diferente. Como bem sabemos, o Estado, ao tomar para si o poder de punir de forma exclusiva, assume - por óbvio - o dever de cuidado para com os indivíduos que estejam sob sua tutela.

Partindo da ideia de que os direitos humanos jamais devem ser reduzidos ao domínio estatal, restarão demonstradas diversas fontes internacionais de direitos relacionados ao indivíduo preso, fontes que surgiram como diretrizes para o tratamento de quem se encontra sob a tutela estatal, privado de sua liberdade.

Dentre elas estão a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura etc., restando demonstrado que o indivíduo tem seus direitos garantidos onde ele estiver, independente de raça, cor, religião ou até mesmo nacionalidade.

Indo além, a pesquisa visa demonstrar o instituto da remição da pena, conceituando o benefício e também apontando quais as possibilidades de remição previstas em nosso ordenamento jurídico e aplicadas na rotina da execução penal.

Na sequência, é também objetivo da pesquisa analisar, através do método hipotético-dedutivo, o qual se utiliza da lógica e da experimentação para chegar ao conhecimento, se há outras possíveis hipóteses de remição da pena, como por exemplo, a remição pelo período suportado em situação de tratamento cruel e degradante, diante da atual situação dos estabelecimentos prisionais e a omissão estatal, trazendo decisões sobre o tema.

Em relação ao benefício da remição como forma de indenização, temos uma conhecida problemática que paira sobre o cotidiano de quem trabalha direta ou indiretamente com a população carcerária: a interdição do estabelecimento que não apresenta condições dignas de estrutura e a falta de vagas e superlotação carcerária.

Ocorre que seguidamente surgem discursos no sentido de apontar e corrigir a situação degradante dos estabelecimentos, assim como acontecem vitórias em com o intuito – pelo menos em tese – de verificar as condições em que os mesmos se encontram.

Mas o que de fato acontece é que a correção, na grande maioria das vezes, não se concretiza. Por mais que prédios tenham sido erguidos e visitas tenham sido

feitas de forma frequente, temos no cotidiano uma situação desequilibrada que o próprio Estado confirma, através de mecanismos como o Conselho Nacional de Justiça e o Infopen, que o sistema carcerário brasileiro está em estado alarmante.

Fácil é sustentar a ideia de que se o estabelecimento prisional não oferece condições dignas ao indivíduo, bem como não oferece garantia de que o mesmo irá cumprir sua pena sem ter riscos de vida, ele deve ser imediatamente interditado e os presos que lá se encontram devem ser transferidos.

Mas, na realidade rotineira, o que de fato acontece? Vemos estabelecimentos fechando as portas por estar com trinta pessoas em uma cela? Por faltar alimentação ou produtos de higiene? Na maioria das vezes, não. O que vemos são apenas discursos e promessas. Apenas reflexões que partem de pessoas que nem ao menos possuem ligação com a parte esquecida - e que está perecendo - da sociedade.

O que ocorre na verdade é que nos dias de hoje há sim estabelecimentos em condições degradantes e que não estão interditados. Há sim pessoas que cumpriram suas penas em condições desumanas e nada receberam em troca por terem suportado tais situações. Cabe frisar que a culpa não é de quem cometeu o delito e está cumprindo sua pena, mas é do Estado que quer (e consegue) punir e não oferece condições para isso.

Como grande e conhecido exemplo gaúcho, temos a Cadeia Pública de Porto Alegre, esta que no mês de Agosto de 2018 apresenta uma capacidade de engenharia para 1.824 presos e abriga 4.386, conforme dados da própria SUSEPE. Ou seja, não estamos enxergando um estabelecimento interditado e é impossível acreditar que há uma segregação em coadunação com a dignidade humana.

É pensando exatamente nisso que surge a ideia de uma nova possibilidade, a ser prestada de forma imediata e eficaz a quem suporta os distúrbios do cárcere, pois após o cumprimento de pena, pouco adiantaria oferecer uma quantia em dinheiro ao sujeito, aliás, improvável que o Estado alcançasse algum valor digno de forma voluntária a quem tivesse reconhecido esse direito.

Então, utilizando a já aplicada fórmula de remição de pena em escala de trabalho (3x1), surge a intenção de não depender de alguma quantia em dinheiro, mas sim com o simples reconhecimento das condições degradantes do estabelecimento, o indivíduo segregado ser beneficiado com a redução de sua pena, conforme escala já mencionada e prevista em lei.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HUMANIDADE DAS PENAS

A Dignidade da Pessoa Humana faz parte do princípio geral dos Direitos Humanos, este que se encontra constituído nos direitos de personalidade e nos direitos da coletividade. Em sendo assim, a Dignidade não permite qualquer tipo de discriminação e degradação do ser humano.

Diante de tamanha importância conferida, bem como da não flexibilização da Dignidade, percebemos que há um valor em si mesmo e é dever do Estado garantir as condições mínimas de existência, propiciando então aos indivíduos uma vida digna².

No esclarecimento de Ingo Sarlet³, quando não tivermos respeito pela vida e pela integridade física do indivíduo e onde as condições mínimas para uma existência digna não forem resguardadas, bem como sua igualdade relativamente aos demais indivíduos não for assegurada e não houver limitação do poder, não poderemos falar em dignidade, restando o indivíduo a ser qualificado como mero objeto de arbítrio e injustiças.

Quando o texto constitucional proclama a dignidade, está consagrando a justiça social. Seu acatamento representa a vitória sobre a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a ter efeitos no ventre materno, perdurando até a morte e sendo inata ao homem⁴.

Em nosso ordenamento jurídico está destacada a importância dos direitos fundamentais, pois em primeiro lugar no texto constitucional estão elencados o cidadão e suas garantias. Mesmo reconhecendo que a isonomia serve para proporcionar o equilíbrio, ela visa concretizar o direito à dignidade, norteando os fundamentos de um Estado democrático de direitos⁵.

2

Castilho, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.137

3

Sarlet, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.104

4

Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.512

5

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é de tamanha importância que o legislador o colocou já no artigo primeiro de nossa Constituição Federal. Vejamos: 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;

A consequência da consagração da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição brasileira é o reconhecimento da pessoa como objetivo supremo, e não o contrário. Ou seja, em uma relação entre indivíduo e Estado, deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano⁶.

Analisando o artigo 1º de nossa Constituição, veremos a preocupação que nosso legislador teve em destacar de forma expressa a garantia da Dignidade Humana, de modo à sempre prevalecer os direitos do indivíduo e não o oposto.

A observância deste princípio é, pois, obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, devido à força que possui. Deste modo, a dignidade é o “carro-chefe” dos direitos na Constituição de 1988⁷, de forma a sempre condicionar a atividade do intérprete.

Nas palavras de Sarlet⁸, a dignidade humana atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca ligação entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais expressam parcelas de conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentro de diversas consequências da consagração da dignidade da pessoa humana em nossa Constituição Federal, existe a de que há um reconhecimento de que a pessoa não é um mero objeto da ordem jurídica, mas sim exatamente o contrário, pois a ordem jurídica é que deve reconhecer a pessoa como valor

Nunes, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.p.59

6

Novelino, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2012.p.380

7

Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.512

8

Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.543

supremo, sendo que o Estado existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado⁹.

O ordenamento não confere a dignidade, mas tem o dever de respeitar, proteger e promover esse valor. No campo do respeito, temos o impedimento da realização de qualquer ato que possa prejudicar a dignidade, de maneira que o Estado atua na forma de abster-se.

No campo da proteção, temos a obrigação por parte do Estado de valer-se de uma ação para a proteção da dignidade, de maneira a impedir qualquer tipo de violação. No campo da promoção, temos a obrigatoriedade do Estado promover condições para uma vida digna, de modo a conseguir alcançar seus objetivos sem nenhum tipo de violação¹⁰.

Conforme será explicitado, Ingo Sarlet¹¹ classifica algumas das “possíveis relevantes” dimensões da dignidade da pessoa humana, com o intuito de alcançar uma compreensão abrangente do conceito para a ordem jurídica.

Na dimensão ontológica (dimensão do ser enquanto ser), mas não necessariamente natural da dignidade, significa que o reconhecimento do valor próprio de cada pessoa não resulta que há uma biologização da dignidade. Ou seja, cada indivíduo possui seu valor próprio, porém, não é de forma natural, como o próprio autor exemplifica: “como a cor dos olhos ou dos cabelos”, mas sim está ligada à condição humana.

Na dimensão intersubjetiva comunicativa e relacional da dignidade como o reconhecimento pelos outros, não há como desconsiderar a ligação social de todas as pessoas, implicando em uma obrigação geral de respeito pela pessoa, de modo a todos receberem o mesmo tratamento e respeito por parte do Estado e da comunidade. Sendo assim, a dignidade encontra-se vinculada às relações humanas.

A dignidade como limite e como tarefa dos poderes estatais significa que há uma condição dúplici

9

Novelino, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2012.p.380

10

Ibidem, p.381

11

Sarlet, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 9. Disponível em: www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em abril de 2017

impossibilidade de a pessoa ser reduzida a mero objeto, existe também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais contra atos que a violem ou a exponham a grave ameaça.

Em sendo assim, percebemos a obrigação por parte do Estado em se fazer aplicar e cumprir as linhas norteadoras da Dignidade Humana e, em se tratando de sistema penal, não há a mínima possibilidade ou respaldo em se fazer diferente. Pelo contrário, o Estado ao tomar para si o poder de punir, única e exclusivamente, assume também o dever de proteção.

Afinal, incompatível seria a lógica de que o Estado intervém para acabar com as relações de vingança e castigo – pois chama para si o direito de punir – quando o mesmo não considera direitos fundamentais que ele próprio elenca como princípio norteador de seu estado democrático de direito.

Ademais, como bem demonstrado em sua obra sobre Direitos Humanos na Execução Penal¹², Mariana Cappellari sustenta que a Constituição Federal é o fundamento de validade do exercício do poder de punir estatal e, conseqüentemente, a sua própria limitação. Ou seja, como dito anteriormente, há uma dupla função - direito/obrigação - para que haja um equilíbrio.

Essa dupla função abrange o sistema penal e, logicamente, a execução penal, esta que é tema principal deste trabalho e que mais adiante veremos diversas considerações a respeito, inclusive decisões de nossos tribunais quando o assunto é a concessão de benefícios.

Com relação à Humanidade das Penas, adotando o Estado este princípio, significa que o mesmo, quando utilizar-se de suas ferramentas do Direito Penal, deve basear-se na Humanidade.

Ou seja, o Estado deve garantir o “bem-estar” do indivíduo preso, no sentido de que deva proporcionar condições salubres e dignas, respeitando a integridade física e moral, até por que uma das funções da pena é a ressocialização do apenado, de maneira que não há como enxergar a ressocialização a partir do momento em que não se consegue garantir as condições mínimas no encarceramento.

12

Cappellari, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução penal e o Papel Da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.p.79

Neste sentido, temos o posicionamento do Tribunal de Justiça do RS, que decidiu por visar à tutela da saúde do apenado, quando este era portador de doença grave e as condições da penitenciária não poderiam proporcionar o tratamento devido¹³.

O desembargador relator, em seu voto, expõe que a dignidade humana e a humanidade das penas, quando estiver em juízo de ponderação com as restrições da legislação, devem prevalecer. Ou seja, não basta a legislação restringir medidas e impor apenas mecanismos na letra da lei, sem analisar o caso concreto.

Mesmo que a regra seja a não concessão de um benefício a determinado indivíduo pelo cometimento de um crime especial, há de se analisar a concretude de cada caso, buscando uma adequação aos princípios norteadores de um estado de direitos.

A decisão referenciada mostra claramente a aplicação e prevalência da humanidade das penas, pois foi concedido o indulto humanitário a um condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, demonstrando que o Estado precisa visar e garantir a saúde do apenado, pois restou provada a sua enfermidade grave e a falta de condições por parte do estabelecimento prisional em promover os tratamentos necessários, prevalecendo a humanidade.

Analisando a vedação de penas cruéis, tratamento desumano ou degradante, cabe pensar se as condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros, no estado em que estão (superlotação, falta de higiene e completo abandono), já não estariam configurando crueldade e tratamento desumano.

Pois, diga-se de passagem, não há como se falar em cumprimento de normas humanitárias enquanto restarem mantidas tais condições. Acerca das condições dos estabelecimentos prisionais, Nucci afirma que não é segredo a situação carcerária brasileira, onde não há qualquer salubridade, caracterizando então uma autêntica crueldade¹⁴.

O princípio da humanização da pena, que sem dúvidas é um dos mais importantes princípios aplicáveis à execução penal e que além de ter previsão em

13

Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração nº 70059433151**. Relator: Des. Jayme Weingasthner Neto. Terceira Câmara Criminal. 21 de agosto de 2014

14

Nucci, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.41

âmbito internacional (como veremos mais adiante), também se encontra positivado em nossa Constituição Federal e em Lei específica¹⁵, prevendo punição para crimes de tortura, baseando-se nas diretrizes de tratamentos mínimos aos indivíduos presos, assegurando - lhes suas devidas garantias.

A concepção de humanização teve notória influencia pelo mundo, onde foi utilizada com maior valor na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada na Assembleia Geral da ONU¹⁶, mais precisamente em seu artigo 5º que explicita: ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante¹⁷.

Desde então os textos pró-humanização só aumentaram. Em nossa Constituição Federal de 1988, temos a consagração da humanização das penas nos Incisos XLIX e L do artigo 5º, que assegura o respeito à integridade física e moral dos presos¹⁸. Além disso, no Inciso XLVII do mesmo artigo, temos a vedação de penas cruéis¹⁹.

Nilo Batista já esclareceu que o princípio da humanidade, que postula da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo da danosidade social²⁰.

15

BRASIL. Lei 9.455/97. Art. 1º, §1º - Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio de ato não previsto em Lei ou não resultante de medida legal.

16

Centro de Informações das Nações Unidas. Disponível em: <http://unicrio.org.br/conheca-a-onu/>. Acesso em: 10de abril de 2017

17

Declaração Universal de Direitos Humanos. Artigo 5º

18

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Art. 5º, XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

19

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Art. 5º, XLVII – Não haverá penas: [...]. e) cruéis;

20

Batista, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.p.100.

No que tange a aplicação do princípio da humanidade das penas, temos a obrigatoriedade do tratamento da pessoa como pessoa, ficando clara a proibição do tratamento desumano ou degradante, pois através da explicação de Gustavo Noronha de Ávila e Dinéia Anziliero²¹, percebemos que mesmo que o indivíduo tenha praticado um delito, a pena não poderá ser infamante ou cruel.

Em outras palavras, temos o esclarecimento de que mesmo o Estado podendo encarcerar uma pessoa, jamais poderá tirar sua dignidade. Imaginemos a situação de um indivíduo cometer um desvio de conduta que esteja prevista em nosso código penal, este, então, perderá sua liberdade e acabará dentro de um estabelecimento prisional, o que conseqüentemente já gera uma perda de dignidade.

Agora, pensemos no mesmo indivíduo dentro do estabelecimento prisional passando por dificuldades na alimentação, higiene, assistência médica, orientação para ser reinserido à sociedade e, também, correndo sérios riscos à sua integridade física. Pois bem, essa é a atual situação de nosso sistema prisional.

Seguindo na mesma linha de raciocínio, quando uma sanção penal atingir a moral ou o psicológico de um condenado, essa se torna inconstitucional²², pois o princípio da humanidade é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, além de ser pano de fundo de todos os demais princípios penais²³.

Deste modo, não poderia ser diferente, pois a Humanidade das Penas trata de impor a proibição de qualquer tipo de sanção que atinja a dignidade da pessoa humana. Ou seja, qualquer tipo de sanção que cause sofrimentos físicos ou psicológicos, inclusive nos interrogatórios policiais²⁴.

Indo além, o princípio da humanidade garante condições dignas dentro de um estabelecimento carcerário, ficando o Estado obrigado a proporcionar tais

21

Ávila, Gustavo Noronha De; Anziliero, Dinéia Largo. **Princípios Limitadores do Direito Penal: Garantias Para a Liberdade do Indivíduo**. In: Rudnicki, Dani. (org.). Sistema Penal e Direitos Humanos: (im) possíveis Interloquções. Porto Alegre: Uniritter, 2012.p.37

22

Merolli, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.p.378

23

Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.31

24

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.118

condições, pois caso contrário, o Estado (que detém o poder de manutenção de tais estabelecimentos) estaria violando a Humanidade da pena e violando a dignidade da pessoa humana.

Após os posicionamentos e comentários, fica lógica a concepção de que tudo relacionado ao indivíduo deve nortear-se no princípio da dignidade humana, bem como tudo que for referente a indivíduos presos também deve ser baseado na humanização da pena.

Paganella²⁵ também ressalta a importância do sentido de humanidade, afirmando que o contrário negaria os avanços da civilização, pois sem a humanidade, as penas voltarão a ser o mal contra o crime, restando desprovidas de finalidades construtivas e integradoras.

Em outras palavras, podemos entender que se não nos revestirmos da humanidade – inclusive a das penas –, estaremos regredindo ao estado de vingança e barbáries, onde utilizávamos o sistema penal para infligir a dor e impor o castigo, ideia esta que já fora superada, restando comprovada sua total ineficácia.

Importante salientar que o sofrimento psicológico causado pelas condições carcerárias sem dúvida alguma está englobado na vedação imposta pelo princípio da humanidade, não sendo, então, garantia limitada às consequências físicas.

O pensamento deveria ser simples: todo indivíduo que comete um ato ilícito e é selecionado pelo sistema penal, voltará, mais cedo ou mais tarde – visto que no Brasil não há penas de caráter perpétuo - para o convívio em sociedade.

Em sendo assim, não podemos, jamais, legitimar a situação dos estabelecimentos prisionais sob discursos de ódio ou de qualquer outra espécie, pois, na realidade, se legitimarmos e clamarmos pela criação de um monstro, este retornará para o convívio de seus criadores.

3 AS DIRETRIZES INTERNACIONAIS PARA O TRATAMENTO DO INDIVÍDUO PRESO E A OBRIGAÇÃO ESTATAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EXECUÇÃO PENAL

Partindo da premissa de que os direitos humanos e a humanidade não devem ser reduzidos ao domínio estatal, ou seja, ficarem adstritos apenas ao país em que

25

Boschi, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.49

se encontra o indivíduo - pois essa ideia abriria espaço pra imposição de limites e até mesmo ingerências por parte de tal Nação -, a internacionalização dos direitos humanos fortalece a ideia, considerando então que o tema não é apenas de interesse em âmbito regional²⁶.

Deste modo, percebe-se que o indivíduo tem seus direitos garantidos em qualquer lugar, não restando vinculado à alguma nação ou Estado, tendo proteção em âmbito internacional, pois, como veremos adiante, tal proteção independe de acordo, é indisponível e há uma obrigação internacional de promoção e respeito aos direitos humanos.

Em âmbito internacional, começaremos com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, esta que foi adotada e proclamada em 1948. Tão logo que se inicia a Declaração, de forma preambular, temos o esclarecimento de que a dignidade é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, bem como o desprezo e o desconhecimento levou o homem ao cometimento de atos de barbárie²⁷.

Ainda, a mesma Declaração de direitos - dessa vez em seu artigo 5º -, expõe que ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Neste artigo temos o sentido precursor de vedação ao tratamento cruel que impõe nossa Constituição Federal de 1988, que também se encontra no artigo 5º.

Em continuidade, temos as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU²⁸, esta que foi adotada em 1955, pretende estabelecer os princípios e regras de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento de reclusos. Em seus princípios há diversas orientações, tais como o fornecimento de alimentação com valor nutritivo, água potável, acesso ao atendimento médico e demais assistências.

26

Cappellari, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.p.62

27

Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>. Acesso: 17/04/2017

28

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. 1955. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>. Acesso em: 17/04/2017

Já no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁹, que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e que foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro em 1991, tem a imposição expressa de que não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

No ano de 1969, temos a assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁰, onde reafirma e reconhece diversos direitos inerentes aos seres humanos, não deixando espaço para a ideia de qualquer vinculação com algum Estado, mas tão somente o fato de ser pessoa humana. Em outras palavras, não há espaço para alegações de que no Estado X, o indivíduo que dele advém, terá de submeter-se a um sistema degradante.

Em seu artigo 5º, estão as concepções de que toda pessoa tem direito a integridade física e psíquica, de que a pena não poderá passar da pessoa do condenado e de que as penas privativas de liberdade devem visar a reforma e a readaptação dos condenados. Então, diante das orientações, não há dúvidas de que não há margens para o tratamento degradante, independentemente se o indivíduo perdeu a sua liberdade, ou não.

Importante também é o Conjunto de Princípios para Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, que fora realizado na década de 1980, onde em seu Princípio 1º já estabelece que a pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade inerente ao ser humano.

Não obstante, no Princípio de número 5, há o esclarecimento de que os princípios aplicam-se a quaisquer pessoas, independente de raça, cor, nacionalidade ou qualquer outra situação³¹, não devendo então sofrer nenhum tipo de constrangimento ou intervenção quando o assunto são direitos humanos.

29

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 1966/1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 17/04/2017

30

Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17/04/2017

31

Além disso, ainda temos os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos³², onde fora criada levando em consideração as imensas dificuldades existentes em relação à aplicação de tratamento mínimo aos apenados. Com o objetivo de reafirmar direitos básicos como segurança, respeito à integridade, convicções religiosas, bem como abolição do regime de isolamento.

Outra consideração relevante é o reconhecimento de que mesmo o Estado tendo que proteger a sociedade da criminalidade – neste ponto entendemos que é através das prisões –, não poderá esquivar-se do equilíbrio, pois em contrapartida há outros objetivos sociais – onde desta vez há responsabilidade de promoção de bem-estar e desenvolvimento de todos da mesma sociedade –.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, visto que ainda há inúmeras proteções que se desenvolvem com o decorrer das gerações, mas tão somente com o objetivo de finalizar o capítulo, ainda há de ser considerada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura³³.

A presente Convenção, que foi promulgada pelo Brasil em 1989, esclarece que qualquer ato desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação aos princípios estabelecidos na Convenção, ou seja, se o Estado praticar um ato que viole os princípios, conseqüentemente estará negando as diretrizes realizadas em prol dos direitos humanos.

Em sendo assim, diante de diversas diretrizes internacionais inerentes ao indivíduo que se encontra sob poder estatal e perdeu a sua liberdade, temos a clara e objetiva proteção de todos os direitos que se relacionam com a dignidade humana, sendo diretrizes básicas, ou seja, quando o Estado toma para si o poder de punir,

Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. Princípio 5: Os presentes princípios aplicam-se a todas as pessoas que se encontrem no território de um determinado Estado, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicções religiosas, opiniões políticas outras, origem nacional, étnica ou social, fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>. Acesso em: 17/04/2017

32

Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/PrincBasTratRec.html>. Acesso em: 17/04/2017

33

Brasil. Decreto nº 98.386. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm. Acesso em: 17/04/2017

este deve aplicar e fazer com que sejam respeitadas, sob pena de descumprimento e negação internacional e, conseqüentemente, cometimento de ato ilícito³⁴.

4 A REMIÇÃO DA PENA

Afinal, o que é a Remição da pena e quais as possibilidades de concessão? Remição da pena significa reparar ou compensar,³⁵ e na prática é o desconto de parte do tempo de execução da pena, que se aplica à pessoa que esteja em regime fechado ou semiaberto³⁶. Importantíssimo salientar que não é benefício exclusivo de presos já condenados, ou seja, possível é a aplicação em hipóteses de prisão cautelar.

Ainda, poderão remir os condenados em regime aberto e os que usufruem de liberdade condicional, podendo extinguir a pena de forma mais rápida, através de ensino regular ou de educação profissional, conforme estabelece o artigo 126, parágrafo 6º da Lei de Execuções Penais.

Considerando que a legislação (LEP) não faz distinção entre trabalho interno ou externo para remir os dias, não há óbice para que o apenado realize tarefas externas, ainda que em empresa privada. Além disso, não há também impedimento para que sejam efetuadas eventuais prestações de serviço, ou seja, aquele serviço esporádico ou não rotineiro, pois, ao fim, para o desconto da pena serão consideradas as horas trabalhadas, não a habitualidade.

Diante das breves considerações, possível percebermos que a legislação não pretendeu criar óbices para o apenado, ou seja, criou mecanismos para facilitar a reinserção e a recolocação no mercado de trabalho ou estudo, não exigindo muitas regras ou impondo restrições, bastando que se tenham registros das horas empenhadas. Ainda, o tempo remido será computado como tempo de pena já cumprida, ou seja, aumentando os benefícios em todas as esferas e efeitos da pena.

34

Rezek, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 15 Ed. 2014.p.323

Nas palavras do autor: Ato ilícito é a responsabilidade de uma pessoa jurídica de direito internacional público, resulta de uma conduta ilícita [...] para caracterização da conduta ilícita, deve haver uma afronta a uma norma de direito das gentes: um princípio geral, uma regra costumeira, um tratado em vigor [...].

35

Marcão, Renato. Curso de Execução Penal. São Paulo: Saraiva, 13 Ed. 2015.p.215

36

Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.365

Ainda de acordo com a LEP, as remissões por trabalho e estudo podem ser cumuláveis desde que se compatibilizem em horários, ou seja, em turnos ou dias diferentes entre eles. Então, possível é o apenado cumprir sua jornada trabalhista de até oito horas e após frequentar curso regular ou profissionalizante em horário distinto, visto que a limitação imposta de oito horas pela LEP se refere somente ao trabalho, não ao estudo.

Em relação ao período de desconto, entendimentos pacificados em nossos tribunais apontam para o reconhecimento de que a cada 8 (oito) horas de trabalho, ou seja, a cada 3 (três) dias com a prestação de 8 (oito) horas de trabalho, há o desconto de 1 (um) dia de pena. Já para o estudo, conta-se a cada 12 (doze) horas o desconto de 1 (um) dia.

O trabalho e o estudo, sem dúvidas, podem ser considerados como direitos do apenado, pois ambos estão ligados diretamente à construção e desenvolvimento de vida, sendo considerados fatores indispensáveis para a reinserção social. Por tratar-se de direitos, cumpre salientar que ambos não poderão ser impostos ao apenado, devendo apenas ser disponibilizados, ou seja, que sejam deixados ao alcance do mesmo para que ele por si próprio busque o desenvolvimento.

Afinal, o trabalho e o estudo devem representar alternativas ao preso. Além disso, deve haver o reconhecimento de crescimento extramuros, ou seja, deve ser algo que o indivíduo carregue consigo para a vida, não apenas algo que tenha obrigação de realizar dentro de um estabelecimento penitenciário.³⁷

Neste sentido, Bogo Chies³⁸ sustenta que o estudo demonstra significativo avanço para que o sistema penal seja menos degradante, bem como é um forte elemento de combate à exploração da mão de obra dos apenados, principalmente em temas que surgem ideias relacionadas às privatizações de presídios.

Em sendo assim, devemos analisar outras possíveis hipóteses de remissão de pena, pois como é um benefício voltado ao preso e deve ser interpretado de forma ampla, não poderíamos nos revestir de restrições para concessão do benefício

37

Neves, Letícia Sinatora das. **Remissão da pena: perspectivas a partir da política criminal**. Rudnicki, Dani. Org. **Sistema Penal e Direitos Humanos: (im) possíveis interlocuções**. Porto Alegre: Editora UniRitter, 2012.p.83

38

Chies, Luiz Antônio Bogo. **Prisão: Tempo, Trabalho e Remissão**. In: Carvalho, Salo de. Org. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.p.552

quando se tiver justo motivo. Desta forma, conforme o passar dos tempos, surgem diversas modalidades de ocupação e estudos, bem como restam cada vez mais reconhecidos direitos inerentes aos apenados.

Nesse entendimento, possível é a remição de tempo de pena pela leitura, onde até mesmo uma Resolução do Conselho Penitenciário diz que os estabelecimentos prisionais devem contar com uma biblioteca organizada, com livros de conteúdo informativo. Porém, como na maioria dos estabelecimentos inexistente tal benefício, qual seria o óbice em algum familiar fornecer o material e o mesmo, depois de lido, ser reconhecido como instrumento de remição?

No tocante ao reconhecimento da remição pela leitura, bem como ao parâmetro de folhas para concessão, temos a decisão do TJ-RS (AGV 70064536394 RS), a qual reconhece a leitura como forma de remição de pena e que, como não há previsão legal em relação ao parâmetro, considera adequada a leitura de 300 páginas para obtenção do benefício.

Outra decisão muito interessante³⁹ diz respeito ao reconhecimento da remição de pena pelo fato de uma apenada ter prestado o Exame Nacional de Ensino Médio - ENEM, no qual obteve aprovação equivalente à conclusão do ensino médio, fazendo jus à remição de 100 (cem) dias.

Neste caso, foram reconhecidos o empenho e a dificuldade da apenada em estudar sozinha, dedicando-se aos estudos, buscando por si própria, condições de melhoria para sua vida extramuros. Se analisarmos, o reconhecimento da remição foi apenas uma consequência que não poderia ser negada, visto que o maior resultado será alcançado quando a apenada obtiver sua liberdade.

4.1 A POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO COMO FORMA DE INDENIZAÇÃO AO TRATAMENTO DEGRADANTE

Diante da famigerada problemática instalada no sistema penitenciário, a qual seguidamente traz reflexões sobre a possível interdição dos estabelecimentos prisionais que estão em situação degradante, surgiu o grande dilema: a interdição do estabelecimento prisional com a conseqüente transferência dos indivíduos que lá estejam presos e a precariedade de vagas no sistema.

39

(TJ-PR - EP: 15385110 PR 1538511-0 (Acórdão), Relator: Naor R. de Macedo Neto, Data de Julgamento: 22/09/2016, 1ª Câmara Criminal)

Discursos que alertam a situação indigna, bem como vistorias realizadas por autoridades, marcam a rotina de quem se encontra segregado na maioria dos estabelecimentos prisionais do Brasil. Promessas de melhorias, de novas instalações e de meios alternativos, também são feitas quase que diariamente.

Obviamente, pensando em Constituição Federal e Lei de Execuções Penais, o estabelecimento que não oferece condições dignas e garantia de vida aos indivíduos que nele se encontram privados de sua liberdade deveria imediatamente ser interditado.

Mas no cotidiano de quem tem contato próximo com tais estabelecimentos, a realidade que predomina é bem diferente. Não fosse suficiente, basta realizar uma pesquisa superficial nos mecanismos de informações do próprio governo que teremos, de forma precisa, acesso aos dados reais da situação.

No já mencionado exemplo da Cadeia Pública de Porto Alegre, podemos perceber através dos dados fornecidos pelo sistema de segurança que se trata de um estabelecimento em estado superlotado e em total discordância com os requisitos básicos da dignidade.

Diante dos dados analisados, temos a perfeita concretização de que estabelecimentos prisionais estão sim em situação descontrolada e degradante, bem como continuam de “portas abertas” sem a interdição necessária.

Assim surge a ideia de uma resposta imediata e eficaz a quem suporta as mazelas do cárcere, pois sabendo que é pouco provável que o Estado indenize de forma voluntária quem tenha sofrido no cárcere, o reconhecimento de uma nova forma de remição apresentaria uma resposta mais condizente e proveitosa.

Diante disso, através da já mencionada fórmula de remição de pena em escala de trabalho, possível seria sua aplicação em iguais proporções após o reconhecimento fidedigno das condições suportadas no interior do cárcere.

No que diz respeito ao tratamento cruel e as condições degradantes, há recente decisão de nosso Supremo Tribunal Federal (RE 580252) no sentido de que é objetiva a responsabilidade estatal quando há falhas em garantir que o indivíduo que se encontra sob a tutela do Estado e está com sua liberdade privada tenha as condições mínimas dentro de um estabelecimento prisional, tais qual a higiene, a alimentação e a saúde.

Dentre os argumentos discutidos no plenário, havia possibilidades de indenização pecuniária e também a proposta de remição de pena, onde o Ministro

Luís Roberto Barroso apresentou a ideia de que a cada 7 (sete) dias cumpridos em condições adversas, deveriam ser descontados 1 (um) dia de sua pena.

A proposta apresentada pelo Ministro, divergente seria da remição "original" no quesito tempo, porém, há de se admitir que a ideia exposta é inovadora e abria um caminho com muitas possibilidades futuras, inclusive a de se amoldar ao período de tempo na chamada proporção de 3 por 1, ou seja, 3 dias de trabalho por um dia de desconto.

Porém, infelizmente, venceu o voto no sentido de que a indenização deverá ser realizada na forma de pecúnia, com fundamentos de que "o Supremo não pode atuar como legislador positivo" - afirmou o Ministro Marco Aurélio.

Durante análise jurisprudencial em nosso Superior Tribunal de Justiça, ao longo dos anos diversas decisões foram proferidas em relação à indenização aos presos pelas más condições suportadas, sempre envolvendo as mesmas questões: a precariedade na higiene, saúde e alimentação, além, é claro, da superlotação.

Em todos os pedidos, salvo raras exceções, o objetivo buscado era a indenização pecuniária por parte do Estado, para que o preso – de forma individual – fosse favorecido com quantia em dinheiro, ou seja, que fosse reconhecida a obrigação estatal perante as falhas e omissões que suportavam os indivíduos presos.

Em um dos casos analisados (REsp 962934 MS 2007/0145328-6), fundamentações no sentido de que em nada adianta a indenização isolada ao preso, pois em nada contribui para o sistema prisional brasileiro, bem como tal indenização serviria apenas para canalizar e drenar escassos recursos públicos, foram arguidas.

Ora, através dos argumentos descritos acima, possível entender que os Ministros há quase uma década já possuíam o entendimento de que o indivíduo preso – de forma isolada - não possui direitos, visto que mesmo tendo sido apontado o constrangimento ilegal através da superlotação e riscos inerentes à sua saúde, não seria cabível "drenar" os recursos estatais para conceder a indenização. Cabe ressaltar que esta indenização seria fruto de direitos fundamentais garantidos em nossa própria Constituição Federal de 1988.

Indo além, tínhamos reiterados argumentos do Poder Executivo no sentido de que se deveria levar em consideração o princípio da Reserva do possível, onde o Estado alegava que como não possuía verba suficiente para realizar as obras

necessárias nos estabelecimentos prisionais, estes também não deveriam ser obrigados a realizar pagamentos em relação a indenizações pela mesma situação.

Ocorre que no RE 592581 foi afastada a possibilidade de o Executivo se revestir desse argumento, pois tal princípio não pode ser invocado para descumprir a Constituição Federal, pois como afirma o Ministro Barroso, presos só estão presos porque o Estado assim determinou. E se o Estado se arroga no poder de privar essas pessoas de liberdade, tem evidentemente que exercer seus deveres de proteção dessas pessoas que estão sob sua guarda por decisão sua.

Ademais, não há de se falar em Reserva do possível, bem como tentar afastar o cumprimento de uma ordem pelo poder judiciário, pois o judiciário tem o poder de intervir para superar o estado crônico de omissão do Executivo nessa seara, complementa o Ministro.

Diante do exposto, possível perceber a longa caminhada para o reconhecimento de direitos básicos, sendo que somente neste ano de 2017 que o Supremo proferiu decisão com caráter de repercussão geral, devendo então ser aplicada em todos os Tribunais, que até então argumentavam e fundamentavam decisões sob ideias absurdas e, na maioria das vezes, de cunho pessoal.

Neste sentido, com o digníssimo reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado em relação ao pagamento de indenização pela situação que ele próprio deu causa ou até mesmo se omitiu, bem como pela indicação sensata do Ministro Barroso no sentido de haver possibilidade de remir dias da pena pelo preso ter de suportar tais situações já demonstradas, há sim esperança de que em um futuro próximo este cenário se concretize, consagrando – pelo menos em parte – o reconhecimento dos direitos do preso e, em contra partida, as falhas e omissões estatais.

5 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, conclui-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio que faz parte do princípio geral dos direitos humanos, não permitindo nenhum tipo de relativização, ou seja, não permite que o indivíduo seja tratado sem a sua observância. Assim, enquanto não houver respeito pela dignidade humana, haverá um estado de injustiça e ingerência. Então, a observância da dignidade humana acaba sendo uma forma de obrigação em qualquer norma constitucional.

Em relação à humanidade das penas, quando o Estado adota este princípio, significa que o mesmo quando se utilizar das ferramentas do direito penal, deve sempre basear-se no sentido da humanidade. Ou seja, o Estado quando tem o direito de punir tem também o dever de garantir condições salubres e dignas aos indivíduos que estão sob sua tutela.

Neste caminho, o contrário seria confrontar violentamente os princípios básicos que o próprio Estado busca quando toma para si o direito de punir. O princípio da humanidade das penas garante condições dignas – se é que seria possível - dentro de um estabelecimento prisional, sob o qual o indivíduo está segregado.

No tocante às diretrizes internacionais, temos diversas convenções e tratados que visam direcionar as nações para que efetuem e se faça efetuar um tratamento digno dentro do cárcere, visto que é questão não de interesse regional, mas sim de interesse global.

No mesmo sentido, restou clara a ideia de que a dignidade é fundamento de liberdade, justiça e paz mundial, conforme preceitua a Declaração Universal. Em sendo assim, outras diretrizes indicam que para um devido tratamento, há de se primar por uma condição digna em relação à alimentação, saúde e integridade física do apenado.

Ainda, possível notar o reconhecimento de que o Estado não pode furtar-se de manter e promover o equilíbrio, este que é entendido como a promoção dos direitos humanos de todos em uma sociedade, aqui também se inclui o apenado, que por óbvio ainda faz parte da sociedade, tanto é que sua liberdade está - temporariamente – sob o controle estatal.

Em relação à remição da pena, restaram demonstrados o conceito e as formas do benefício, bem como a quem poderá ser concedido, que é tanto para o apenado em regime aberto como também para os que estão em liberdade condicional, esclarecendo o objetivo real da remição, inclusive apontando para o fato de que a Lei de Execução Penal não visa obstaculizar a concessão do benefício, pois acaba sendo um conceito aberto que ainda poderá ser muito explorado.

Diante disso, percebemos também que quando o legislador optou por flexibilizar os critérios para que o indivíduo busque os benefícios e consiga alcançar sua reinserção, houve uma preocupação relevante para com o crescimento extramuros, ou seja, criaram-se possibilidades com conceitos abertos, com a

intenção de que o benefício seja carregado para o mundo exterior, tornando-se efetiva a reinserção, evitando-se assim a ideia de algo temporário ou forçado.

No seguimento, fora observada a hipótese de obtenção do benefício da remição ao indivíduo que trabalha e estuda, cumulativamente, bem como ao indivíduo que pratica a leitura dentro do cárcere, inclusive com decisões de nossos tribunais sobre o assunto. Com a possibilidade da cumulação de benefícios, temos outra vez a flexibilização se concretizando, demonstrando que a LEP – no momento de sua criação – buscou criar possibilidades de forma ampla, de modo a não se limitar aos conceitos e parâmetros da época.

Por fim, fora analisada a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de indenizar o indivíduo preso por ter suportado situação degradante e incondizente com os direitos humanos durante seu cumprimento de pena, restando demonstrada a obrigação do Estado com relação ao pagamento pela omissão.

A indenização de forma pecuniária tendo ocorrido já é algo para se comemorar, porém, mesmo tendo clara noção de que tal reconhecimento tendo sido constatado já é uma vitória, ainda há de se buscar mais. Esse “mais” deverá ser o desconto efetivo em dias de sua pena, ou seja, a transformação dos dias de horror em forma de indenização, a fim de amenizar o sofrimento do cárcere.

Diante da possibilidade trazida em plenário pelo Ministro Barroso, restou demonstrado o início de um interesse em indenizar o indivíduo através da diminuição de pena, ou seja, através da remição. Mesmo não tendo sido seguido seu voto, há um forte sinal de que futuramente tal matéria possa ser rediscutida.

E não há de ser diferente. Houve período em que causou estranheza quando se falava em descontar a pena através da leitura, bem como houve estranheza quando se falava em cumular os benefícios, pois estaria incentivando a criminalidade. O pensamento mudou, as decisões se adequaram aos tempos modernos e à realidade, percebeu-se a importância da recolocação do indivíduo criminalizado através dos benefícios oportunistas, para que possa carregar para fora dos muros. Afinal, como não há penas de caráter perpétuo, sempre retornarão.

Estamos diante de uma nova possibilidade de remição da pena, igual ao passado, possibilidade esta que seria muito mais condizente e aproveitada pelo indivíduo lá segregado, pois interessante é a redução de sua pena, não tão somente uma quantia ínfima em dinheiro. Além disso, também é interessante para o restante

da sociedade, visto que ganham muito mais com o aprendizado conquistado pelo indivíduo preso do que com o pagamento em dinheiro efetuado pelo Estado.

Ainda, o Estado tendo trazido para si de forma única o direito de punir, conseqüentemente irá se empenhar mais em relação às condições do cárcere, visto que - através de seu olhar punitivista - nunca foi de seu agrado que o indivíduo segregado acabe deixando o cárcere antes do previsto por um motivo pelo qual o próprio Estado deu causa.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha De; Anziliero, Dinéia Largo. **Princípios Limitadores do Direito Penal: Garantias Para a Liberdade do Indivíduo**. In: Rudnicki, Dani. (org.). Sistema Penal e Direitos Humanos: (im) possíveis Interloquções. Porto Alegre: UniRitter, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Art. 5º, XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

BRASIL. Decreto nº 98.386. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014..

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização Dos Estados Americanos (OEA)**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2014.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CENTRO DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://unicrio.org.br/conheca-a-onu/>

CONJUNTO DE PRINCÍPIOS PARA A PROTEÇÃO DE TODAS AS PESSOAS SUJEITAS A QUALQUER FORMA DE DETENÇÃO OU PRISÃO. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão: Tempo, Trabalho e Remição.** In: CARVALHO, Salo de. Org. **Crítica à Execução Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. 1948. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/>.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Letícia Sinatora das. **Remição da pena: perspectivas a partir da política criminal.** Rudnicki, Dani. Org. **Sistema Penal e Direitos Humanos: (im) possíveis interlocuções.** Porto Alegre: Editora Uniritter, 2012.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 1966/1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes->

permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/PrincBasTratRec.html.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 15 Ed. 2014.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. 1955. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração nº 70059433151**. Relator: Des. Jayme Weingasthner Neto. Terceira Câmara Criminal. 21 de agosto de 2014.

ROIG Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 9**. www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-ingo_wolfgang_sarlet.pdf

PROCESSO DECISÓRIO NO TRIBUNAL DO JÚRI: INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS

Regina Célia Rizzon Borges de Medeiros¹

RESUMO: Este estudo acadêmico tem como objetivo verificar a incidência de fatores psíquicos sobre o processo de tomada de decisões pelos jurados no Tribunal do Júri. Analisa o processo decisório do juiz togado e leigo sob aspectos jurídicos, hermenêuticos, filosóficos e psicológicos, considerando os avanços da neurociência no estudo da cognição humana. Partindo dessa análise, busca conhecer o posicionamento da literatura especializada sobre o tema, relacionando-o ao modo como são recebidas e julgadas as teses defensivas no Tribunal do Júri. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental. Conclui-se pela incidência de influências de ordem psíquica no processo decisório dos jurados.

PALAVRAS-CHAVE: Jurados. Juiz. Decisão judicial. Influências psicológicas.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tribunal do júri no direito brasileiro. 3 Decisão judicial. 3.1 Teoria narrativista do direito. 3.2 Quando o juiz decide conforme sua consciência – uma crítica ao solipsismo. 4 O processo mental de tomada de decisão. 4.1 Heurísticas, pensamentos automáticos e sistema reflexivo. 4.2 Teoria da dissonância cognitiva. 4.3 Arquétipos, mitos e símbolos no contexto judiciário. 4.4 Os marcadores-somáticos e a razão nobre. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As decisões judiciais no Brasil devem ser fundamentadas, por força de disposição constitucional expressa (BRASIL, Constituição Federal, art. 93, IX),

¹ Regina Célia Rizzon Borges de Medeiros é Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Especializada em Psicologia Forense pela Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica (SBPJ). Aluna do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Psicologia Jurídica pela IMED.

repetida infraconstitucionalmente. Em razão disso, é indispensável a análise dos parâmetros hermenêuticos que devem nortear os atos decisórios dos magistrados. Igual importância encontram os fatores internos e externos que incidem sobre o aplicador do Direito – o juiz togado – no momento da decisão.

Por outro lado, a dispensa da fundamentação das decisões conferida aos jurados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro conduz ao questionamento crítico relativo aos fatores que esses levam em conta ao proferirem seus julgamentos, no Tribunal do Júri. O tema comporta reflexão mais atenta, pois os jurados, ao comporem um Conselho de Sentença, são alçados à condição de juízes de fato da causa que lhes é apresentada em plenário de julgamento, onde todo um processo lhes é trazido à análise por acusação e defesa, durante um tempo que pode ser considerado exíguo diante da complexidade do ato de julgar um acusado do cometimento de um crime doloso contra a vida, mormente sem qualquer conhecimento prévio das provas produzidas, do solene contexto ritualístico do Júri e dos processos neuropsíquicos envolvidos no processo de tomada de decisão.

As regras hermenêuticas e as teorias da decisão judicial não são aplicáveis aos juízes de fato. Estes ouvem testemunhas, quando há; o réu, quando presente; um acusador e um defensor que lhes relatam suas visões acerca das provas existentes nos autos. Depois, respondem a quesitos que lhes são apresentados pelo Juiz de Direito, escolhendo entre duas lacônicas opções: “sim” ou “não”. E assim decidem a vida do acusado, conforme suas convicções pessoais, norteadas supostamente pela prova produzida no processo. Essa escolha entre o “sim” e o “não”, nessas condições, é o ponto de intersecção entre o Direito e a Psicologia, pois a autorização legal para a tomada de decisão “de acordo com a consciência” abre espaço para um infundável sondar dos motivos conducentes a esta ou àquela opção, no momento da escolha da cédula.

Vários fatores de ordem psíquica devem ser considerados no estudo do processo decisório no Tribunal do Júri. Os que aqui elegemos são referentes às heurísticas, à dissociação cognitiva, às influências dos arquétipos e mitos no contexto judicial e aos recentes estudos da neurociência acerca do processo de tomada de decisões. São paradigmas relacionados ao sistema neurocognitivo e ao

inconsciente humano, mas que em certas hipóteses podem condicionar as escolhas do indivíduo, através de atalhos mentais e de vieses de confirmação de crenças.

O estudo psicojurídico ora proposto assume especial relevância para os operadores do Direito que atuam no Tribunal do Júri, especialmente na defesa, e também para aqueles que vierem a atuar como jurados. Conhecendo os fatores psicológicos e emocionais que podem condicionar o processo decisório dos jurados, tanto estes quanto os demais atores do Tribunal Popular poderão envidar seus esforços na busca de uma maior racionalidade nas decisões, que serão tão justas quanto mais aproximadas de uma valoração consciente das provas e não somente movida por juízos emocionais e inconscientes sobre as pessoas do réu, da vítima, do acusador e do defensor.

A pesquisa acadêmica examina as influências psicológicas que incidem sobre o processo de tomada de decisões pelos jurados no Tribunal do Júri. Inicia pela análise da formação popular do Conselho de Sentença no Brasil, a partir de uma perspectiva histórica, observando a conformação constitucional e legal vigente no país acerca do tema.

A questão de pesquisa que norteou a investigação foi: “Os fatores emocionais e psíquicos, conscientes e inconscientes influenciam os jurados a tomar suas decisões no Tribunal do Júri?”

Quanto ao delineamento metodológico, caracteriza-se como pesquisa qualitativa, descritiva, realizada a partir de fontes escritas caracterizando o estudo como bibliográfico e documental. Os dados foram registrados em fichas e analisados conforme propõem Lakatos e Marconi (2009). Quanto ao método de abordagem foi usado o dedutivo.

O interesse deste trabalho reside na busca de fundamentação científica capaz de dar suporte aos operadores do Direito que militam no Tribunal do Júri para que compreendam a dinâmica mental e neuropsíquica da tomada de decisões, podendo posicionar-se cientificamente em suas argumentações, de forma a evitar julgamentos dissociados da racionalidade e evados de subjetividade – carregada de conceitos morais de cada jurado, que não necessita fundamentar suas decisões.

2 TRIBUNAL DO JÚRI NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, XXXVIII, a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988). Assim, pelos juízes de fato serão julgados os acusados do cometimento dos delitos de homicídio, infanticídio, aborto e instigação ao suicídio, nas formas tentadas e consumadas.

Segundo Nassif (2009), o Tribunal do Júri é um instituto de direito processual constitucional. Está presente no Ordenamento Jurídico Brasileiro desde o Império e incluído em todas as Constituições, com exceção da de 1937.

É composto por julgadores leigos, na maior parte das vezes não detentores de conhecimentos jurídicos. A própria lei processual penal (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941, art. 472) diz que os jurados tomarão suas decisões conforme suas consciências e os ditames da justiça.

Ao mencionar a consciência dos jurados, a lei os autoriza a trazerem seus conceitos e valores para o processo decisório, que inobstante isso não poderá ser manifestamente contrário à prova. Tem-se, então, que apesar de a prova existente nos autos ser o parâmetro do julgamento pelos jurados, estes não precisam justificar suas decisões, podendo adotá-las de acordo com o que entendem certo. Daí decorre a crítica à não exigência, pela Constituição Federal, de fundamentação de decisões dos jurados.

O Código de Processo Penal (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941, art. 425), dispõe sobre a forma de convocação de jurados, que são juízes leigos, em contraposição aos juízes de Direito, togados.

A formação popular do Conselho de Sentença há muito é analisada por diversos juristas. Para Nassif (2009) o júri é a garantia constitucional do cidadão ser julgado pelo povo. Essa concepção do júri como instituição democrática há muito tempo vem encontrando resistência e o argumento contrário é justamente o da necessidade de motivação das decisões como garantia constitucional. A dicotomia é analisada por Ferrajoli (2011, p. 575), citando Carmignani e Carrara. Enquanto esse se opõe à figura do jurado, considerando suas decisões mais um ato de força do que de sabedoria e afirmando ser a motivação da sentença verdadeira garantia do réu;

para Carrara o valor democrático do juiz popular se contrapõe às “perversões burocráticas e inquisitivas dos juízes profissionais”

Citando Hobbes, prossegue Ferrajoli (2011, p. 576-7) a enumerar as características que fazem de um homem um bom juiz:

1) Un recto entendimiento de esa principal ley de naturaliza llamada equidad”, que depende no de “la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad de la propia razón natural de un hombre y de su capacidad de reflexión...; 2) un desprecio por riquezas e honores innecesarios; 3) la capacidad, a la hora de juzgar, de despojarse de todo miedo, indignación, odio, amor y compasión; 4) paciencia para escuchar, digerir y aplicar lo que se há oído.²

Na esteira dos juristas europeus, Copetti Santos (2011, p. 13) destaca as críticas endereçadas à suposta formação democrática do Conselho de Sentença e à condição leiga dos jurados, desconhecedores de questões processuais e do fato que lhes é submetido à decisão somente no dia do julgamento.

[...] o Tribunal do Júri sempre foi alvo de severas críticas, lastreadas ora na sua formação leiga e, portanto, incompetente para julgar matérias com complexidade e profundidade técnica, ora no fato de que o Conselho de Sentença tomaria suas decisões mais pelo instinto do que pela lógica ou pela razão, pouco ligando para o que digam os códigos ou a moderna dogmática penal. Em sentido contrário, seus defensores sempre destacaram um suposto caráter democrático da composição e do julgamento por pares da sociedade, bem como dados estatísticos de que o Tribunal do Júri não erraria mais do que os juízes singulares. Em que pesem as razões de um lado e de outro, o problema central desta instituição desloca-se sensivelmente.

Quanto à conformação constitucional e legal, o Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, Código de Processo Penal, 19, art. 425) estabelece a forma de

² Em tradução livre: 1) "Uma compreensão correta da lei principal da naturalização chamada equidade", que não depende da "leitura dos escritos dos outros homens, mas da bondade da própria razão natural do homem e da sua capacidade de reflexão". . 2) desprezo por riquezas e honras desnecessárias; 3) a capacidade, ao julgar, para derramar todo o medo, indignação, ódio, amor e compaixão; 4) paciência para ouvir, digerir e aplicar o que você ouviu "

alistamento dos jurados, cujas listas serão elaboradas atendendo a critérios de número de habitantes da Comarca para definição quantitativa de componentes. Os jurados serão escolhidos pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri a partir de listas fornecidas por autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941, art. 425, § 2º).

A *ratio* do julgamento dos acusados de crimes dolosos contra a vida pelos jurados residia, historicamente, na perspectiva de oportunizar ao réu **o julgamento por seus pares**.

Segundo Ferrajoli (2011, p. 577), a figura do juiz popular surge com o pensamento liberal clássico, após os horrores da Inquisição. Em Montesquieu, Kant, Francesco Carrara o jurista italiano encontra os fundamentos da ideia do julgamento do acusado por pessoas de condição semelhante, numa época em que a subserviência dos juizes togados ao poder governamental era considerada condicionante de julgamentos parciais.

No entanto, apesar do espírito da lei, que vai no sentido de que devessem os jurados representar o estrato social do qual proveio o réu, ou seja, serem *pares* do réu, isso não acontece mais.

Hoje, como já dito, as relações de nomes de possíveis jurados são enviadas ao Poder Judiciário por sua própria requisição. Os sorteios anuais são feitos a partir de listas provenientes de escolas, sindicatos e outros segmentos sociais que não representam a maioria dos réus que são submetidos ao tribunal popular, que sabidamente são oriundos de classes socioculturais inferiores. E não se veem jurados provindos de vilas de periferias ou de favelas. Esse distanciamento entre o jurado e o réu faz com que, muitas vezes, preponderem julgamentos condenatórios, influenciados por inúmeros fatores internos e externos que não decorrem apenas da análise da prova, mas que fazem parte da dinâmica neuropsíquica do ato de decidir. Entre esses fatores, destacam-se os pensamentos automáticos, os atalhos mentais heurísticos, cujos fenômenos são percebidos através da heurística do afeto, do efeito *framing*, e de outros que adiante serão melhor analisados.

Assim, muito longe estão os réus de serem julgados por seus pares, como preconizado historicamente pelo ordenamento jurídico-penal. Isso implica consequências das mais deletérias aos acusados.

Exemplos claros vêm a partir da análise da realidade dos réus defendidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em plenário de julgamento pelo júri. A experiência da atuação no júri permitiu-nos a observação do quanto a forma primitiva de solução de conflitos adotada pelos réus do júri, muitas vezes matando seus desafetos ou tentando tirar-lhes a vida, em absoluto descontrole dos impulsos, impacta os jurados. O grau de discernimento dos jurados é por vezes diametralmente oposto ao do réu, o que faz com que seu julgamento seja condicionado pelo seu conjunto de valores e pelo que conscientemente entende como certo ou errado.

Num exemplo hipotético, um réu analfabeto e morador de vila periférica, que após uma briga de bar esfaqueia um contendor tem uma tendência muito grande de ser reputado elemento perigosíssimo e condenado a uma pena muito maior do que aquela que realmente representaria a necessidade e suficiência da reprovação de seu ato. Contra si pesa todo um contexto desfavorável: a violência social cada vez maior, a má aparência, a forma tosca de se expressar, muitas vezes a dificuldade de compreensão até mesmo das perguntas que lhe são feitas em interrogatório, um promotor de justiça bradando que a impunidade grassa no Brasil. Tudo isto é território fértil para uma decisão condenatória sem nem mesmo considerar os argumentos defensivos. Essa perplexidade toda conduz à curiosidade e à busca da compreensão dos processos mentais – emocionais e cognitivos – envolvidos no processo decisório dos jurados. Muitas vezes leigos em conhecimentos jurídicos, defrontam-se com um cenário que, embora possa ter aparência teatral, contém a dura realidade de um julgamento por crime grave contra a vida.

A análise do contexto do processo – cenário onde o julgamento acontece – e dos fatores envolvidos na decisão, adiante apresentada, trará os elementos necessários à investigação ora pretendida.

3 DECISÃO JUDICIAL

3.1 TEORIA NARRATIVISTA DO DIREITO

Para que se tenha uma visão clara sobre as influências que incidem sobre os jurados no processo decisório inicialmente é necessário analisar o cenário em que esse julgamento acontecerá.

Os jurados recebem o processo pronto, contendo as provas já produzidas e muitas narrativas de fatos: as oitivas realizadas em sede policial, a denúncia, a resposta à acusação, depoimentos de testemunhas, interrogatório do réu, memoriais acusatórios e defensivos, razões de recurso se houver. Todo o arcabouço de documentos, imagens e sons produzidos no processo serve para contar uma história, narrar o fato criminoso imputado ao réu e a contraposição defensiva em todas as suas circunstâncias, conforme o olhar e a memória de quem relata e de quem o interpreta para acusar, defender e julgar.

CÁRCOVA (2001), sustenta que o direito possui caráter discursivo. Uma vez produzidos no processo, o sentido atribuído aos discursos (narrativas, como denomina Calvo) sofrerão influências do conjunto de valores e do contexto social em que estiver inserido seu destinatário. Exemplificando, menciona a que conceitos abertos como "mulher honesta" e "devidos cuidados", o julgador atribui sentido conforme seu sistema de valores e o contexto social em que estiver inserido. Essa atribuição de sentido às narrativas tem implicações cognitivas, volitivas e sociais. Nessa linha, haverá incidência das concepções filosóficas, do sistema de valores do julgador, de suas discussões em família sobre o tema, dos critérios de seu grupo de amigos, das opiniões da mídia.

As regras e leis, enquanto produto linguístico, adquirem sentido pelo uso social que lhes é atribuído. Movemo-nos na linguagem dentro de atribuição de sentido social. Dentro da concepção de Cárcova, então, o jurídico é prática social discursiva.

De igual modo, é oportuno buscar na Teoria Narrativista do Direito a compreensão da dinâmica dos debates que ocorrem nos processos de competência do Tribunal do Júri e em qualquer outro. A partir do conhecimento do processo

narratório é que se poderá estabelecer as relações entre o que for narrado e o que for julgado. Também é a partir daí que se poderá analisar os fatores externos e internos que podem incidir sobre o julgador que é o destinatário das narrativas.

Proposta por José Calvo Gonzáles (2013, p. 50), a Teoria Narrativista do Direito propugna que “o direito possui natureza e propriedades narrativas.”

No dizer de Ferrarese (2017, p. 89):

escapa de toda a problemática que envolve a hermenêutica jurídica e os dilemas de adequação normativa, centrando-se exclusivamente na tensão narrativa envolvida na controvérsia fática. Assim, busca por meio dos conceitos de consistência e coerência narrativas, um modelo analítico para o julgamento dos fatos narrados que seja capaz de destrinchar os sentidos que se conflitam nas narrativas processuais, notadamente entre as alegações escritas pelas partes e assistentes, além de toda o material probatório colhido através de depoimentos orais.

Então, o pressuposto aqui estabelecido é o de propor a compreensão inicial e geral do processo mnemônico que é provocado no decisor a partir do objeto da decisão: o processo judicial.

No contexto da já mencionada concepção dworkiana de *igual respeito e igual atenção* a ambos os contendores processuais, da Teoria do Narrativismo se extrai que, para além de todas as influências que possam incidir sobre o ato decisório, é das narrativas que se desenvolvem no processo que será extraída a sentença. Isso decorre de que os fatos são registrados no processo através da palavra. É a linguagem oral ou escrita que traduzirá fato e prova e conduzirá, através do discurso das partes contendoras, o desfecho através de um julgamento. Como refere Trindade (2017), a decisão consiste em uma escolha que recairá sobre o relato que se apresentar mais convincente, atendendo aos critérios da consistência e da coerência.

O narrativismo jurídico de Calvo, como lembra Ferrarese (2017, p. 111) encontra convergência com os tipos de influências psicológicas tratadas neste estudo, pois a narrativa não é interpretada pelo julgador de forma isenta de influências psíquicas originadas de seu próprio conjunto de valores pré-existentes ou de influências externas.

Importante referir que julgamentos de coerência, nos limites da jurisdição, dependem também das convicções do receptor-juiz sobre aspectos do universo a ser interpretado, sendo que esse receptor-juiz sabe que a narrativa que interpreta ou avalia é um processo de emissão específico, centrado sobre um tema que está inserido em determinado contexto – a comunidade jurídica a qual está inserido, seu meio social, suas idiosincrasias ideológicas etc. – do qual pode, ou não, conhecer certos componentes, afastar-se de outros, conscientizar automatismos, suspender preconceitos etc. A coerência, ou, para se aproximar de Moraes da Rosa, o sentido, acontece sempre em um “intrincado jogo contextual de atribuição em que as pressões e os constrangimentos podem depender de fatores extraprocessuais.

No plenário do júri não é do fato, mas da narrativa de fatos e provas que advirá a decisão. Nessa linha, a argumentação defensiva consciente das implicações psicojurídicas do processo decisório terá maiores probabilidades de alcançar seus objetivos se atender aos critérios propostos por Calvo Gonzáles da *consistência narrativa e da coerência narrativa*.

3.2 QUANDO O JULGADOR DECIDE CONFORME SUA CONSCIÊNCIA – UMA CRÍTICA AO SOLIPSISMO

Conforme já mencionado, a Constituição Federal (BRASIL, Constituição Federal, art. 93, IX) exige dos magistrados que fundamentem suas decisões. Nessa linha, embora o escopo deste trabalho seja a análise do processo decisório dos jurados no Tribunal do Júri, e necessária uma análise mais detida acerca da dinâmica da decisão judicial.

Os crimes afetos ao Tribunal do Júri, embora sejam julgados por este, durante a fase que antecede o plenário de julgamento, são conduzidos e decididos por magistrados de carreira, juízes de direito que presidem o processo. Eles terão o primeiro contato com a notícia do crime veiculada no boletim de ocorrência policial, na representação do delegado de polícia pela prisão preventiva do suspeito,

decidirão sobre eventual pedido de liberdade provisória e estarão presentes em todos os demais atos do processo que reclamem decisão judicial.

Em decorrência disso, uma das maiores perplexidades para os operadores do direito que atuam na área criminal em defesa técnica de réus, tanto no Tribunal do Júri quanto na justiça comum ou nos juizados especiais é, sem sombra de dúvida, a decisão do juiz tomada com base na *consciência* – o solipsismo judicial. O jurado assim o faz porque a Constituição Federal (Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXXVIII, *b*) lhe permite que decida sigilosamente e porque o Código de Processo Penal (Brasil, Código de Processo Penal, art. 472) lhe confere a prerrogativa de decidir conforme *os ditames sua consciência*.

Entretanto, dos juízes togados é exigida a fundamentação justamente para evitar o tão combatido *decisionismo*, que tem o perigoso potencial de transformar o juiz em déspota e a decisão em dogma. Por isso a reflexão atenta é sobre os vetores da decisão judicial é inafastável.

Um dos corolários deste postulado a tão propalada *verdade real*. A prática das defesas criminais no dia a dia da Defensoria Pública nos demonstra, de forma mais concreta até do que gostaríamos, quantos desmandos são cometidos em nome da “busca da verdade real”, que não raras vezes serve apenas para legitimar decisões previamente tomadas e cujas fundamentações são parcas e residem apenas naquilo que o juiz escolhe como certo.

No entanto, a verdade processual não difere da extraprocessual (a chamada *verdade real*). A prova deve demonstrar os fatos de forma objetiva, *afastando-se de distorções perceptivas*, preconceitos e idiosincrasias (TRINDADE, 2017).

Segundo Lênio Streck (2017), o decisionismo judicial – o decidir conforme a consciência do juiz – contrapõe-se ao decidir com base na prova. E, se já é difícil uma decisão isenta e objetiva com base na prova, considerando todas as implicações psíquicas – que adiante serão examinadas com vagar – como a dissonância cognitiva e o efeito *primacy*, por exemplo, o que se dirá a partir do momento em que o juiz, assumidamente, decide conforme a sua consciência?

Uma decisão isenta não haverá. Noutro sentido, porém, a tomada de consciência pelo juiz (o buscar conhecimento analítico dos fatos e provas, o estar consciente e atento) de todas as circunstâncias que envolvem o ato de decidir por

certo farão com que tome uma decisão baseada na prova, ao menos ouvindo e lendo o que dizem ambos os lados, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que são relegados ao segundo plano, quando o julgador decide *conforme a sua consciência*. Exemplo disto é o que ocorre quando é considerado observado o contraditório diante da mera ciência à defesa técnica de uma prova de cuja produção não participou.

Para Bittar e Almeida (2016, p. 529), a solução correta para um caso controverso, dentro da concepção dworkniana, passa pela atribuição de *igual respeito e igual atenção*. Isto nos remete à ideia de que, no processo penal, mais do que função inerente ao exercício da judicatura, é dever moral do juiz endereçar igual atenção a ambos os contendores – acusação e defesa, antes de formar seu juízo acerca do caso a si submetido. E isso vale também para o jurado, juiz de fato do réu acusado de crime doloso contra a vida. Essa prática simples, mas nem por isso fácil, reduz sensivelmente o julgamento automático e pré-concebido.

O tema não é novo e já em Gorphe (1953, p. 118) percebia-se a preocupação com a atribuição, pelo julgador, de igual atenção aos antagônicos sujeitos processuais:

De conformidad con la moderna concepción racional de las pruebas, la convicción judicial debe, pues, ser resultado de un examen analítico de los hechos sometidos a prueba y de una apreciación crítica de todas las circunstancias em pro y em contra. Se eleva así, dentro de lo posible, desde el nivel de la simple creencia subjetiva al del verdadero conocimiento objetivo, basado sobre razones impersonales, de naturaleza capaz para imponerse a cualquier outro juez.³

Lopes Jr. (2017, p. 846), ao falar sobre a condição de disparidade de forças que incide sobre o réu no processo do júri afirma que será diminuída através da

³ Em tradução livre: De acordo com a concepção racional moderna de evidência, a condenação judicial deve, portanto, ser o resultado de um exame analítico dos fatos apresentados à prova e de uma avaliação crítica de todas as circunstâncias em favor e contra. Ele sobe, tanto quanto possível, do nível da simples crença subjetiva à do conhecimento verdadeiro ou objetivo, baseado em razões impessoais, de uma natureza capaz de se impor a qualquer outro juiz.

"potencialização de sua posição e condições de fala", de modo a assegurar que sejam reais e efetivos o contraditório e a ampla defesa.

As "condições de fala" trazidas pelo jurista estão inafastavelmente vinculadas à disposição de escuta do julgador. Estando este consciente e sendo sabedor das possíveis influências a que seu próprio raciocínio poderá estar submetido, terá melhores condições de exercer a jurisdição com a imparcialidade que de si é esperada.

A ampla defesa, tanto no júri quanto nos processos decididos por juiz togado, passa pelo respeito à palavra da defesa técnica. Respeito não somente formal, ouvindo já com vistas a decidir conforme pede a acusação, que representa muitas vezes a própria pressão social.

Nesse passo, uma interpretação equivocada da tese da instrumentalidade do processo, propugnada por Cândido Rangel Dinamarco (*apud* Streck, 2017, p. 49), segundo a qual "o juiz é o canal privilegiado de captação dos valores sociais, devendo estes aparecerem assimilados na sentença" conduzirá à falsa ideia de que a sentença justa deverá atender ao clamor social, especialmente em se tratando de casos altamente impactantes.

Então, embora não se concorde com a visão solipsista de Dinamarco, dela se pode extrair que, ainda que o juiz se considere *o canal privilegiado de captação dos valores sociais*, haverá de compreender a distinção entre os verdadeiros *valores sociais* que subjazem à Constituição e à lei e aqueles que decorrem das ondas de revolta popular causadas pela divulgação maciça de casos que chocam a opinião pública. Somente assim se compreenderá que não é possível, por exemplo, a ideia popular de suprimir-se a defesa técnica de um réu que comete crime atroz e mandá-lo sumariamente para o cárcere, condenado à pena máxima e sem direito a benefícios na execução da pena. Justamente porque é um **valor** reconhecido pela sociedade brasileira o direito à defesa. Melhor dizendo, à ampla e plena defesa, que repousa na Constituição Federal como garantia individual assegurada ao réu, guindada à condição de cláusula pétrea, absolutamente não passível de supressão.

O contraditório e a ampla defesa são postulados constitucionais e, se aceitamos as ideias de Rosseau (2005), segundo quem a Constituição provém de um contrato social originário através do qual uma população, um povo, cada

indivíduo que o forma, cede parte de sua liberdade individual em prol do bem comum, de coletividade, entenderemos e concluiremos que o desrespeito ou a inobservância do contraditório e da ampla defesa que são pilares do Estado Democrático de Direito, farão cair por terra a Constituição, que ao fim e ao cabo reflete a vontade soberana de uma sociedade.

Para Streck (2017, p. 46), não se pode admitir a ideia de que a decisão judicial seja mero ato de poder, fruto da vontade do juiz. Nessa linha, o abandono do solipsismo, do decidir conforme a consciência, certamente trará incômodos ao juiz que assim agir, porque ele precisará deixar a posição confortável do julgador simpático que atende aos anseios de determinados grupos sociais que expressam suas opiniões aos brados, nesses tempos de redes sociais, reclamando o que entendem ser justiça.

Determinados casos mais rumorosos, muito noticiados pela televisão, jornais e pela *Internet*, são exemplos clássicos do quanto a pressão social pode influenciar a decisão do juiz. Tanto é assim que em alguns deles, como por exemplo aqueles em que são vítimas crianças ou pessoas famosas, exigem que o julgador assuma postura corajosamente independente, para que decida de forma consentânea com aquilo que realmente a prova dos autos demonstra, sem atender somente o clamor social e acabe condenando o réu que já estava previamente condenado pela opinião da parte da sociedade que se fez ouvir em exigências de condenação, ainda que as provas indicassem o contrário.

A imparcialidade esperada do juiz, segundo Lopes Júnior (2017, p. 61), consiste na capacidade de o julgador formar sua convicção sem permitir que influências externas, como por exemplo as decorrentes de pressões políticas, interfiram no ato de julgar.

A tarefa é extremamente difícil. Ainda que não se percam de vista as garantias concedidas pela Constituição Federal aos juízes e jurados, observando-se a repercussão estrondosa conferida a alguns casos pela imprensa e seus reflexos nas redes sociais, é inevitável o sentimento de que há réus que já chegam ao julgamento condenados.

As redes sociais, desde seu advento, vêm se corporificando como instrumentos instantâneos de manifestação de opiniões nem sempre refletidas.

Diante de crimes que causam abalo emocional à população, seja em razão de qualidades da vítima, seja pelo *modus operandi*, seja por outro fator que implique o desencadeamento de reações emocionais mais intensas, verdadeiras batalhas escritas são travadas por pessoas que sequer tiveram acesso à prova ou à versão defensiva. Mas o julgamento está feito e os futuros jurados que receberão as informações colhidas no processo com todas as garantias constitucionalmente asseguradas, como o contraditório e a ampla defesa, correm um risco muito grande de apenas cancelar o que a opinião pública já decidiu alhures.

A grande imprensa, nesse contexto, surge com elementos confirmadores de uma pré-disposição a condenar, de modo que o juiz, apesar de conhecedor de todos os meandros jurídicos necessários a um julgamento imparcial, vê-se diante da possibilidade de transmutar-se em um quase-réu, caso não atenda aos anseios condenatórios expressados por determinada coletividade.

Em que pese não seja o escopo deste trabalho verificar se a influência da opinião pública no ato decisório é condicionante e segue um padrão, a observação empírica permite inferir que parece haver um ciclo desencadeado pela tomada de conhecimento, pela população, do cometimento de um crime.

O crime é praticado e noticiado. Imediatamente as opiniões surgem aos borbotões nas redes sociais. Dificilmente são favoráveis ao réu. O senso comum não tem a obrigação de ser imparcial. As noções de justo e injusto de cada um são apresentadas de forma totalmente subjetiva e dissociada do contexto da prova, que principia a ser colhida. O processo judicial se arrasta por meses, às vezes anos. As notícias bombásticas vendem e os veículos de comunicação nada mais são do que empresas que precisam incrementar o faturamento. Nesse cenário, qual será o grau de credibilidade conferido à palavra do acusado? Seus argumentos serão recebidos com imparcialidade? Ou serão colhidos apenas para que seja cumprido formalmente o rito processual e haja uma pseudo-garantia do contraditório e da ampla defesa?

Para Lopes Jr. (2017, p. 61), a atividade jurisdicional não obriga o juiz a decidir conforme a vontade da maioria. Não obstante, a influência das pressões sociais e da mídia, especialmente em casos de grande repercussão, exige do juiz e dos jurados grande coragem para que se posicionem contrariamente aos interesses populares. Processos rumorosos, como o do Carandirú, submetem seus julgadores

a intensa pressão emocional, que os leva muitas vezes a decidir não conforme as provas do processo, mas como deseja o público.

Não se quer aqui dizer que todos os réus do júri devam ser absolvidos. Casos há em que uma condenação é inevitável. Porém, a definição da justa medida da pena a ser imposta ao réu é a função do jurado. Ele precisa saber que da sua decisão dependerá a qualificação da pena justa ou injusta. Ao juiz presidente caberá a quantificação da reprimenda. O jurado decidirá se o réu será condenado por homicídio simples, qualificado, duplamente ou triplamente qualificado, ou por algum outro delito conexo. Quanto à justiça ou injustiça da pena, presentes os pressupostos recursais, avançaremos em outro passo, qual seja o de um eventual recurso a um Tribunal onde cairemos mais uma vez na dicotomia *decido conforme minha consciência ou decido conforme a prova*.

Nessa linha, fazer com que o jurado se dê por conta dos processos neuropsíquicos envolvidos no seu ato de decidir certamente trará um pouco mais de isenção. Essa tarefa é beneficiada pelo fato de que o voto do jurado é secreto e não terá de prestar contas de seu julgamento a quem quer que seja. O júri é soberano e quanto mais puder se afastar da pressão social para julgar efetivamente de acordo com a prova, tentando aproximar-se do critério Constitucional e legal originário de que o réu no júri é julgado por seus pares, proferirá decisões tão mais aproximadas quanto possível do justo e merecido pelo réu.

4 O PROCESSO MENTAL DE TOMADA DE DECISÕES

4.1 HEURÍSTICAS, PENSAMENTOS AUTOMÁTICOS E SISTEMA REFLEXIVO

Conforme Kahnemann (2011), o ser humano possui duas estratégias diferentes de pensar: uma rápida e intuitiva⁴ e outra mais lenta, reflexiva. A primeira, denominada pelo autor *Sistema 1*, conduz a escolhas automáticas, heurísticas, instintivas, mas nem sempre certas. A segunda, o *Sistema 2*, consiste em processo analítico e reflexivo. Nesse contexto, reconhecer a suscetibilidade que temos a

⁴ **Intuição:** Conhecimento conquistado através do instinto, e não por um processo racional. Do latim *intuitio*, que significa "olhar para". (JARRET, Chistian: **Psicologia - 50 conceitos e teorias explicados de forma clara e rápida**. Publifolha: China: 2014. p. 49.

escolher de forma intuitiva e nem sempre correta pode ser uma forma de proporcionar decisões melhores.

Nesse panorama, expõe o precitado autor que imagens e palavras evocam memórias e emoções, que surgem associativamente em verdadeira *casca*, inicialmente de forma automática (KAHNEMANN, 2011, p. 66-67). Uma verificação simples demonstra a proposição ora trazida: ladrão e arma.

A mera leitura das palavras *ladrão* e *arma* disparam uma torrente de associações mentais, que induzem à sensação de medo e à busca instintiva por proteção. Mentalmente, a pessoa estabelece, de forma automática, uma relação de probabilidade, que condiciona seu agir. Como leciona Kahneman (2011, p. 76-77), ocorre uma “interpretação tácita do que acontece com você e em torno de você, ligando o presente com o passado recente e com expectativas sobre o futuro próximo.”

A partir daí, como relembra Correa (2017), estabelece-se uma crença e a procura de informações que a corroborem. Foi o que o psicólogo britânico Peter Watson, na década de 1960 do século XX demonstrou através de pesquisas: o chamado *viés de confirmação*.

Dentre as formas de heurísticas estudadas por Kahnemann, é oportuno mencionar neste estudo duas: a da disponibilidade e a do afeto.

A heurística da disponibilidade influencia o processo de tomada de decisões a partir da quantidade de informações sobre determinado tema a que o indivíduo tem acesso. Um exemplo clássico é o da torrente de notícias sobre violência urbana que inunda os veículos de comunicação, criando a sensação geral de insegurança e medo e nem sempre correspondendo às estatísticas reais de risco para o indivíduo.

Analisando a heurística da disponibilidade, Correa (2018, p. 531) refere:

Acontece que os juízos baseados nessa heurística são geralmente eficazes porque é mais fácil evocar memórias disponíveis do que memórias infrequentes. Esse juízo será acertado se, efetivamente, a memória facilitada for real. Se a decisão for influenciada pela facilidade/disponibilidade da percepção, e não pela realidade objetiva, podem ocorrer erros sistemáticos devido também à subjetividade das percepções.

Também merece destaque, dentro do sistema neurocognitivo de associações automáticas, a chamada *heurística do afeto*, assim denominada por Paul Slovic, *apud* Kahneman (2011, p. 133), que através de uma pesquisa concluiu que as pessoas tomam decisões e julgam com base em suas emoções. A heurística do afeto faz com que a pessoa decida respondendo uma pergunta fácil (Como me sinto em relação a isto?) com uma resposta a uma questão mais difícil (O que penso sobre isto?). Nessa linha, é compreensível que um jurado, de forma inconsciente, diante do gatilho mental disparado pelo medo associado à ideia de que poderia vir a ser uma vítima de um crime, decida condenar um réu. A emoção *medo*, heurísticamente, aciona o mecanismo inconsciente da necessidade de proteção e o réu está condenado.

Correa (2017, p. 531), ao enumerar as heurísticas – atalhos mentais que provocam distorções cognitivas, influenciando no processo decisório – menciona também a heurística da representatividade, referindo que “é utilizada para estimar a probabilidade de que um elemento pertença a uma determinada categoria prevendo que se julgue a probabilidade ou frequência baseada na similaridade.”

Kahneman (2011, p. 191) exemplifica a heurística da representatividade de forma bastante elucidativa. Segundo o renomado psicólogo israelense, “a heurística da representatividade está envolvida quando alguém diz “Ela vai ganhar a eleição; você pode perceber que é uma vencedora” ou “Ele não irá longe como acadêmico; tem tatuagens demais”. Transpondo-se esses exemplos para o contexto jurídico, torna-se fácil a compreensão do julgamento baseado no estereótipo do réu: *Ele cometeu o crime; você pode perceber que é mau*.

Há outras heurísticas que influenciam o processo decisório em geral, podendo também incidir sobre as decisões judiciais. Podem-se mencionar os *erros substanciais de atribuição e o efeito framing* (TRINDADE, 2017, p. 532).

Os *erros substanciais de atribuição* consistem na utilização das informações disponíveis à pessoa para que atribua causas a determinados eventos.

Já o efeito *framing* incide sobre o decisor a partir da proposição que lhe é apresentada: uma situação descrita de forma negativa tende a ser avaliada negativamente. A mesma situação, apresentada por meio de palavras positivas pode ser julgada positivamente.

Por outro lado, o sistema reflexivo de tomada de decisões opõe-se ao heurístico. Aqui a atenção voluntária está presente. Na lição de Kahneman (2011, p. 29), é o “eu consciente, raciocinador, que tem crenças, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo”. Os atalhos mentais são substituídos pela atividade cognitiva direcionada à solução de um problema proposto.

4.2 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Schünemann, *apud* Lopes Júnior (2017, pp. 70-71), ao analisar a Teoria da Dissonância Cognitiva, aborda com percuciência científica a questão dos pré-julgamentos a que estão sujeitos os juízes que recebem a acusação, presidem a instrução processual e proferem o julgamento.

A teoria, oriunda da psicologia social, guarda relação com o processo heurístico e observa as formas de reação do indivíduo diante de duas ideias antagônicas e incompatíveis entre si. Transpondo-a para a seara do processo penal e considerando a dicotômica relação entre acusação e defesa, o renomado jurista alemão defende que o juiz, ao receber a denúncia e o inquérito em que esta se fundou, constroi uma imagem mental formando já nesse momento, de forma inconsciente, um pré-julgamento do caso.

Estabelece o que Schünemann chamou de “efeito aliança” com o acusador em detrimento do defensor ou advogado de defesa. Isso implicará a busca de confirmações para uma decisão já tomada de antemão, a partir de hipóteses consideradas corretas. Durante a fase instrutória, assim, haverá uma tendência maior de supervalorização da prova que confirmar a decisão já adotada em momento anterior à produção da prova judicializada, sob o crivo do contraditório. A confirmação causará um efeito que tranquilizará o ego, diminuindo a carga estressora.

Conforme Trindade (2017, p. 340),

Na psicodinâmica da decisão judicial, deve-se considerar que o juiz, desde a fase do inquérito policial, entra em contato com informações que produzem a construção de um padrão mental (crença) que se instala e se aprofunda na medida em que ele vai “ingressando” no processo. No

decorrer do processo, esse modelo mental, que inicia por uma pré-cognição, irá conduzir a uma pré-concepção que, em um momento posterior, irá se transformar em uma concepção e, ao final, em um conceito (decisão, sentença).

Ao tratar das distorções cognitivas, Correa (2017, p. 532), destaca que o impacto das primeiras impressões que formamos sobre determinado assunto, fato ou pessoa é potencialmente maior do que os recebidos posteriormente. É o chamado efeito *primacy*, fenômeno neuropsíquico cujo efeito é o da tendência de formar-se opinião a partir da primeira versão conhecida, que se torna paradigma em relação ao qual as demais serão avaliadas.

Para os operadores do direito que atuam na defesa criminal, ainda que de forma empírica esses processos mentais são percebidos de forma retumbante na prática forense. Servem para explicar o aparentemente natural desinteresse judicial pelas argumentações defensivas e a preponderância de condenações criminais comparativamente ao número de absolvições.

As impressões acusatórias primeiramente recebidas pelo juiz são reputadas verdadeiras, criando para a defesa técnica a hercúlea tarefa de fazer valer os postulados constitucionais mais elementares. Dentre eles, o da presunção de inocência talvez seja o mais ameaçado nesse contexto, onde não raras vezes é anacronicamente exigido do réu que prove sua inocência.

Como bem observado por Trindade (2017, p. 341), a imensa influência exercida atualmente pela mídia sobre o imaginário popular atinge também os julgadores, que nem sempre conseguem suportar o fardo da imparcialidade e sucumbem diante da pressão social.

Nesse contexto, a imparcialidade do juízo resta comprometida numa escala exponencialmente maior quando o juiz desconhece suas próprias inclinações inconscientes, derivadas de sua condição humana e supõe agir de maneira justa e objetiva.

4.3 ARQUÉTIPOS, MITOS E SÍMBOLOS NO CONTEXTO JUDICIÁRIO

Além dos aspectos neuropsíquicos já abordados, dentro da proposta interdisciplinar ora trazida, ainda que brevemente impende refletir sobre a posição da psicologia analítica sobre o tema sob exame. O estabelecimento de uma relação entre o processo de tomada de decisões e as influências inconscientes dos mitos e arquétipos, em detrimento da análise consciente e não automática do fato (objeto sobre o qual deve o indivíduo decidir) é imprescindível neste trabalho.

Embora sejam objeto de estudo da psicologia analítica, as ideias de arquétipos e mitos são interligadas e surgem também na Filosofia. De acordo com Maldonato (2014, p. 266), no romantismo alemão, o mito foi apreendido por Schelling como “um conjunto de símbolos originais que encerram a verdade do homem e do mundo e podem ser acessados por meio da intuição imediata, em oposição direta ao pensamento racional.”

Para Freud, o mito se relaciona a manifestações coletivas do espírito humano, revelando suas tendências inconscientes. Conforme Maldonato (2014, p. 267), Jung *identifica no mito a presença de arquétipos entendidos como expressão do inconsciente coletivo e trans-histórico, como formas de representações estáveis que antecederam o inconsciente individual.*

Considerando-se que o conceito de arquétipo não é de fácil apreensão mesmo entre os estudiosos do tema, pode-se inferir que se trata de um conjunto de imagens inconscientes que podem ser comuns a toda a humanidade a uma determinada coletividade, e que podem condicionar comportamentos e atitudes em relação a determinado referencial.

Conforme Almeida Prado (2013, p. 61),

O homem reage arquetipicamente a alguma coisa ou a alguém quando se defronta com uma situação recorrente e típica. A mãe reage arquetipicamente ao filho, o homem reage arquetipicamente à mulher, o juiz reage arquetipicamente àquele que está sendo julgado. Dentro dessa concepção, não haveria um arquétipo de juiz e outro de infrator.

A noção de arquétipo pode ser mais bem compreendida através da ilustração trazida por Almeida Prado (2013, p. 52): *os filósofos do Direito há muito afirmam que a Justiça, desde tempos imemoriais, aparece nas simbolizações da humanidade. Pode-se, assim, afirmar que a Justiça é um arquétipo.*

De igual modo, o juiz é uma imagem arquetípica. Na mitologia grega, a figura de Zeus é a representação do julgador supremo do Olimpo. Em Roma, os imperadores foram os primeiros juízes. Na Idade Média, os senhores feudais distribuíam a justiça (ALMEIDA PRADO, 2013, p. 58). Daí se depreende que a noção presente no inconsciente coletivo acerca da figura arquetípica do juiz tende a estabelecer, no inconsciente individual, uma relação de poder em que o não-juiz, o jurisdicionado, ocupa posição de certa forma inferiorizada de postulante, aquele que pede. Tanto é assim que os vetustos códigos brasileiros traziam expressões como *suplicante* e *suplicado*, numa clara alusão ao que significava estar *perante* um juiz.

Consequentemente, quanto mais afastado da imagem arquetípica estiver o julgador, seja togado ou não, menores serão as possibilidades de decisões solipsistas, já que nesse contexto a tendência é a do predomínio da compreensão do real significado e conteúdo da prova.

Arrematando esta reflexão, uma provocação final é oportuna, e será deixada ao leitor para que não fique a lacuna sobre um dos conceitos junguianos mais impactantes: o da sombra. É ainda em Almeida Prado (2013, p. 63), que encontramos a inquietante passagem cuja transcrição não pode deixar de ser feita:

O ato de julgar implica a projeção, entendida como um mecanismo inconsciente, por intermédio do qual alguém tira de si e coloca no mundo externo (em outro ou em alguma coisa) os próprios sentimentos, desejos e demais atributos tidos como indesejáveis. Essa ligação entre julgamento e projeção traz um complicador, a formação de sombra. Por isso, creio ser importante que o juiz – mais talvez do que qualquer outro profissional – entre em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à consciência. Dessa forma, poderá talvez projetá-los menos. Isso ocorrerá se buscar entender o significado desse possível infrator que – como todo ser humano – tem dentro de si, reconhecendo-o como tal.

Significa dizer que a polaridade do arquétipo do juiz conduz o julgador a projetar inconscientemente no réu a quem julga todas as características que lhe são indesejáveis. Não numa perspectiva rasa de que a reprovação do crime através da condenação esconda, por exemplo, intenção homicida do decisor. Isso seria psicologismo barato. Mas, de modo mais amplo e profundo, lembra que o desafio do julgador – do jurado, juiz ocasional – talvez seja o de compreender-se passível de erro, falível, e tão humano quanto aquele que julga, despindo-se da falsa e inconsciente concepção de que errado é o outro e somente o outro pode errar.

4.4 OS MARCADORES-SOMÁTICOS E A RAZÃO-NOBRE

Conforme destaca Lopes Júnior (2017, p. 869), a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial.

A racionalidade, porém, não se confunde com cognição pura, cuja existência é questionada por expoentes da neurociência, como António Damásio. Ao diferenciar a concepção racionalista do processo de tomada de decisões daquela que considera os fatores emocionais, António Damásio (2012, pp. 161) refere que “Um aspecto importante da concepção racionalista é o de que, para alcançar os melhores resultados, as emoções têm de ficar de fora. O processo racional não deve ser prejudicado pela paixão.”

Prosseguindo, o neurocientista português Damásio (2012, p.163) apresenta o que denomina *hipótese do marcador somático*, que consiste nas reações fisiológicas desencadeadas pelas emoções decorrentes da percepção mental ou física (sensorial) de uma determinada opção possível de ser escolhida pelo tomador de decisão. Damásio expressamente refere:

Em suma, os marcadores somáticos são um caso especial do uso dos sentimentos gerados a partir de emoções secundárias. Essas emoções e sentimentos foram ligados, pela aprendizagem, a resultados futuros previstos de determinados cenários. Quando um marcador-somático negativo é justaposto a um determinado resultado futuro, a combinação funciona como uma campanha de alarme. Quando, ao contrário, é justaposto um marcador-somático positivo, o resultado é um incentivo.

A partir dessa concepção, que questiona a dualidade cartesiana mente-corpo, paradoxalmente torna-se prejudicial negar a influência e a utilidade da emoção no processo decisório, uma vez que a racionalidade pura é ilusória. No contexto do júri, o jurado manuseia o processo, vê as fotografias da cena do crime, visualiza exames periciais, vê o réu, ouve o acusador e o defensor. É impossível que nada disso lhe desencadeie algum tipo de emoção, que por sua vez desencadeiam reações fisiológicas. A gama de possibilidades é imensa e dependerá das percepções de cada um. Mas a indiferença não terá lugar, pois as reações a cada estímulo recebido não dependerão de sua vontade.

Conforme ensina Damásio (2016, p. 13), “Quando a emoção não figura de modo algum no quadro do raciocínio, como ocorre em certas doenças neurológicas, a razão mostra-se ainda mais falha do que quando a emoção nos prega peças na hora de decidir.”

Assim, negar-se a existência de reações emocionais que desencadeiam efeitos fisiológicos conduzirá a decisões em que a avaliação subjetiva será determinante, ainda que sob o aspecto de uma racionalidade aparente. No contexto do júri, corre-se o risco de o jurado, tomado pelo medo de ser – ele ou alguém de seu convívio – vitimado por um criminoso, acabar por condenar o réu sem considerar os efeitos equivocados da generalização e as particularidades da prova que lhe é apresentada em plenário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela compreensão da complexidade do processo decisório humano, e de forma específica dos fatores envolvidos na tomada de decisão por juízes e jurados fez concluir pela incidência de influências neuropsíquicas no julgamento pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri.

Nessa senda, constatou-se que a análise das narrativas trazidas ao conhecimento dos jurados durante os debates em plenário de julgamento é influenciada, geralmente de forma inconsciente, por fenômenos neuropsíquicos como a dissonância cognitiva, processos heurísticos e pensamentos automáticos.

Além disso, o conjunto de valores sociais do decisor podem inspirar o julgamento, como também o podem as pressões sociais exercidas pelas manifestações veiculadas em meios de comunicação e redes sociais. Essas influências são sentidas pelo decisor sob a forma de emoções, cujos efeitos fisiológicos – os marcadores somáticos – podem ser determinantes da escolha pela absolvição ou condenação.

Noutra linha, mas no mesmo contexto proposto neste estudo, concluiu-se que o julgador, influenciado pela imagem arquetípica do juiz, pode ser conduzido a decidir sem a necessária e isenta análise da prova, somente com base em arbítrio confundido com a menção legal de consciência.

De todo o exposto decorre ser impositivo que se busque nos julgamentos do Tribunal Popular dar a conhecer aos julgadores leigos que seu livre convencimento não equivale a um poder incondicional, bem ao modo absolutista, de escolher entre duas cédulas a que mais lhe convém e a que satisfaz seus anseios de justiça ou de moral, para que não haja um verdadeiro arbítrio nas decisões do júri, sob o pálio de uma suposta observância de princípios democráticos.

A consciência dos jurados preconizada pela lei, que lhes confere a condição de julgadores nos crimes dolosos contra a vida, não é sinônimo do conjunto dos valores e convicções individuais que lhes pautam a vida. Essa consciência deve ser entendida como a percepção de que, embora o fato criminoso em julgamento cause reações emocionais dos mais diversos graus de intensidade, não podem ser essas reações as determinantes únicas do ato de decidir. A racionalidade é premissa complementar da decisão do jurado e, dentro da concepção neurocientífica da estrutura e do funcionamento neuropsicológico do processo decisório, pode-se concluir que o peso das pré-cognições, da pressão social, dos pensamentos automáticos e dos atalhos mentais não pode preponderar sobre o raciocínio analítico no que se refere ao exame da prova em plenário de julgamento.

Isso promove o afastamento da mecanicidade decisória, representada pela predominância dos processos de escolhas movidas por associações mentais automáticas - as heurísticas - em benefício da análise racional da prova, dissociada, tanto quanto possível, de padrões psíquicos e conceituais prévios que possam influenciar os jurados na ocasião do julgamento (pré-concepções).

Maneiras de combater o solipsismo no Tribunal do Júri não são muitas. Porém, a partir do que se tratou neste artigo, pode-se sugerir aos defensores públicos e advogados que, ao iniciarem seu trabalho de debates orais no Tribunal do Júri, lembrem aos jurados que suas decisões, embora sejam pautadas pelo seu livre convencimento, que não precisa ser motivado, estão atreladas à prova e não somente à prova acusatória, mas também à prova defensiva.

Assim, observando-se o binômio dworkniano *igual respeito e igual atenção*, e tendo-se presente que a livre consciência dos jurados – que é emocional – encontra limitação na análise tão racional quanto possível da prova defensiva e acusatória, as possibilidades de um julgamento justo serão certamente maiores.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA PRADO, Lúcia Reis de. **O juiz e a emoção. Aspectos da lógica da decisão judicial**. São Paulo: LTR. 2013.

ALMEIDA, Guilherme de Assis e BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Atlas: 2016.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Tribunal do Júri - aspectos constitucionais e procedimentais**. São Paulo: Editora Verbatim. 2011.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2011.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10.08.2016.

CÁRCOVA, Carlos **¿Que Hacen los Jueces Cuando Juzgan?** Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1806/1502>> Acesso em: 15/11/2017.

CORREA, Matheus Alan Cardoso. In: TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2017, p. 531.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**. São Paulo: Editora Schwarckz S.A., 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Editorial Tratta, S.A., 2001.

FERRARESE, Paulo Filho. **Decisão judicial e narratividade: um olhar para os fatos a partir da teoria narrativista do direito de José Calvo González**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178724> > Acesso em: 11/11/2017.

FREUD, Sigmund. **Obras Completas**. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda: 1969.

GONZÁLES, José Calvo. **Direito Curvo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

GORPHE, François. **Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Chile 2970: 1953.

HAASE, Vitor Geraldi et al. **Neuropsicologia e autonomia decisória: implicações para o consentimento informado**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/35/38> Acesso em: 19/07/2016.

JUNG, Carl. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

KAAHNEMANN, Daniel. **Rápido e devagar – duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva: 2012.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Editora UNESP, 6ª ed: 2009.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial – dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2013.

LOPES JR., Auri. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Jur. 14ª ed. 2017.

MALDONATO, Mauro. **Dicionário das Ciências da Mente**. Rio de Janeiro: Senac Editora: 2014. p.266.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009.

_____. **Júri, instrumento da soberania popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Coleção Os pensadores, vol. XXIV. São Paulo: Editora Nova Cultural: 2005.

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2017.

_____. **Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2017.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **A Incompatibilidade das Decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito. Uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de**

uma interseção entre filosofia e direito. Disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8990>> Acesso em 22/10/2017.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA ADOLESCENTES APREENDIDOS EM FLAGRANTE DE ATO INFRACIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Giovani Favoreto Brocardo¹

RESUMO: Este artigo se propõe a examinar a aplicabilidade da audiência de custódia na apreensão de adolescentes em flagrante de ato infracional, considerando a inexistência de regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional. Analisa-se referido ato processual com base no direito internacional dos direitos humanos, no neoconstitucionalismo e na doutrina da proteção integral.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Direito internacional dos direitos humanos. Neoconstitucionalismo. Doutrina da proteção integral.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Aspectos conceituais e normativos da audiência de custódia. 3 Fundamentos de aplicabilidade. 3.1 Do direito internacional dos direitos humanos. 3.2 Do neoconstitucionalismo. 3.3 Da doutrina da proteção integral. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a atuação da Autoridade Policial e do Ministério Público na apreensão de adolescentes em flagrante de ato infracional, nos seus artigos 172 e seguintes (BRASIL, 1990a). À primeira, dentre as incumbências estabelecidas, determinaram-se a lavratura do auto de apreensão, a constrição do produto e dos instrumentos do ato ilícito, requisições de exames ou

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado de Santa Catarina. *E-mail:* giovani@brocardo.com

perícias, bem como o encaminhamento do adolescente a repartição especializada ou a entidade de atendimento, para subsequente apresentação ao *Parquet* no prazo de 24 horas. Ao segundo, por seu turno, em meio a disposições outras, fixou-se a possibilidade de promoção do arquivamento dos autos, da concessão de remissão, bem como da representação à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa.

Todavia, não se estabeleceu a imediata apresentação dos adolescentes apreendidos em flagrante à autoridade judicial para exame da conformação legal da medida e apuração de eventual excesso no modo em que praticada. Isto é, não há referência à audiência de custódia nessa ritualística.

Examina-se, portanto, a possibilidade de aplicação do instituto, nesse âmbito, ainda que à míngua de específica previsão legal.

Com efeito, a audiência de custódia consiste em ato processual consubstanciado, originariamente, em diplomas internacionais de Direitos Humanos. É destinado a propiciar a presença imediata de qualquer pessoa presa, sem restrições, perante a autoridade judicial, a fim de que sejam, *grosso modo*, apreciadas a legalidade e a necessidade de prisão, bem como a ocorrência de excesso na forma em que foi praticada a medida.

Sua aplicabilidade remonta ao processo de universalização dos Direitos Humanos, fenômeno desencadeado, notadamente, pela cogência das declarações e dos tratados internacionais assinados após a Segunda Guerra Mundial. Resignificou-se, aqui, o conceito de soberania estatal, a fim de permitir a expansão protetiva da dignidade humana, submetida, então, à objetificação por regimes autoritários.

Esse marco histórico tem o neoconstitucionalismo como teoria constitucional emergente, a propor a força normativa da constituição, a eficácia irradiante da dignidade da pessoa humana e o resgate da moral como pressupostos de compreensão do ordenamento jurídico. Sua concepção, de base filosófica pós-positivista, repele a mera legalidade como fonte exclusiva do direito, vindo à tona a argumentação jurídica e a aplicação direta dos princípios aos casos concretos como instrumento operacional do sistema normativo.

Nesse prisma, o direito da criança e do adolescente apresenta um giro

paradigmático. A doutrina da proteção integral, encampada em documentos internacionais e nacionais, advém como estrutura normativa de cunho emancipatório, em detrimento da doutrina da situação irregular. O novo paradigma concebe a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Isto é, não mais como objetos de proteção, providenciada sob perspectiva paternalista e verticalizada do Estado.

Dentre os aspectos atingidos por este influxo axiológico e jurídico, sobressai o devido processo legal na apuração da prática de ato infracional praticado por adolescente, especificamente a impossibilidade de ele receber tratamento mais gravoso do que o dispensado a adultos em análogas condições.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS E NORMATIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Concernente ao conceito de audiência de custódia, Caio Paiva leciona:

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2017, p. 41).

No mesmo sentido, conceituam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após à efetivação da providência cerceadora de liberdade. É 'interrogatório de garantia' que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da licitude das prisões (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 914).

O ato solene é oriundo do direito internacional dos direitos humanos. Encontra previsão tanto no sistema normativo americano (artigo 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos) quanto no sistema normativo global (art. 9.3, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos).

No sistema americano, correspondente disposição normativa enuncia:

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 (COMISSÃO, 1969).

Do mesmo modo, no sistema global, correlato texto legal estabelece:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 1992).

Todavia, o Código de Processo Penal Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente não contêm previsão expressa acerca da audiência de custódia.

Sobre esse ponto, elucida Caio Paiva:

Outra hipótese de “audiência de apresentação”, e não de audiência de custódia, portanto, está prevista no art. 175 do ECA, que dispõe: “*Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência*”. Tal ato não se confunde com a audiência de custódia por duas razões: primeiro, não é realizado na presença de autoridade judicial, mas perante o Ministério Público, e, segundo, a atividade do MP neste procedimento se revela incapaz de, *sozinha*, reparar qualquer tipo de ilegalidade na apreensão do adolescente ou fazer cessá-la ante sua desnecessidade, ou, ainda, de *custodiar* o adolescente vítima de eventual violência ou maus tratos, e isso porque, entendendo por arquivar o expediente ou conceder a remissão (art. 179, § único, incisos I e II, do ECA), o que acarretaria a liberação do adolescente, ainda assim tal ato ficaria condicionado à homologação judicial (art. 181 do ECA) (PAIVA, 2017, p. 44).

Com efeito, para implementar a audiência de custódia na realidade forense, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução n. 213, fixando o prazo de 24 horas para apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial. Restringiu, contudo, a regulamentação ao âmbito penal.

Sobredita resolução dispõe que, na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo, dentre outras incumbências, indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; bem como perguntar

sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando-a sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos e adotando as providências cabíveis (artigo 8º, V e VI) (CONSELHO, 2015).

Concernente ao exame da cautelaridade no caso concreto, o parágrafo primeiro do sobredito artigo dispõe que será oportunizado requerer-se o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação de prisão preventiva e a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Em verdade, conquanto não tenha sido regulamentada a audiência de custódia para adolescentes apreendidos por ato infracional, passa-se a examinar sua aplicabilidade com base no direito internacional dos direitos humanos, no neoconstitucionalismo e na doutrina da proteção integral.

3 FUNDAMENTOS DE APLICABILIDADE

3.1 DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, conforme sublinha André de Carvalho Ramos:

consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna (RAMOS, 2015, p 27).

Com efeito, trata-se de patrimônio jurídico construído historicamente, à míngua de termo final, marca de sua inexauribilidade. De vocação expansiva e progressiva, tal categoria é imune ao decurso do tempo e não admite renúncia, tampouco alienação, dada sua essencialidade.

A propósito:

os direitos humanos têm por fundamento intrínseco o valor-fonte do Direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência. É dizer, tais direitos retiram o seu suporte de validade da dignidade da qual toda e qualquer pessoa é portadora (MAZZUOLI, 2014, p. 25).

Destaca-se, aqui, a filosofia kantiana como substrato teórico concernente à dignidade. Com efeito:

no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2011, p. 82).

O aspecto contemporâneo dos direitos humanos remonta, fundamentalmente, ao término da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que a humanidade deparou-se com profundo desprezo de seu valor, diante da tortura e morte de milhões de pessoas.

Conforme esclarece André de Carvalho Ramos:

até meados do século XX, o Direito Internacional possuía apenas normas internacionais esparsas referentes a certos direitos essenciais, como se vê na temática do combate à escravidão no século XIX, ou ainda na criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho, 1919), que desempenha papel importante até hoje na proteção de direitos trabalhistas. Contudo, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está relacionada à nova organização da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial (RAMOS, 2015, p. 46).

Nessa prisma, “o marco da universalidade e inerência dos direitos humanos foi a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que dispõe que basta a condição humana para a titularidade de direitos essenciais” (RAMOS, 2015, p. 90).

Com efeito, o campo normativo de proteção dos direitos humanos não se restringe ao sistema global, consubstanciado no âmbito Nações Unidas, sendo composto, também, pelos sistemas regionais americano, europeu e africano. E, aqui, inexistente hierarquia entre as estruturas, mas complementariedade na consecução do projeto político humanista.

Por seu turno, a classificação quanto à natureza jurídica destas normas, de fato, não se afigura objeto de consenso jurisprudencial e doutrinário.

Inicialmente, conforme aponta Carlos Weis, “o STF vinha se posicionando pela prevalência hierárquica da norma constitucional sobre as do direito internacional dos direitos humanos” (WEIS, 2011, p. 43).

Todavia, segundo registra o autor, “a Corte alterou sua posição, passando a entender que as normas advindas dos tratados internacionais de direitos humanos,

se não têm hierarquia constitucional, situam-se, por sua natureza, acima do restante da legislação” (WEIS, 2011, p. 43).

De outro ângulo, a cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal permite concebê-la como normas materialmente constitucionais. A propósito enuncia o referido dispositivo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Nessa esteira, leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, entende-se que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. De fato, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais 'em que a República Federativa do Brasil seja parte', é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil 'se incluam' no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é por que, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição 'os inclui' no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade' (MAZZUOLI, 2014, p. 172).

A propósito, sublinha Carlos Weis:

Como sistemas jurídicos paralelos, ambos são aptos a gerar direitos subjetivos para as pessoas submetidas à soberania brasileira. E, sobrevindo eventual conflito quanto ao sentido e alcance de um dado direito, no caso concreto, conforme se busque sua previsão num ou noutro sistema, tal se resolve não pela indagação de qual seja a norma “superior”, mas, sim, da que promova de forma mais ampla e eficaz o direito em questão, na forma preconizada pelas regras de interpretação dos direitos humanos, previstas nos respectivos tratados (WEIS, 2011, p. 45).

Essa perspectiva enseja compreensão extensiva do bloco de constitucionalidade, isto é, do conjunto de normas constituintes do parâmetro para controle de constitucionalidade.

Aliás, o referido método de conformação constitucional do ordenamento, em meio à consolidação do direito internacional dos direitos humanos, passa a conviver

com o controle de convencionalidade. Essa ferramenta, nos dizeres de Valerio de Oliveira Mazzuoli:

nada mais é do que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5.º, § 2.º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5.º, § 3.º), é lícito entender que o clássico 'controle de constitucionalidade' deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle ('de convencionalidade') da produção e aplicação da normatividade interna (MAZZUOLI, 2014, p. 207-208).

Desse modo, sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, a aplicabilidade da audiência de custódia, como condição de legalidade das apreensões, afigura-se providência adequada. Aliás, conforme anota Caio Paiva (2017), de modo geral, “a principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos” (PAIVA, 2017, p. 45).

3.2 DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo, moderna construção teórica do direito constitucional, propõe a máxima efetividade da constituição como premissa hermenêutica, de modo que a contemporânea abertura da Carta Política ao direito internacional dos direitos humanos e o princípio do devido processo legal passam a ter direta aplicabilidade.

Tem-se, nesse paradigma, o resgate da moral na compreensão do fenômeno jurídico, daí que a mera legalidade não subsiste como fonte exclusiva do direito. Isto é, violação de direitos fundamentais, sob o manto da “lei”, marca de regimes autoritários, não encontra aqui respaldo teórico.

A propósito, o ordenamento jurídico passa a ser conformado e operacionalizado considerando a força expansiva da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do sistema normativo, com a conseqüente aplicação direta dos princípios.

Sobre o tema, elucidam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle de poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo (MENDES; BRANCO, 2016, p. 53).

Nessa perspectiva, a inexistência de lei infraconstitucional a dispor sobre a audiência de custódia para adolescentes apreendidos em flagrante por ato infracional não representa óbice à aplicação do instituto. Isso porque indigitado expediente passa a ter direta aplicabilidade, em campo hermenêutico de máxima efetividade da Constituição Federal. *Grosso modo*, a cláusula de abertura ao direito internacional dos direitos humanos, prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal e aplicação direta do princípio do devido processo legal devem ressoar na realidade comunitária, cenário em que se insere a audiência de custódia para esses adolescentes.

3.3 DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O direito da criança e do adolescente não foi olvidado das inovações humanistas. É bem verdade que até o advento da Constituição Federal de 1988, o direito infantojuvenil brasileiro pautava-se pela doutrina da situação irregular, consolidado com o Código de Menores, cuja marca era centralização do atendimento à criança e ao adolescente. Isto é, “entendia ser papel do Executivo proporcionar a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente” (VERONESE, 2017, p. 135).

No cenário institucionalizante e verticalizado gerado pela doutrina da situação irregular, crianças e adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos. Aqui, medidas preventivas de risco e promocionais de suas potencialidades existenciais

não compunham o âmbito de atuação do Estado. Conforme elucida Andréa Rodrigues Amin:

Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, "apagando-se incêndios". Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais, que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram passíveis de execução (AMIN, 2008, p. 13).

Tal quadro transformou-se com o advento da Constituição Federal de 1988 que, aberta aos influxos da normativa internacional dos direitos humanos, fundamentalmente da Declaração dos Direitos da Criança e da Convenção sobre os Direitos da Criança, encampou a teoria da proteção integral.

Nesse sentido, enuncia o primeiro princípio da Declaração dos Direitos:

Princípio 1

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família. (ONU, 1959)

Na mesma linha, extrai-se do artigo 2º, da Convenção dos Direitos da Criança:

Artigo 2

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.
2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

A nova configuração jurídica do direito infantojuvenil afastou-se do paradigma centralizador e objetificante para constituir uma estrutura descentralizada e prioritária no atendimento e cuidados com as crianças e adolescentes.

A propósito, consoante dispõe o artigo 227, da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Essa diretriz foi encampada em âmbito infraconstitucional, conforme enuncia o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990^a).

Dentre os aspectos da proteção especial, o artigo 227, § 3º, IV, da Constituição Federal estabelece a garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica.

A propósito, o artigo 37, da Convenção dos Direitos da Criança detalha o âmbito de proteção, neste ponto:

Os Estados Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;
- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;
- d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação (BRASIL, 1990b).

Outrossim, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil apresenta fundamental inovação quanto à responsabilização dos adolescentes ao estabelecer a impossibilidade de receberem tratamento mais gravoso do que adultos em análogas condições.

A propósito, enuncia o artigo 54, do sobredito documento:

Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem (ONU, 1959).

Tal diretriz foi encampada na legislação doméstica, no artigo 35, I, da Lei n. 12.594 de 2012, Lei do Sinase:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto (BRASIL, 2012);

Com efeito, a doutrina da proteção integral remodelou à normativa correlata à infância e juventude. De objetos de proteção, crianças e adolescentes passaram a ser concebidos como sujeitos de direitos, em uma virada emancipatória. E, por consequência, tornaram-se possuidores do direito ao devido processo legal. Mais do que isso, foram imunizados contra tratamento mais gravoso do que dispensado a adultos em análogas condições.

Desse modo, considerando o escopo da audiência de custódia de humanizar o rito das prisões, sua aplicação às apreensões de adolescentes em flagrante de ato infracional afigura-se decorrência sistêmica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apontando-se como problema a ausência de regulamentação da audiência de custódia para adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional no direito

brasileiro, perscrutou-se a possibilidade de se extrair sua aplicabilidade, com base no direito internacional dos direitos humanos, na teoria neoconstitucionalista e na doutrina da proteção integral.

Observou-se que sobredito expediente processual apresenta previsão tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, como no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, diplomas vocacionados, sem relação hierárquica, à proteção dos direitos humanos.

Nesse prisma, destacou-se o aspecto histórico e expansivo dos direitos humanos. Outrossim, não obstante indicada a divergência existente sobre a natureza jurídica da correspondente normativa, aventou-se a possibilidade de ser concebida como normas materialmente constitucionais, considerando-se a cláusula de abertura consubstanciada no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Na sequência, apontou-se para o neoconstitucionalismo como contribuição teórica para se aferir a efetividade das disposições normativas internacionais concernentes à audiência de custódia. Isso porque, ao pressupor a máxima efetividade da Constituição como premissa hermenêutica, a abertura humanística de nossa Carta Política e os princípios passam a ter direta aplicabilidade.

Por fim, apresentou-se a Doutrina da Proteção Integral que, superando a Doutrina da Situação Irregular, passou a compreender a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, e não mais como objetos de proteção. Nesse contexto, conferiu-lhes amplo espectro normativo de proteção, destacando-se o direito ao devido processo legal e a impossibilidade de serem submetidos a tratamento mais gravoso do que adultos em análogas condições.

Portanto, se de um lado inexistente a previsão legal no direito doméstico acerca da audiência de custódia para adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional, de outro, tem-se convenções internacionais de direitos humanos e substrato teórico que lhe conformam juridicamente e lhe atribuem aplicabilidade.

5 REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIAL, Dátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:**

Aspectos Teóricos e Práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Lei n. 8.069,** de 13 de julho de 1990. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Decreto n. 99.710,** de 21 de novembro de 1990. 1990b. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Decreto n. 592,** de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Lei n. 12.594,** de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Resolução n. 213** de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de

Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70; LDA, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil diretrizes de Riad**. 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANCHES, Helen Crystine Corrêa. **A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar**. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente: Novo curso – novos temas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

Kerollyn Neumann Nogueira da Rosa¹

RESUMO: Este estudo trata sobre a atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, especialmente do direito à educação. Aborda-se o tratamento dado pela legislação brasileira a este importante direito, o qual é um pressuposto para o exercício da cidadania e de outras garantias, resultando na dignidade da pessoa humana. Destacam-se os conceitos e implicações dos institutos da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, que são diretamente relacionados à atuação estatal na concretização dos direitos sociais. O objetivo é analisar os limites impostos ao Poder Judiciário para garantir o acesso ao ensino infantil diante de questões como o ativismo judicial, o controle judicial de políticas públicas, a Reserva do Possível, o Mínimo Existencial e a tripartição dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à educação. Ativismo judicial. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O direito fundamental à educação infantil. 3 As questões atinentes à judicialização de direitos fundamentais: Reserva do Possível e Mínimo Existencial. 4 Ativismo Judicial: Os limites da atuação do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do direito fundamental à educação infantil. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A educação é um direito social previsto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Afirma-se que a educação, especialmente a educação básica infantil, é pressuposto para o gozo da cidadania e de inúmeros

¹Analista Processual da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP/Bagé.

Endereço eletrônico: kerollynneumann@gmail.com.

outros direitos, pois, somente através do conhecimento e consciência de seu lugar no mundo, a pessoa estará exercendo seu direito universal da dignidade da pessoa humana.

O Poder Judiciário, em algumas situações, tem atuado para garantir a efetivação de direitos sociais, entre eles o direito à educação. Nesse contexto, o objetivo da presente pesquisa é analisar os limites da atuação do Poder Judiciário no tocante à possibilidade de efetivação do direito à educação infantil, tendo em vista as limitações orçamentárias do Estado e as consequências do chamado “ativismo judicial”.

Para isso, será verificada a importância do direito à educação e seu tratamento perante a legislação brasileira, bem como a observação das questões que envolvem a concretização de direitos sociais, a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. A realização deste trabalho deu-se mediante uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo.

Como hipóteses para a solução da problemática da pesquisa, há dois entendimentos. De um lado, afirma-se que, por ser a educação um direito social previsto constitucionalmente, não se pode alegar que o Poder Judiciário não é legítimo para garantir a sua efetivação. Em se tratando de direito de crianças e adolescentes, é aplicável o princípio da proteção integral, devendo ser a prestação da educação uma prioridade do Estado. Através da atividade jurisdicional, uma função típica do Poder Judiciário, podem-se buscar formas de efetivar a educação, diante de situações em que o Poder Público não o fez de forma prioritária ou executou de forma precária. Além disso, prevê a Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV).

Por outro lado, há o entendimento de que não pode ser utilizado o Poder Judiciário para garantir a prestação de educação infantil, pois há limites impostos para as prestações do Estado, sendo um deles o princípio da Reserva do Possível. Além disso, o Poder Judiciário não possui legitimidade para interferir em questões de políticas públicas, na esfera de prestações positivas do Estado, sob pena de desrespeito à teoria da tripartição dos poderes, uma base do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, este trabalho busca abordar as questões que envolvem o ativismo judicial, principalmente no que diz respeito à concretização do direito à

educação infantil, analisando-se a possibilidade de uma atuação judicial que garanta os direitos constitucionais sem ultrapassar os limites de sua competência.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

O constituinte brasileiro, ao estabelecer os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, destaca que serão promovidas a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a educação mostra-se como uma importante ferramenta que proporciona ao ser humano o desenvolvimento necessário para alcançar esses objetivos, pois dispõe a Constituição Federal que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incluiu a educação no rol de direitos sociais do artigo 6º. Assim, foi proporcionado à educação o tratamento dado a outros importantes direitos, tais como a saúde e o trabalho (SARLET, 2012, p. 291).

Considerando a relevância do direito à educação, também foi estabelecida uma seção específica dedicada ao tema, dentro do Capítulo III, Título VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, entre os artigos 205 e 214, dispondo que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (BRASIL, 1988).

Assim, a educação “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988). Além disso, no parágrafo primeiro do artigo 208, afirma-se que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

O artigo 206 expõe os princípios que serão a base para o ensino, quais sejam: “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”; “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”; “pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”; “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”; “valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas

e títulos, aos das redes públicas”; “gestão democrática do ensino público, na forma da lei”; “garantia de padrão de qualidade”; “piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal” (BRASIL, 1988).

Já o artigo 208, *caput* e inciso IV, ressalta que o Estado tem o dever de garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade (BRASIL, 1988).

Importante destaque pode ser feito acerca das características da educação:

A educação é universal por constituir um direito de todos, sem distinção, devendo ser assegurada e mantida, em igualdade de condições, a todos os cidadãos: deve desenvolver o máximo da potencialidade, tendo em vista o mais perfeito aprimoramento do homem na sua condição pessoal e social; constitui um direito público subjetivo [...], razão pela qual constitui garantia irrenunciável; é irreversível, porquanto, uma vez absorvido o conhecimento, este não pode ser anulado ou apagado, ou seja, o homem não pode voltar ao *status quo ante*. Por fim, a educação é personalíssima uma vez que deve considerar as condições pessoais do educando, suas necessidades e suas potencialidades (GOLDSCHIMIDT, 2003, p. 61).

Além disso, reforçando o relevante papel da educação na sociedade, afirma-se que “a educação é o veículo primário pelo qual os adultos e as crianças, econômica e socialmente marginalizados, podem combater a pobreza e obter os meios para participar plenamente de suas comunidades” (AFONSO, 2010, p. 40).

Quanto aos direitos sociais, afirma-se que eles são, na maioria das vezes, deveres de prestações positivas do Estado, tendo como objetivo melhorias na condição de vida e promoção de igualdade material entre os indivíduos (GOTTI, 2012, p. 74).

Nessa perspectiva, acerca dos direitos sociais prestacionais sustenta-se que sua natureza é a exigência de uma prestação positiva, e não de uma omissão por parte do Estado, correspondendo, então, a uma obrigação de fazer ou de dar (MENDES; BRANCO, 2014, p. 149).

Nesse contexto, a fim de implementar os direitos sociais, é necessário que o Estado aja no sentido de produzir normas e adotar políticas públicas, a fim de garantir a observância do princípio da dignidade da pessoa humana e do dever estatal de promover esses direitos (GOTTI, 2012, p. 74). Dessa forma, preconiza o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969):

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre **educação**, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (grifou-se)

Ainda no plano internacional, reconhece-se a educação como um direito humano, assim dispendo o artigo 28 da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil:

Artigo 28

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; [...] (ONU, 1989).

A respeito do direito à educação, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também ratificado pelo Brasil, salienta que:

Artigo 13

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; [...] (ONU, 1966)

Destarte, não basta que haja apenas a previsão constitucional da educação para que ela seja efetivamente concretizada para seus titulares; é necessário que o Estado adote políticas públicas para materializar tal direito e garantir-lhe a devida eficácia (COSTA; RITT, 2008, p. 58).

Com efeito, a educação é um direito fundamental através do qual é possível a instrumentalização dos demais, tendo em vista que o conhecimento é imprescindível para o implemento universal e concreto dos outros direitos (AMIN; et al, 2015).

Em se tratando de educação infantil, a questão é ainda mais significativa por se tratar da base de desenvolvimento do ser humano. Nesse sentido, o artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) salienta que a criança e o adolescente “têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho [...]” (BRASIL, 1990).

Nessa perspectiva, a Constituição da República Federativa do Brasil declarou, em seu artigo 227, o princípio da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, dispondo que:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Esse dispositivo constitucional pretende garantir o “reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que, mediante o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, estabeleceu compromissos para família, sociedade e Estado quanto à efetivação de seus princípios e regras [...]” (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 229). Além disso, pode-se extrair dessa norma a doutrina da proteção integral, que visa o desenvolvimento íntegro da criança e do adolescente, em vista da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, segundo o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Ou seja, é necessário haver proteção plena e integral a fim de que seja obtido o desenvolvimento completo para os atos da vida adulta e para a condição inerente a cidadão.

A educação infantil, portanto, deve ser analisada de forma especial. Sobre o assunto, o artigo 29 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe que a educação infantil, complementando a ação da família e da comunidade, é a primeira etapa da educação básica e tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até cinco anos de idade, incluindo os aspectos físico, psicológico, intelectual e social. Segundo o disposto no artigo 30 da referida lei, a educação infantil consiste em acesso a creches ou a entidades equivalentes (para crianças de até três anos de idade) e acesso a pré-escolas (para crianças de quatro a cinco anos de idade). Além disso, segundo previsto no artigo 11, inciso V, da

mencionada lei, é incumbência do Município o dever de oferecer e gerenciar a educação infantil (BRASIL, 1996).

No âmbito internacional, a Observação Geral nº 11 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma que:

[...] o direito à educação, reconhecido nos artigos 13 e 14 do Pacto, assim como em outros tratados internacionais, tais como a Convenção sobre Direitos da Criança e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, é de vital importância. Tem se classificado de maneira distinta como direito econômico, direito social e direito cultural. É, todos esses direitos ao mesmo tempo. Também, de muitas formas, é um direito civil e um direito político, já que se situa no centro da realização plena e eficaz desses direitos. A esse respeito, o direito à educação é o epítome da indivisibilidade e da independência de todos os direitos humanos (tradução livre). (COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 1999-A)

Além disso, a Observação Geral nº 13 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao mencionar o direito à educação, ressalta que:

[...] A educação é um direito humano intrínseco e um meio indispensável de realizar outros direitos humanos. Como direito do âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o principal meio que permite a adultos e menores marginalizados econômica e socialmente sair da pobreza e participar plenamente em suas comunidades. A educação desempenha um papel decisivo na emancipação da mulher, na proteção das crianças contra a exploração laboral, no trabalho perigoso e na exploração sexual, na promoção de direitos humanos e na democracia, na proteção do meio ambiente e no controle do crescimento demográfico. Está cada vez mais aceita a ideia de que a educação é um dos melhores investimentos que os Estados podem fazer, mas sua importância não é unicamente prática pois dispõe de uma mente instruída, inteligente e ativa, com liberdade e amplitude de pensamento, é um dos prazeres e recompensas da existência humana [...]. (tradução livre) (COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 1999-B)

Em relação à educação infantil, em especial, a Observação Geral nº 13 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma que:

[...] A educação primária compreende os elementos de disponibilidade, acessibilidade e adaptabilidade que são comuns à educação em todas as suas formas e em todos os níveis. Para a interpretação correta de 'educação primária', o Comitê se guia pela Declaração Mundial sobre Educação para Todos, onde se afirma: 'O principal sistema para transmitir a educação básica fora a família é a escola primária. A educação primária deve ser universal, garantir a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem de todas as crianças e ter em consideração a cultura, as necessidades e as possibilidades da comunidade' (artigo 5). A Declaração define 'as necessidades básicas de aprendizagem' em seu artigo 1. Embora a educação primária não seja sinônimo de educação básica, existe uma

estreita correlação entre ambas. A esse respeito, o Comitê inscreve a posição do UNICEF: 'a educação primária é o componente mais importante da educação básica'. [...] (tradução livre) (COMITÉ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 1999-B)

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no parágrafo único do artigo 4º, traz o princípio da prioridade absoluta, pois faz previsão expressa de “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (BRASIL, 1990). Isso é mais um fundamento que corrobora a importância de ações do Poder Público para efetivar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, em especial o direito à educação.

3 AS QUESTÕES ATINENTES À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

No contexto da necessidade de prestação de direitos sociais pelo Estado, despontam argumentos acerca da atuação do Poder Judiciário no sentido de efetivar o direito à educação, seja suprimindo a falta de uma política pública sobre a matéria, seja aplicando uma política pública já existente e ineficaz. De um lado, há a Reserva do Possível, que é relacionada ao custo necessário para a prestação dos direitos sociais, ou seja, é um argumento referente à limitação da promoção desses direitos em razão da insuficiência orçamentária do Estado. Por outro lado, há o Mínimo Existencial, que consiste no conjunto de condições fundamentais ao ser humano, tendentes a assegurar sua dignidade e evitar que sua subsistência seja desrespeitada (LAZARI, 2012, p. 43-70).

No que diz respeito à implantação de direitos sociais, é necessária a cautela de não se ver a questão orçamentária sempre como um empecilho e obstáculo para efetivação desses direitos, mas sim como uma possibilidade e meio de fazê-lo. Por isso, é necessário haver uma análise da Reserva do Possível juntamente com o Mínimo Existencial.

Cabe ressaltar que os direitos sociais, os quais são sujeitos a prestações do Estado, possuem dimensão econômica, ou seja, são satisfeitos através das disponibilidades orçamentárias atuais, de acordo com o previsto pelo legislador infraconstitucional. Por esse motivo, afirma-se que essas prestações estão sujeitas à

Reserva do Possível, na medida em que são materializadas de acordo com o permitido pelas disponibilidades do Estado (MENDES; BRANCO, 2014, p. 151).

O artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais faz menção ao máximo dos recursos disponíveis pelo Estado, bem como à progressividade e à proibição de retrocessos:

Artigo 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. [...] (ONU, 1966)

Em se tratando da Reserva do Possível, pode-se afirmar que ela está diretamente ligada ao custo necessário para efetivação dos direitos pelo Estado, ou seja, é o argumento utilizado para descrever a limitação e insuficiência orçamentária à implementação dos direitos sociais previstos pela norma constitucional. Ademais, a Reserva do Possível só pode ser utilizada como defesa do próprio Estado, visto que é a Administração Pública que tem competência para efetivar os comandos constitucionais que preveem os direitos fundamentais. Logo, à Administração Pública caberá utilizar-se desse argumento para limitar a sua atuação (LAZARI, 2012, p. 43).

Destarte, como as disponibilidades materiais do Estado são finitas, faz-se necessário que se opte por destinar corretamente essas verbas disponíveis, equilibrando a necessidade e a possibilidade de aplicação delas para efetivação dos direitos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 151).

Além disso, “cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva de recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como a eficiente aplicação dos mesmos” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 31). Nesse sentido, cabe tão somente ao Estado a prova da situação que ensejou a argumentação da Reserva. Em outras palavras, não se pode dar ao particular que demanda em juízo a incumbência de provar que há recursos financeiros para efetivação de determinado direito em uma situação concreta, pois é o Estado que deve fazer prova de alguma insuficiência capaz de limitar essa efetivação. Assim, não basta que o Estado apenas faça a alegação de que há insuficientes recursos; é

necessário ter uma prova concreta de tal alegação, sendo que esta deve ser excepcional, não podendo ser utilizada deliberadamente para toda e qualquer demanda em que figure o Estado no polo passivo, visto que sempre deve ser levado em consideração o interesse da coletividade (LAZARI, 2012, p. 44).

Por outro lado, com relação ao Mínimo Existencial, pode ser ressaltado que ele compreende o conjunto de prestações materiais, por parte do Estado, que são indispensáveis para assegurar uma vida digna a cada pessoa. Afirma-se que ele é “o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade” (SARLET, 2013, p. 38).

Então, por Mínimo Existencial, resumidamente, “entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada” (LAZARI, 2012, p. 70).

Apesar de não haver previsão constitucional expressa do Mínimo Existencial, entende-se que ele está baseado na dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2011, p. 302), a qual está contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como está alicerçado na igualdade material e solidariedade social (BITENCOURT NETO, 2010, p. 99-113).

Ainda acerca da base do Mínimo Existencial, afirma-se que ele também pode ser extraído, dentre outros, do artigo 3º, inciso III, do texto constitucional, que prevê que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; do artigo 5º, inciso XXXIV, que assegura a todos, independentemente de pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, além de obtenção de certidões em repartições públicas; do artigo 5º, inciso LXXIV, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; e do artigo 6º da Constituição da República do Brasil, que prevê rol de direitos sociais (TORRES, 2009, p. 08-13). Além disso, o Mínimo Existencial também encontra fundamento no Estado Democrático de Direito, que se faz presente no artigo 1º, caput, da Constituição (LAZARI, 2012, p. 72).

Importante ressaltar que o Mínimo Existencial deve ser garantido com prioridade pelo orçamento do Estado, mas isso não quer dizer que a Administração Pública tenha que se empenhar somente com essa parcela de direitos que integram

o mínimo. O objetivo de se assegurar um Mínimo Existencial não é excluir outros direitos, mas apenas preservar esse grupo de direitos essenciais para que não sejam prejudicados por insuficiência orçamentária estatal (LAZARI, 2012, p. 73).

Os que defendem que o Poder Judiciário pode atuar para concretizar direitos sociais, especialmente o direito à saúde e à educação, argumentam no sentido de que “tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 519).

Nesse cenário, diferentemente da Reserva do Possível, o Mínimo Existencial é um ponto a ser alegado pelo particular quando em face de demanda de prestação de direito fundamental social. Da mesma forma, não basta a mera alegação deste instituto de defesa, pois é indispensável possibilitar a visualização de que o caso concreto se amolda ao mínimo referido (LAZARI, 2012, p. 70).

Aliás, acerca da ponderação entre a Reserva do Possível analisada conjuntamente com o Mínimo Existencial diante de um caso concreto, é fundamental acrescentar que:

[...] 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 conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2012, p. 255-256).

No tocante às demandas em que se aborda a prestação de direitos sociais, discute-se a possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer o Mínimo Existencial de ofício diante de um caso concreto, mesmo que o particular não o argumente. Por vários motivos, afirma-se que o ideal seria que o juiz não pudesse reconhecer o Mínimo Existencial de ofício. Primeiro, porque há grande discussão na doutrina acerca do que constitui efetivamente o mínimo, havendo grande subjetivismo que poderia gerar insegurança jurídica, visto que o magistrado poderia escolher o critério de classificação que mais lhe conviesse em cada caso, enquanto que os defensores poderiam desistir intencionalmente de alguma demanda em razão de, por distribuição, ela ter caído na jurisdição de determinado julgador. Segundo, se o juiz

sempre reconhecesse de ofício o Mínimo Existencial, poderia ser descartado desde já o argumento da Reserva do Possível, sem maiores análises quanto ao mérito da causa. E, terceiro, porque é necessário estabelecer critérios para se chegar o mais próximo possível da realidade, antes que haja uma generalização a tal ponto de permitir a utilização do “mínimo” indistintamente pelos juízes, de modo a haver uma derrocada do orçamento público. Entretanto, há situações em que o magistrado pode reconhecer de ofício o estado de necessidade do indivíduo, considerando estar claro seu estado de miséria, estado de saúde, situação familiar, etc., sempre se utilizando de critérios os mais objetivos possíveis, de modo a se garantir a observância do mínimo para sua subsistência (LAZARI, 2012, p. 73-79).

No que se refere ao objeto que abrange o Mínimo Existencial, ressalta-se que ele engloba não só a sobrevivência física, que o reduziria a um mínimo vital, mas também um “mínimo existencial sociocultural (e mesmo [...] um mínimo existencial ecológico ou ambiental), incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais” (SARLET, 2012, p. 279).

Apesar de haver divergências doutrinárias acerca de seu conteúdo, é possível concluir que o Mínimo Existencial corresponde a um subgrupo de direitos sociais, o qual não tem previsão específica no ordenamento jurídico, mas é resultante de importante construção hermenêutica, que tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais essenciais à dignidade do homem (LAZARI, 2012, p. 79).

Não é pacífico o entendimento do conteúdo constitucional do Mínimo Existencial, porém, de forma quase unânime, considera-se que o direito à educação básica está incluído nessa parcela. Por exemplo, há quem considere que o mínimo compreende “um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia” (KRELL, 2002, p. 63). Por outro lado, correlaciona-se o mínimo, “além dos direitos individuais de liberdade, aos direitos prestacionais à saúde básica, à assistência aos desamparados e à educação fundamental” (BARCELLOS, 2011, p. 291). Também há manifestações no sentido de o mínimo corresponder ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde e à educação (SARLET, 2012, p. 304).

Enfim, quanto à educação infantil, que abrange o ensino em creches e pré-escolas, há que se considerar que ela efetivamente está contida dentro do Mínimo Existencial, em razão de diversos fatores. Primeiramente, porque o próprio parágrafo

primeiro do artigo 208 da Constituição República Federativa do Brasil afirma que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (compreendida a educação infantil) é direito público subjetivo, confirmando que:

[...] isso reflete o intento do constituinte de que a garantia de exigir do Estado vaga em escola, pré-escola ou creche é um sonho a ser, aos poucos, concretizado principalmente com o auxílio dos cidadãos que pleiteiam judicialmente este direito fundamental, bem como um comprometimento a ser priorizado pelo Estado quando for sopesar a urgência de duas ou mais políticas públicas a serem efetivadas (LAZARI, 2012, p. 91).

Em segundo lugar, ratificando que a educação infantil faz parte do subgrupo de direitos sociais incluídos no conteúdo do Mínimo Existencial, há a previsão de responsabilidade da autoridade competente em caso de não oferecimento ou oferecimento irregular de ensino obrigatório, conforme previsto no artigo 208, parágrafo segundo, da Constituição da República Federativa do Brasil. E, como um terceiro fator, que reforça a ideia de que a educação infantil faz parte do conteúdo do Mínimo Existencial, o fato de que “a educação antecede absolutamente tudo. Não há nação próspera econômica e socialmente sem um sistema educacional desenvolvido [...]. Em síntese, não há como conceber uma democracia sem um sistema educacional desenvolvido” (LAZARI, 2012, p. 92).

Após essa análise a respeito da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, passa-se a considerações acerca do chamado “ativismo judicial” no contexto de efetivação de políticas públicas.

4 ATIVISMO JUDICIAL: OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

Percebe-se que a atuação mais ativa do Poder Judiciário é uma realidade contemporânea, devendo ser fundamentada no equilíbrio e na análise detida de cada caso concreto que envolva efetivação de direitos sociais, incluído o direito à educação infantil.

Neste ínterim, quando há falta de prestação da educação pelo Poder Público, seja ela por ineficiência ou por inadequação, surgem dificuldades para as pessoas que necessitam dessa garantia para seu desenvolvimento como pessoa

humana. Então, recorrer ao Poder Judiciário é uma das formas encontradas para solucionar a situação.

A questão referente à atuação do Poder Judiciário em demandas de políticas públicas e garantia de direitos fundamentais sociais é uma controvérsia que já chegou ao Supremo Tribunal Federal (MENDES; BRANCO, 2014, p. 553). Portanto, percebe-se que ainda é um assunto muito discutido, reforçando que é imprescindível uma análise de suas disposições.

O ativismo judicial está relacionado à postura mais participativa do magistrado no processo de criação de uma norma jurídica, ou seja, caracteriza-se por ser uma atitude do juiz que se recusa a ser um mero aplicador da lei. Porém, o ativismo judicial não está ligado à concepção de que o magistrado deve portar-se como um legislador, criando normas de acordo com sua vontade, mas sim a uma postura de utilização de sua interpretação para a concretização do que é estabelecido no próprio texto constitucional, motivado nos valores que prevalecem no meio social (AFONSO, 2010, p. 94).

Quanto à concretização dos direitos sociais, há vários fatores que estimulam o ativismo judicial, tais como as crises enfrentadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, a importância das garantias previstas no texto constitucional e a ampliação da atuação do Poder Judiciário a partir do disposto na Constituição de 1988. Em decorrência disso, tem-se defendido, gradativamente, a postura de um juiz mais ativista, principalmente em relação aos direitos fundamentais sociais, ou seja, o controle judicial está sendo afirmado, cada vez mais, para viabilização dos direitos fundamentais sociais. No entanto, esta atuação deve sempre obedecer aos limites contidos na própria Constituição, não podendo o juiz assumir a função de criar leis, prolatar sentenças inexecutáveis ou, ainda, atuar como meio de ocultar arbitrariedades (AFONSO, 2010, p. 94).

Dessa forma,

[...] O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos de mesma natureza de outros tantos (BARROSO, 2008, p. 879).

Esta atuação mais ativa por parte do Poder Judiciário tem sido criticada por parte dos doutrinadores. Uma das principais críticas é no sentido de que seria aplicável aos direitos sociais a norma constitucional de cunho programático, as quais se caracterizam por necessitar de normas infraconstitucionais para dar plenitude aos seus efeitos (BARROSO, 2015).

Porém, considera-se que os direitos sociais, entre eles o direito à educação, não são normas de cunho programático, mas sim se qualificam como direitos públicos subjetivos, devendo ser imediatamente aplicados, conforme disposto no artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição da República Federativa do Brasil (AFONSO, 2010, p. 95).

Por direito público subjetivo entende-se o poder de ação que tem por objetivo a satisfação de determinado interesse. Em outras palavras, quando se verificar a exigibilidade de uma conduta por parte do Estado em favor do particular, diz-se haver um direito público subjetivo (BARROSO, 2015).

Assim, tem-se que há direito público subjetivo quando a um titular de um direito fundamental é permitido impor, judicialmente, seus interesses perante o Estado, que é o demandado. Então, existe direito público subjetivo quando há, de um lado, uma perspectiva de pretensão e, de outro, a exigibilidade de uma prestação (AFONSO, 2010, p. 89).

Além disso, pode-se afirmar que o direito público subjetivo tem algumas características: (a) a sua correspondência com um dever jurídico; (b) a possibilidade de sua violação, isto é, a parte contrária pode deixar de cumprir este dever e (c) a possibilidade de seu titular valer-se de uma ação judicial para exigir o seu cumprimento, valendo-se dos meios sancionatórios e coercitivos do Estado (BARROSO, 2015).

Nesse contexto, faz-se necessária uma análise acerca do caráter de direito público subjetivo do direito à educação, visto que “a qualidade dos direitos sociais como direitos públicos subjetivos está intimamente ligada ao papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais” (AFONSO, 2010, p. 88).

Prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 208, parágrafo primeiro, que o ensino obrigatório e gratuito é um direito público subjetivo (BRASIL, 1988). Ou seja, é direito que tem aplicabilidade imediata, permitindo-se que seja pleiteado em âmbito judicial caso não venha a ser prestado espontaneamente. Além disso, reforçando a existência de um direito público

subjetivo à educação, dispõe o artigo 208, parágrafo segundo, da Constituição, que, se não for oferecido ensino obrigatório pelo Poder Público ou houver sua oferta de forma irregular, haverá responsabilização da autoridade competente (AFONSO, 2010, p. 38).

Importante destaque pode ser acrescentado quanto ao direito de se exigir através do Poder Judiciário a efetivação do direito público subjetivo à educação infantil:

[...] é direito irrenunciável do indivíduo pleitear vagas em escolas e creches públicas, de modo que, do lado oposto, os argumentos do Estado devem ser extremamente contundentes; do contrário, a satisfação requerida deverá ser exitosa, ainda que a determinação transpasse a repartição de funções e parta do Poder Judiciário (LAZARI, 2012, p. 93).

Outro assunto importante diz respeito ao controle judicial de políticas públicas. Sabe-se que a concretização dos direitos sociais pelo Estado realiza-se através das políticas públicas, que dependem do trabalho de pessoas com conhecimentos específicos para sua elaboração e correta implementação. Para isso, os Poderes Legislativo e Executivo possuem a possibilidade de contratação de especialistas no assunto, com capacitação técnica e formação específica para dar assessoria na tomada destas complexas decisões, que abrangem assuntos técnicos, econômicos e políticos. Por conta disto, a crítica existente é que o Poder Judiciário não possui pessoas com esta qualificação específica capazes de tomar estas mesmas decisões, pois, em regra, os juízes não possuem esses conhecimentos especializados e não contam com o tipo de apoio complexo necessário para avaliação de políticas públicas (AFONSO, 2010, p. 100).

Entretanto, este fato não pode ser visto como capaz de impedir a tutela judicial de direitos sociais, pois se entende que não existe uma esfera estatal absolutamente imune à tutela e controle judicial, especialmente quando se trata de direitos fundamentais como é o direito à educação. Estas questões estão sendo relativizadas, superadas, em vista de princípios constitucionais, como a moralidade, proporcionalidade, eficiência, entre outros, além da força normativa dos direitos fundamentais. Ou seja, não mais é possível afirmar-se a impossibilidade de proteção judicial de direitos sociais com argumentos como o mérito do ato administrativo e a discricionariedade (SARMENTO, 2008, p. 581).

Nesse contexto, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, fixando entendimento de que embora caiba, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo a função de formular e executar políticas públicas, é possível que o Poder Judiciário determine, mesmo que em casos excepcionais (principalmente quanto às políticas públicas definidas no texto constitucional), a implementação dessas políticas públicas pelos órgãos estatais que as inadimplirem, quando se verificar que essa omissão comprometeu a eficácia e a integridade dos direitos sociais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004).

Somando-se a essa questão, há a “tripartição dos poderes”, na qual se fundamenta a República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 2º da Constituição. A tripartição dos poderes é uma base do Estado Democrático de Direito e, muitas vezes, há críticas quanto à atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais, no sentido de que ele estaria interferindo na tripartição dos poderes, pois estaria exercendo funções que seriam típicas do Poder Legislativo (quando não são produzidas normas que efetivem o direito à educação) e do Poder Executivo (quando este não exerce a função de concretizar as normas já existentes ou não cria políticas públicas adequadas).

Muitos autores entendem que a atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais seria incabível, pois ele não tem competência para criação de normas, nem uma percepção total dos recursos do Estado disponíveis para a concretização dos direitos sociais (AFONSO, 2010, p. 95).

Porém, ressalta-se que o Poder Judiciário, principalmente com o advento da Constituição da República Federativa de 1988 e do Estado Democrático de Direito, teve ampliado seu controle normativo e, em decorrência disso, é o aplicador último do Direito. Assim, é possível afirmar que há legitimidade do ativismo judicial, pois ele está profundamente ligado à questão da defesa dos direitos fundamentais (AFONSO, 2010, p. 84-93).

Ademais, a atribuição do Poder Judiciário é de interpretar a Constituição e as leis, assegurar o cumprimento do ordenamento jurídico e preservar direitos. Por isso, há situações em que caberá a juízes e tribunais a interpretação de normas, especialmente quanto à prática de conceitos jurídicos e de princípios (BARROSO, 2015).

Além disso, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, aduz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Inclui-se, aqui, a lesão ou ameaça a direitos sociais, atribuindo ao Poder Judiciário o poder-dever de aplicação do Direito de forma mais eficaz (AFONSO, 2010, p. 84).

Isso significa que “se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo” (GRAU, 2002, p. 335).

Havendo assumido o Poder Judiciário a função de guardião da Constituição e das leis e de assegurar os direitos ali previstos, ele tem o papel de garantir sua concretude, mesmo que possa haver controle de outros poderes. Dessa maneira, entende a doutrina:

O Judiciário está vinculado, de forma imediata, à realização dos direitos fundamentais e, diante da omissão do legislador ou do administrador, não pode quedar-se inerte. Cabe-lhe assumir a função de concretização dos direitos fundamentais e assiste-lhe a tarefa de conferir a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais, recusando a aplicação de preceitos que os violem (AFONSO, 2010, p. 84-85).

Pode-se afirmar que a atuação do Poder Judiciário se encontra vinculada não apenas à Constituição e aos direitos fundamentais ali previstos, mas também ao controle de constitucionalidade dos atos realizados pelos demais órgãos estatais. Assim, os órgãos do Poder Judiciário têm, simultaneamente, o poder e o dever de não aplicar atos opostos ao texto constitucional, especialmente quanto às ofensas a direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 321).

Considerando as novas prerrogativas desempenhadas pelo Poder Judiciário que foram trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é incontestável que ele tenha uma postura mais atuante na sociedade, evitando a “não atuação” e a “abstenção”. Em suma, há atuação jurisdicional em prol da concretização de normas constitucionais, especialmente quanto aos direitos sociais, podendo ser inovada a interpretação destas normas, mas sempre dentro dos limites impostos pelo próprio texto constitucional. Dessa forma, possui o Poder Judiciário o poder e o dever de concretizar os direitos fundamentais sociais quando for necessário, cabendo a cada magistrado a responsabilidade de conferir a maior eficácia possível às normas, realizando, conseqüentemente, uma postura mais ativa em sua atuação na sociedade contemporânea. Salienta-se que esta atuação,

mesmo sendo mais ativista, deve sempre estar guiada pela própria Constituição, não podendo ultrapassar os limites estabelecidos e permitidos por ela (AFONSO, 2010, p. 87-88).

Outro aspecto levantado pela crítica existente quanto à atuação judicial na efetivação do direito à educação infantil diz respeito ao caráter econômico da materialização dos direitos sociais. Acerca disso, apesar de haver uma limitação material do Estado, tal alegação não basta como escusa para que o Poder Público não promova a efetivação desses direitos que são prioritários e constituem o Mínimo Existencial. Pelo contrário, não se deve falar em exclusão ou diminuição de direitos, mas sim em análises baseadas em parâmetros através dos quais se verifiquem os custos necessários, permitindo que melhor se destine os insuficientes recursos públicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29).

Então, quanto à crítica referente à atuação do Poder Judiciário em relação aos custos existentes para efetivação de direitos sociais, entende-se que não se pode, no Brasil, principalmente no tocante ao Mínimo Existencial, compreender a Reserva do Possível como um obstáculo, senão como uma questão que requer prudência e responsabilidade na atividade jurisdicional (AFONSO, 2010, p. 80).

Percebe-se que “a dignidade humana aparece, por conseguinte, como elemento determinante para o reconhecimento da essencialidade do direito pleiteado, vindo, frequentemente, associada ao conceito de ‘mínimo existencial’, do que decorre a sua necessária garantia [...]” (LEAL, 2015, p. 233).

Reforçando essa questão, observa-se, portanto, que:

[...] a reserva do possível é tema de extrema importância quando se fala em direitos sociais prestacionais, devendo ser levada a sério, sem, contudo, transformar-se em obstáculo à efetividade dos direitos sociais prestacionais, mas sim em meio para torná-los efetivos, por meio de uma mudança de perspectiva, ou seja, pela existência sabida dos direitos sociais prestacionais, criam-se recursos específicos previstos nas leis orçamentárias com o fim de garanti-los (AFONSO, 2010, p. 81).

Logo, há necessidade de se alcançar um meio termo para a atuação jurisdicional, visto que ela não pode ser mitigada a ponto de formalismos impedirem a concretização de direitos fundamentais sociais consagrados constitucionalmente, ao mesmo tempo em que não pode ser uma atuação excessiva que viole a competência de outros Poderes, excedendo limites estabelecidos pela Constituição. Nesse raciocínio, é possível concluir que, quando não houver lei ou ação

administrativa que efetive os direitos garantidos pelo texto constitucional, o Poder Judiciário tem o dever de agir. Ainda, se houver lei e atos administrativos nesse sentido, mas não estiverem sendo cumpridos devidamente, também há possibilidade de atuação judicial. Entretanto, quando houver lei e atos administrativos que cumpram o que determina a Constituição e havendo a sua regular aplicação, é necessária uma maior cautela e moderação em eventual interferência judicial (AFONSO, 2010, p. 96).

Nesse contexto, é possível compreender que “a dignidade humana e o princípio da proporcionalidade desempenham um papel estratégico, funcionando como critério e como fundamento para a atuação do Judiciário nesta seara” (LEAL, 2015, p. 226).

Destarte, há uma crescente compreensão de que os órgãos do Poder Judiciário não só podem, como devem, tratar da efetivação dos direitos fundamentais sociais, entre eles o direito à educação infantil, principalmente considerando que a educação infantil é um direito público subjetivo e importante instrumento para assegurar a proteção integral da criança e do adolescente. Porém, ao fazê-lo, os magistrados devem agir com a devida cautela e responsabilidade, seja quando concedem ou não um direito público subjetivo a alguma prestação social, seja quando declaram a inconstitucionalidade de medida que restringe ou faz um retrocesso a algum direito social, a fim de evitar que sua postura venha a ser considerada uma violação ao princípio democrático e à tripartição dos poderes (SARLET, 2012, p. 309).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo verificou-se o importante papel do direito à educação, considerando-se especialmente a educação infantil, bem como se analisou o tratamento dado a este direito perante a legislação brasileira.

No tocante à efetivação do direito à educação infantil, pode-se afirmar que, em se tratando de direito de crianças e de adolescentes, é aplicável o princípio da proteção integral, devendo ser a prestação da educação uma prioridade do Estado.

Em relação à atuação judicial mais ativa para concretizar o direito à educação, afirma-se que, por ser a educação um direito social previsto constitucionalmente e com força de direito público subjetivo, não é certo alegar que

falta legitimidade ao Poder Judiciário para garantir a sua efetivação. Assim, através da atividade jurisdicional, uma função típica do Poder Judiciário, é possível buscar formas de efetivar a educação diante de situações em que o Poder Público não o fez de forma prioritária ou o fez de forma precária. Além disso, prevê a Constituição da República Federativa do Brasil que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, conforme disposto em seu artigo 5º, inciso XXXV.

Porém, é necessário lembrar que há limites impostos para as prestações do Estado, sendo um deles a Reserva do Possível, que se confronta com o importante Mínimo Existencial. Concluiu-se que a Reserva do Possível não pode ser vista como um empecilho para a efetivação de direitos sociais, mas sim como um meio necessário para sua concretização. Além disso, o Mínimo Existencial serve como orientação para definir o que o Estado deve considerar essencial na prestação dos direitos sociais, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana a cada um dos indivíduos.

Em relação ao controle judicial de políticas públicas, percebe-se que o entendimento segundo o qual o Poder Judiciário não possuiria capacidade para decidir sobre essas questões, as quais envolvem conhecimentos técnicos específicos e orçamentários, está sendo relativizado em razão de princípios constitucionais e da força dos direitos fundamentais. Não é possível afirmar que o Poder Judiciário não pode dar proteção judicial aos direitos sociais apenas se filiando no entendimento de mérito do ato administrativo e de discricionariedade, pois é possível haver atuação judicial no momento em que a Administração Pública não vem respeitando a proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Também não há ofensa à tripartição dos poderes quando há atuação judicial mais ativa dentro dos limites constitucionais, pois cabe aos magistrados o dever de conhecer as lides em que se questiona a efetivação de direitos fundamentais consagrados na Constituição, não podendo o Poder Judiciário quedar-se inerte diante de situações em que há um direito público subjetivo sendo violado.

Logo, tem-se como pressuposto que a atuação do Poder Judiciário deve sempre estar conforme os ditames constitucionais, sob pena de desrespeito à teoria da tripartição dos poderes, uma base do Estado Democrático de Direito. Além disso, faz-se necessário analisar cada caso concreto a fim de garantir o direito da criança e o interesse coletivo, não comprometendo o orçamento público.

6 REFERÊNCIAS

AFONSO, Lívia de Paiva Ziti. **O papel do Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais sociais**. 2010. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2010.

AMIN, Andréa Rodrigues; et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos (ebook)**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo (ebook)**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo existencial para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 22 out. 2016.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. 1996. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 24/02/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. 4 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. **Observação geral nº 11**. 1999-A. Disponível em:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f4&Lang=en> Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. **Observação geral nº 13**. 1999-B. Disponível em:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f10&Lang=en> Acesso em: 28 ago. 2018.

COSTA; Marli Marlene da; RITT, Caroline Fockink. Educação como um direito fundamental e social. In: GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (organizadores). **Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna: constitucionalismo contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008, p. 41-64.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, nº 1, 2015 p. 223-245.

GOLDSCHIMIDT, Rodrigo. **O princípio da proporcionalidade no direito educacional**. Passo Fundo: UPF, 2003.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. 2012. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, UNIVEM, Marília/SP, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição de proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (organizadoras). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015, p. 226-246.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 28 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”). 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 22 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

_____; FIGUEIREGO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

BREVES LINHAS SOBRE PLANOS PÚBLICOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Augusto Reis Ballardim¹

RESUMO: Os planos públicos de assistência à saúde são instituídos por lei e geridos por pessoas jurídicas de direito público interno, o que os diferencia dos planos privados em inúmeros pontos. A partir de metodologia centrada na pesquisa doutrinária e jurisprudencial, apresentando casos examinados e soluções conferidas pelo Poder Judiciário a casos concretos levados a exame, tais peculiaridades são individualmente tratadas. Verifica-se, por exemplo, a inaplicabilidade da Lei nº 9.656/1998, a ausência de controle pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e a existência de discussão acerca da (in)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações com os beneficiários. Outros assuntos decididos pelo Supremo Tribunal Federal são abordados, como a natureza não tributária de suas contribuições e a (im)possibilidade de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde. O objetivo deste artigo é contribuir para a compreensão das particularidades de que são dotados tais planos de saúde, de modo a reduzir os equívocos nos quais os operadores do direito podem incorrer caso os tratem seguindo as mesmas diretrizes normativas aplicáveis aos planos privados.

PALAVRAS-CHAVE: Planos públicos de assistência à saúde. Ausência de controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Natureza não tributária das contribuições. Impossibilidade de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Qual é a legislação de regência? 3 Sujeitam-se ao controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar? 4 Qual é a natureza das contribuições? 5 Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor? 6 É cabível o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde? 7 Conclusão. 8 Referências.

¹ Procurador do Município de Caxias do Sul/RS, lotado no Instituto de Previdência e Assistência Municipal (IPAM). Advogado (OAB/RS 94.093), com atuação na área criminal. Pós-graduado em Direito Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal, em convênio com a Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, campus Capão da Canoa. Foi conciliador criminal do Juizado Especial Criminal de Capão da Canoa e estagiário da Defensoria Pública de Capão da Canoa.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca esclarecer questões relevantes acerca dos planos de assistência à saúde criados e geridos por pessoas jurídicas de direito público interno. Tais estruturas são usualmente constituídas em benefício de servidores públicos, ativos e inativos, e pensionistas, vinculados à respectiva esfera, bem como a seus dependentes, sempre de acordo com a legislação de cada ente político.

Releva-se, em solo gaúcho, o IPE-Saúde, administrado pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPERGS)². Contudo, existem inúmeros outros, nas esferas estadual e municipal³, para os quais estes breves apontamentos mostram-se igualmente aplicáveis.

Em nossa prática profissional, são bastante comuns dúvidas a respeito de suas peculiaridades. Juízes, promotores, defensores e procuradores debatem seguidamente quanto à incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor à relação entre o associado e as pessoas jurídicas de direito público, por exemplo, o que evidencia a necessidade de estabelecer semelhanças e diferenças relativamente aos planos privados.

Da parte dos beneficiários, é usual que a imprensa noticie que determinado procedimento passou a constar da lista da Agência Nacional de Saúde Suplementar ou que o reajuste de certo plano foi considerado abusivo pelo Poder Judiciário, o que motiva demandas administrativas ou judiciais, na esperança de que as pretensões acolhidas também venham a ser acolhidas noutros casos concretos. Todavia, tais considerações, geralmente, não se aplicam aos planos públicos de saúde, como se passará a demonstrar.

O estudo que se propõe é singelo e interdisciplinar. A melhor abordagem encontrada foi, justamente, partir dos questionamentos corriqueiramente tratados

² Recentemente, o assunto foi objeto de deliberação legislativa para constituição de autarquia exclusiva para a área. O Projeto de Lei nº 211/2017 foi aprovado pela Assembleia Legislativa do Estado em 13 de março de 2018.

³ Apenas como exemplo, outras unidades da federação que contam com planos próprios incluem Santa Catarina (Santa Catarina Saúde – SC Saúde), Goiás (Instituto de Assistência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás – IPASGO) e Minas Gerais (Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG), entre outros. Planos municipais não são incomuns: no Rio Grande do Sul, além de Caxias do Sul (Instituto de Previdência e Assistência Municipal – IPAM-Saúde), Canoas (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Canoas – CANOASPREV) e Gravataí (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Gravataí – IPAG), dentre tantos, também se enquadram nessa situação.

pelos departamentos jurídicos de tais entidades, com respostas objetivas e compreensíveis mesmo a quem não detenha formação em Direito. Por outro lado, não se mostra possível solucionar problemas sem incursionar, ainda que superficialmente, em disciplinas tanto do direito público (em especial, nos ramos constitucional, administrativo e tributário) quanto do privado (mormente no consumerista).

A metodologia escolhida parte, fundamentalmente, da apresentação direta das perguntas relevantes para o desenvolvimento do tema, cujas respostas reclamam análise das decisões do Poder Judiciário e de excertos doutrinários dos mencionados ramos da ciência jurídica.

Os temas eleitos foram os seguintes: a legislação de regência; o controle pela Agência Nacional de Saúde Suplementar; a natureza das contribuições; a eventual caracterização de relação de consumo; e a possibilidade de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde. Como se vê, por si só, cada um deles mereceria um trabalho de maior fôlego, diante de sua natural profundidade, mas apenas as linhas gerais de cada serão expostas, na intenção de que o funcionamento dos planos públicos gere, no mínimo, curiosidade no leitor para os aprofundamentos que reputar convenientes. O enfoque é nitidamente local, com predileção pela jurisprudência das Cortes Superiores e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O objetivo, à evidência, é qualificar o debate, evitando equívocos na prática profissional, e contribuir para o amadurecimento das teses, inclusive com a instrumentalização dos defensores públicos e demais operadores, que contarão com argumentos mais sólidos para o desempenho de suas atribuições consultivas e contenciosas.

2 QUAL É A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA?

Inicia-se pelo questionamento mais simples. A Lei nº 9.656/1998, popularmente conhecida como “lei dos planos de saúde”, como definido por seu art. 1º, *caput*, trata das pessoas jurídicas de direito *privado* que operam planos de assistência à saúde. As definições mais relevantes são trazidas por seus primeiros incisos:

“I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

“II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (...).

Pelos conceitos acima, infere-se que os planos de natureza pública *não* podem ser enquadrados em seus ditames. Em verdade, à falta de norma geral nacional (de constitucionalidade incerta, acrescente-se, por representar ingerência na autonomia dos demais entes), cada pessoa jurídica de direito público interno pode dispor sobre o plano de saúde que instituirá, pela via legislativa, sem embargo da possibilidade de editar decretos, regulamentos e demais instrumentos igualmente aptos a discipliná-lo.

O maior clichê do direito administrativo permanece verdadeiro: sob a ótica da vinculação positiva ao princípio da legalidade⁴, ao gestor público só cabe fazer o que a lei autoriza, ao passo que o particular pode atuar de qualquer maneira, desde que não defenda em lei⁵. Assim, cada ente federado possui competência legislativa para dispor sobre a estrutura e os serviços oferecidos pelo plano público de sua esfera.

Isso significa que não há uniformidade necessária entre os planos públicos no que tange à caracterização de titularidade e dependência, fixação de alíquotas contributivas, carências, coparticipações, lista de doenças com custeio integral e outras matérias essenciais. A liberdade é ampla no âmbito do domínio normativo ordinário. Além disso, a própria gestão pode ter estruturas inovadoras, com a instituição de órgãos diretivos, deliberativos e fiscais conforme sua discricionariedade.

Dadas as especificidades técnicas do ramo, afigura-se natural que a legislação seja complementada por decretos, resoluções, instruções normativas e instrumentos afins, vedando-se, por certo, a disposição *contra legem*. Contudo, operadores jurídicos, administradores e beneficiários deverão escudar-se no

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Método, 2018. p. 36.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 19-20.

instrumento primário de cada plano de saúde para a verificação de seus direitos e deveres.

Por outro lado, necessária a referência no sentido de que a universalidade é restrita ao Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pelos arts. 196 e seguintes da Constituição Federal. Não é outro o teor do art. 7º da Lei nº 8.080/1990, que prevê o princípio da “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” no seu âmbito.

Logo, não se cogita de pretensões que não encontrem fundamento na lei de regência de cada plano, a pretexto de um amplíssimo direito universal a serviços de saúde. A obrigação de garanti-lo remete ao SUS, não aos planos de assistência à saúde, públicos ou privados. Isso não significa a chancela de negativas arbitrárias, sob argumentos pessoais ou econômicos; ao revés, destina-se à estrita observância da lei.

3 SUJEITAM-SE AO CONTROLE DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR?

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, agência reguladora das atividades do setor, foi criada pela Lei nº 9.961/2000. Suas competências estão elencadas no art. 4º da norma e incluem a autorização de registro e funcionamento e a fiscalização de planos *privados* de assistência à saúde. Logo, os planos públicos não se submetem ao controle da agência reguladora da área.

Disso decorre que os planos públicos também não estão obrigados a considerar períodos de filiação junto a outros planos de saúde para fins de cumprimento de carências, por exemplo. A Resolução Normativa nº 186/2009⁶ e a Instrução Normativa nº 19/2009⁷, ambas da ANS, que tratam sobre a portabilidade de carências, possuem aplicabilidade somente aos planos privados. O próprio

⁶ BRASIL. ANS. **Resolução Normativa nº 186**, de 14 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição da cobertura parcial temporária. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTM4OQ==>>. Acesso em 18 abr. 2018.

⁷ *Idem*. ANS. **Instrução Normativa nº 19**, de 3 de abril de 2009. Dispõe sobre o detalhamento da Resolução Normativa – RN nº 186, de 2009, e da RN nº 254, de 2011, que dispõem, respectivamente, sobre portabilidade de carências e sobre adaptação e migração de contratos; e implementa a compatibilidade dos produtos e a faixa de preços para fins de portabilidade de carências e de migração. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQwMw==>>. Acesso em 18 abr. 2018.

Tribunal de Justiça do Estado já teve de enfrentar a questão, em julgamento envolvendo o IPE-Saúde:

APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. MIGRAÇÃO DE PLANO. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE ENTRE OS PLANOS PARA FINS DE PORTABILIDADE. INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NOS INCISOS V E VI DO ART. 2º DA RN Nº 186 E IN Nº 19, AMBAS DA ANS. O IPE Saúde não é compatível com o plano posteriormente contratado pela demandada através da entidade empregadora (fls. 13/14), vez que não se enquadra como plano privado dos termos do art. 2º da Resolução Normativa 186 da ANS, bem como na Instrução Normativa nº 19 de 03 de abril de 2009, sequer está no rol dos planos de saúde com autorização da agência reguladora para ser comercializado, vez que é um plano de assistência médica vinculado à previdência do Estado do Rio Grande do Sul, sendo que, para adesão ao plano, necessário possuir vínculo com o Estado. Desta forma, não há no caso em tela a compatibilidade para fins de portabilidade e, por consequência, aproveitamento de carências, em razão dos planos possuírem regimes jurídicos diferenciados, com administração dos recursos completamente diferentes, razão pela qual, deveria a parte autora observar as carências instituídas no contrato ao qual aderiu. SENTENÇA MANTIDA. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.⁸

Isso não significa que não haja fiscalização alguma sobre a gestão e os benefícios ofertados, mas que deverão conformar-se à legalidade, sob pena de responsabilização da pessoa jurídica, de seus gestores e servidores ou, ainda, dos próprios prestadores de serviço e beneficiários. Por lidarem com recursos públicos, existe intenso controle da atividade pelos Tribunais de Contas (art. 71 da Constituição Federal), que poderá redundar em sanções administrativas, civis e penais.

4 QUAL É A NATUREZA DAS CONTRIBUIÇÕES?

Em seu surgimento, os planos públicos de assistência à saúde eram de adesão obrigatória aos titulares, isto é, aos servidores públicos, muitos dos quais com expressa previsão legal nesse sentido. A adoção de tal critério era compreensível, mormente em face da necessidade de arrecadar o máximo de recursos para o custeio das coberturas oferecidas, com fundamento na solidariedade.

A imposição de prestação compulsória em pecúnia, que não constitua sanção de ato ilícito, conceitualmente, equivale à afirmação de que possua feição tributária

⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70058696253**. Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, RS, 24 de setembro de 2015. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

(art. 3º do Código Tributário Nacional). A tese da obrigatoriedade, contudo, não prevaleceu diante do Poder Judiciário.

O julgado mais marcante sobre o assunto remonta a 2010, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.106, movida pelo Procurador-Geral da República. O controle suscitado, dentre outras pretensões, visava à declaração de inconstitucionalidade de legislação do Estado de Minas Gerais que previa contribuição compulsória a plano público de assistência à saúde. Eis a ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 79 e 85 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64, DE 25 DE MARÇO DE 2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. IMPUGNAÇÃO DA REDAÇÃO ORIGINAL E DA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30 DE JULHO DE 2003, AOS PRECEITOS. IPSEMG. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E APOSENTADORIA ASSEGURADOS A SERVIDORES NÃO-TITULARES DE CARGO EFETIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO § 13 DO ARTIGO 40 E NO § 1º DO ARTIGO 149 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Artigo 85, caput, da LC n. 64 estabelece que "o IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes". A Constituição de 1988 --- art. 149, § 1º --- define que "os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefícios destes, de sistemas de previdência e assistência social". O preceito viola o texto da Constituição de 1988 ao instituir contribuição compulsória. Apenas os servidores públicos titulares de cargos efetivos podem estar compulsoriamente filiados aos regimes próprios de previdência. Inconstitucionalidade da expressão "definidos no art. 79" contida no artigo 85, caput, da LC 64/02. 2. Os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir. 3. O artigo 85 da lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde --- "plano de saúde complementar". Contribuição voluntária. Inconstitucionalidade do vocábulo "compulsoriamente" contido no § 4º e no § 5º do artigo 85 da LC 64/02, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica. 4. Reconhecida a perda de objeto superveniente em relação ao artigo 79 da LC 64/02, na redação conferida LC 70/03, ambas do Estado de Minas Gerais. A Lei Complementar 100, de 5 de novembro de 2007, do Estado de Minas Gerais --- "Art. 14. Fica revogado o art. 79 da Lei Complementar nº 64, de 2002". 5. Pedido julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [i] da expressão "definidos no art. 79" --- artigo 85, caput, da LC 64/02 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais. [ii] do vocábulo "compulsoriamente" --- §§ 4º e 5º do artigo 85 [tanto na redação original

quanto na redação conferida pela LC 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais.⁹

A partir do precedente, que concluiu pela facultatividade da adesão, incontáveis pedidos foram deduzidos, individual e coletivamente, visando a estender tal entendimento aos demais planos públicos. Inexistindo o dever de o associado (não mais considerado contribuinte, na acepção tributária do termo) permanecer filiado, caiu por terra a construção que defendia sua natureza tributária.

Pode-se concluir, portanto, na esteira da definição do Supremo Tribunal Federal, que a contribuição para custeio dos planos públicos de assistência à saúde ostenta natureza não tributária, sendo impossível aos entes que os administrem obrigar servidores públicos e seus dependentes a ingressarem ou permanecerem associados.

Por outra via, claramente, também não se trata de contratação privada, diante de sua arrecadação por ente público em decorrência de vínculo de idêntico fundamento. A Lei nº 4.320/1964, que traz normas gerais de direito financeiro, estabelece que a dívida ativa pode ser tributária ou não tributária (art. 39, §2º). Assim, pode-se concluir que as dívidas do particular com o plano público não são meramente contratuais, caracterizando-se como receita pública, podendo ser inscritas em dívida ativa, protestadas em Cartório de Títulos e Documentos (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.492/1997) e exigidas via execução fiscal (Lei nº 6.830/1980).

5 APLICA-SE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?

Neste ponto, reside polêmica ainda pendente de solução definitiva. Partindo do conceito legal de fornecedor, constante do art. 3º, *caput* da Lei nº 8.078/1990, nota-se sua amplitude, uma vez que permite o enquadramento de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, bem como entes despersonalizados que desenvolvam prestação de serviços. Serviço, por sua vez, é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, com exceção das relações trabalhistas, segundo o §2º do dispositivo.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.106**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 14 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9116198>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Indubitavelmente, a lei admite que pessoa jurídica de direito público seja enquadrada como fornecedora. O debate reside na caracterização do plano público de assistência à saúde como *serviço*, já que a vinculação a ele não está aberta ao mercado de consumo: somente indivíduos cuja qualificação atenda aos termos da respectiva lei de regência podem se tornar e permanecer na condição de beneficiários.

Normalmente, dito direito é reconhecido aos servidores públicos da esfera abrangida pelo plano, aos seus dependentes, como cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, e aos segurados que percebam pensão por morte do antigo titular, mormente quando, na pessoa jurídica responsável, a assistência à saúde caminha paralelamente à gestão previdenciária.

Logo, alguns predicados do mercado, como a livre concorrência, não se aplicam. Uma coisa é dizer que um servidor público possa optar entre planos privados e o público de sua esfera (até porque não há contribuição compulsória, como apresentado no ponto anterior); outra é afirmar que estes concorram entre si na acepção técnica do termo, o que seria incorreto, pois os regimes são radicalmente distintos.

Ora, é inútil que planos públicos façam publicidade para angariar associados, porquanto seu universo de possíveis inscritos é delimitado por critério legal. As negativas a atendimento, se fundamentadas na legislação, não podem ser caracterizadas como abusivas nos termos consumeristas, apenas como estritamente ilegais. Em regra, os entes que as administram não se sujeitam a falência, liquidação ou mesmo sucessão empresarial, pois possuem natureza de direito público. São remunerados por contribuição de natureza não tributária, e não por parcelas decorrentes de contratação privada. Enfim, tais considerações bastam para evidenciar o despropósito da subsunção.

Todavia, a Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 2010, assim preconizava: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Uma leitura descontextualizada do enunciado induziria à solução imediata do problema, concluindo pela subsunção dos planos públicos à frase estabelecida. Todavia, não se pode descurar do exame dos casos concretos que deram origem ao texto.

Na seção “Súmulas Anotadas”, os acórdãos invocados como “precedentes originários” à edição do texto envolvem, exclusivamente, planos privados de

assistência à saúde (nominalmente, entre outras, Sul América Seguro Saúde S/A, Unimed Rio e Unimed Londrina)¹⁰.

Convida-se, portanto, ao merecido *distinguishing*¹¹: dito enunciado foi elaborado em atenção a causas que envolviam somente pessoas jurídicas de direito privado, sem alcançar a temática dos planos públicos. Atento à incompletude do texto, o Superior Tribunal de Justiça procedeu ao seu cancelamento, em 11 de abril de 2018, editando, em seu lugar, a recente Súmula 608: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”¹².

O conceito de entidade de autogestão é trazido pelo art. 2º da Resolução Normativa nº 137 da ANS¹³. Em linhas gerais, trata-se de pessoa jurídica de direito privado, com fins econômicos ou não, que opera plano de assistência à saúde apenas com relação a beneficiários determinados, como seus sócios, administradores, empregados e grupos familiares respectivos. Podem, inclusive, ser vinculadas a entidade pública ou privada patrocinadora, de modo a abranger aposentados e pensionistas.

Percebe-se que a maneira com que os planos públicos de assistência à saúde estão estruturados assemelha-se muito às entidades de autogestão (ressalvada esta denominação específica às hipóteses supramencionadas, todas aplicáveis a pessoas jurídicas de direito privado, sob controle da ANS). A restrição do universo de beneficiários a pessoas naturais que tenham tido ou ainda possuam algum tipo de liame com a Administração Pública salta aos olhos como possível fundamento para a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas Anotadas**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹¹ “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”. DIDIER JR., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**: Vol. 2. 13 ed. Juspodivm: Salvador, 2018. p. 566-567.

¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ edita quatro novas súmulas e cancela uma sobre planos de saúde**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹³ BRASIL. ANS. Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTExNw==>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Mesmo sob a égide do vetusto enunciado, a controvérsia não escapou à Corte Estadual, sendo possível vislumbrar a divergência a partir de recentes arestos, com aparente prevalência da tese pela inaplicabilidade da lei consumerista. Seguem algumas decisões sobre o IPE-Saúde, escolhido em razão da representatividade estadual:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. IPERGS. EXAMES OFTALMOLÓGICOS. REEMBOLSO. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. Possui o segurado do IPERGS direito a reembolso nas hipóteses de: a) inexistência de serviço similar, quando previamente autorizado; e b) impossibilidade de utilização de serviço regularmente credenciado. A autora não demonstrou pedido prévio à autarquia negado para a realização do exame de alto custo não contemplado pelo convênio, tampouco sua urgência. Apesar de a consulta ter sido realizada em clínica credenciada pelo IPERGS, não há demonstração de que nela deveriam estar incluídos os exames em questão. É inovar a autora em seu recurso quanto a isto, pois diz ter sido surpreendida com a cobrança no final da consulta. Na inicial nada referira nesse sentido, afirmando que "por solicitação médica necessitou realizar alguns exames" (fl. 02). **Não são aplicáveis à espécie as Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90, as quais regulamentam o funcionamento do SUS, nem o CDC, por se tratar de autarquia estadual. Incidem as regras de direito público e a legislação específica do IPE-Saúde. APELAÇÃO DESPROVIDA.**¹⁴ (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. NEGATIVA DE COBRANÇA, PELO PLANO DE SAÚDE, APÓS O ATO CIRÚRGICO. DENUNCIÇÃO À LIDE. Na hipótese dos autos verifica-se que o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS, através do IPE-Saúde, autorizou o procedimento cirúrgico realizado pelo beneficiário, inicialmente, com o uso de quatro (04) "kits" de vertebroplastia e, durante a cirurgia, foi necessário o aumento para 12 "kits". Após o procedimento, houve a negativa de cobertura do Instituto para o excedente a 08 (oito) "kits", consoante infere do documento acostado à fl. 18, havendo o nosocômio direcionado a cobrança do valor excedente aos réus. Do contexto probatório infere-se que a necessidade de aumento do número de "kits" utilizados ocorreu durante o ato cirúrgico, inexistindo, por óbvio, possibilidade de interromper-se a cirurgia para assentimento prévio do paciente ou da corré. **Ainda que se trate de prestação de serviços regida pelo CDC, inviável a informação precedente ao consumidor quando à negativa de pagamento pelo plano de saúde, porquanto esta ocorreu em data posterior ao ato cirúrgico, afigurando-se, por isso, viável a cobrança nos exatos termos da inicial.** Ressalta-se, ainda, que fora julgada improcedente a denúncia à lide em desfavor do IPERGS, promovida pelos demandados, havendo insurgência expressa dos autores (fls. 95/96), repisada em face da improcedência da demanda. Comprovada a internação do paciente por autorização do IPERGS, bem como a negativa do mesmo em reembolsar o nosocômio pela totalidade dos materiais utilizados no ato cirúrgico, impõe-se a denúncia à lide do Instituto. Configurada a litude da cobrança dos valores excedentes ao originalmente autorizado pelo plano de saúde do qual o primeiro demandado é conveniado, impõe-se a modificação da sentença que julgou improcedente a demanda, condenando-se os réus ao pagamento de R\$ 7.560,00, com a

¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70072831373**. Rel. Des. Almir Porto da Rocha Filho. Porto Alegre, RS, 12 de abril de 2017. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

incidência de correção monetária da data do pagamento pelo nosocômio e com juros legais da citação, facultada a estes a propositura de ação regressiva contra o IPERGS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. DENUNCIAÇÃO À LIDE JULGADA PROCEDENTE. APELO PROVIDO.¹⁵ (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. IPERGS. REGIME DE DIREITO PÚBLICO. LEI Nº 12.134/2004 E RESOLUÇÃO Nº 21/79. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES POR MÉDICO CREDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE. **Os serviços de saúde oferecidos pela autarquia-ré aos servidores estaduais e aos seus dependentes estão submetidos ao regime de direito público, e devem seguir as regras definidas em lei específica (nº 12.134/2004) e nos atos normativos da autarquia previdenciária estadual, o que afasta a aplicabilidade do CDC na espécie.** Aos segurados somente é facultada a escolha entre os profissionais credenciados no plano IPE-SAÚDE ou, excepcionalmente, "ao reembolso das despesas quando previamente autorizado, por inexistência de serviço similar" ou "quando comprovada a impossibilidade de utilização de serviço credenciado", em consonância com a Tabela do IPERGS. Arts. 2º, 25 e 43 da Resolução nº 21/79. Precedentes do TJRS. Ausência de abusividade. Inexistência de ato ilícito a ensejar a reparação civil. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME.¹⁶ (grifo nosso)

Com a devida vênia, parece-nos que o melhor entendimento é o que rechaça a incidência da Lei nº 8.078/1990. Afastada a possibilidade de inscrição de pessoas indeterminadas e indetermináveis, sendo exigida certa qualificação dos beneficiários (vínculo legal com o ente público), não há como cogitar da aplicação do regime consumerista às relações que envolvam associados e pessoas jurídicas de direito público.

Aliás, o raciocínio não seria inédito. Idênticas conclusões foram proferidas pelo próprio Superior Tribunal de Justiça ao tratar das entidades fechadas de previdência privada. Além da recente Súmula 608, a Súmula 563 daquela Corte estabelece ser o Código de Defesa do Consumidor aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.

Não se pretende, de forma alguma, confundir os regimes muito distintos de (assistência à) saúde e previdência (privada). Vê-se, contudo, que a circunstância de as entidades fechadas não estarem disponíveis para adesão de qualquer indivíduo, e sim somente aos funcionários da empresa instituidora, afastou a natureza da

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70067062448**. Rel. Des. Marta Borges Ortiz. Porto Alegre, RS, 14 de abril de 2016. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068354976**. Rel. Des. Denise Oliveira Cezar. Porto Alegre, RS, 25 de agosto de 2016. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

relação de consumo aos olhos do Tribunal da Cidadania. Além disso, sua finalidade não é lucrativa, pois visam somente à oferta de mais um benefício a seus colaboradores, com gestão participativa.

Não é outra a finalidade dos planos públicos de assistência à saúde. A relação possui caráter legal (estatutário), só pode ser desenvolvida com servidores públicos ou pessoas determinadas em lei e não há intuito de lucro, sequer se podendo considerar que integre o mercado de consumo, sem mencionar que a administração é exercida pelo próprio Poder Público, não raro com órgão gestor paritário (com a participação da categoria, tal qual ente autogerido).

A extensão dos entendimentos jurisprudenciais atinentes às entidades de saúde na modalidade de autogestão e de previdência privada aos planos públicos de assistência à saúde, a nosso sentir, é mais do que adequada, podendo-se concluir pelo afastamento do Código de Defesa do Consumidor às relações que venha a entreter com particulares.

6 É CABÍVEL O RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE?

Como visto, o Sistema Único de Saúde pauta-se pela universalidade do atendimento. Todavia, pelo primado constitucional da solidariedade, o fato de determinada pessoa possuir plano de saúde e culminar sendo atendida pelos órgãos do SUS traria ônus desnecessário aos recursos destinados à coletividade, considerando que aquela teria condições de ser atendida por pessoa jurídica que atua na assistência ao setor. Concebeu-se, portanto, um mecanismo de correção de tal distorção, no bojo da Lei nº 9.656/1998:

“Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS”.

Em outras palavras, a lei instituiu a obrigação de que os planos de saúde venham a ressarcir o Sistema Único de Saúde quando seus usuários sejam por ele atendidos. O §1º do precitado artigo dispõe que a tabela de valoração será aprovada e divulgada pela ANS. Ora, a razão jurídica do dispositivo é autoevidente: não onerar

o SUS com tratamentos que poderiam ser pagos por particulares com a assistência das operadoras.

Evidentemente, a Suprema Corte foi convocada a se manifestar sobre a validade da regra. Em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 597.064, julgado em 07/02/2018, decidiu-se que dito ressarcimento é constitucional e aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 04/06/1998¹⁷.

Salvo melhor juízo, embora a *ratio decidendi* pudesse ser idêntica, o precitado artigo não possui aplicabilidade aos planos públicos de assistência à saúde, tendo em vista que a Lei nº 9.656/1998 destina-se apenas aos planos de natureza privada e que a ANS não exerce qualquer controle sobre pessoas jurídicas de direito público. O instrumento legal de ressarcimento ao SUS, portanto, não lhes deve operar quaisquer efeitos.

Não se quer, com isso, afirmar que tal obrigação não possa ser carreada aos planos públicos em momento futuro, ou mesmo que não o devesse. A hipótese seria discutível, tendo em vista que os recursos públicos também custeiam tal forma de assistência à saúde, o que poderia significar outro ônus suportado majoritariamente por Estados e Municípios, que quase sempre sucumbem ao medir forças com a União. Contudo, dito ressarcimento não pode ser considerado possível pelo atual texto legal.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo tratou de aspectos práticos dos planos públicos de assistência à saúde, normalmente destinados a servidores públicos ativos e inativos e pensionistas de determinado ente público, bem como a seus dependentes, a partir das dúvidas mais comuns verificadas em nossa prática profissional.

Do cotejo das respostas aos questionamentos propostos, nota-se que os planos públicos de assistência à saúde possuem particularidades que os tornam incomparáveis aos planos privados, as quais merecem reflexões e produzem consequências jurídicas próprias.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 597.064**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2661252>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Primeiramente, observou-se que a Lei nº 9.656/1998 não guarda pertinência aos planos públicos de assistência à saúde, porquanto sua abrangência, textualmente, alcança somente planos de natureza privada. Logo, cada esfera federativa que venha a instituí-los possuirá larga competência legislativa para delimitar beneficiários, carências, cobertura e demais assuntos pertinentes.

Ademais, a Agência Nacional de Saúde Suplementar não possui qualquer controle sobre os serviços prestados pelos planos públicos de assistência à saúde, já que tal finalidade não se inclui dentre suas competências. O controle sobre sua atuação é idêntico aos mecanismos incidentes sobre as demais pessoas jurídicas de direito público.

Suas contribuições têm natureza não tributária, o que lhes retira o atributo da compulsoriedade, não podendo ser consideradas como espécies tributárias, na esteira do que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.106. Por outro lado, continuam sendo receitas públicas, o que autoriza sua inscrição em dívida ativa, o protesto extrajudicial e a propositura de execução fiscal para compelir o particular ao seu pagamento em caso de inadimplência.

Identifica-se atual controvérsia quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações firmadas nessas circunstâncias. Embora haja correntes divergentes, o cancelamento da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça e a recente edição da Súmula 608 da Corte, sobre a inaplicabilidade da lei consumerista às entidades de autogestão, deve ser estendida aos planos públicos. Entende-se que reflita com mais propriedade os atributos das pessoas jurídicas que os administram e sua posição, firmada exclusivamente na legislação, traçando-se, inclusive, um paralelo com as entidades fechadas de previdência complementar.

Por fim, não se pode cogitar da existência de obrigatório ressarcimento, pelos planos públicos, ao Sistema Único de Saúde, definido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 597.064, tendo em vista que a Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre tal possibilidade, destina-se apenas a planos privados de assistência à saúde. Razões existem para que o tratamento seja idêntico para planos de saúde de ambas as naturezas, mas, à falta de previsão legal, na atualidade, tal hipótese mostra-se inviável.

Por tudo o que se expôs, surge como relevante o desenvolvimento do assunto, que se mostra carente de sistematização no direito pátrio. Embora numerosos os julgados, não há uniformidade de tratamento sobre vários dos temas

apresentados por parte do Poder Judiciário, em especial no que tange à incidência ou não do direito consumerista, fazendo com que incertezas parem nas mentes dos profissionais da área e dos beneficiários, revelando sua marcante atualidade. A edição da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça somente acrescenta mais um capítulo às controvérsias, por cuja redução se aguarda.

Enfim, este contributo tende mais à sistematização do que à inovação, no intuito de que os juristas que travem contato com a matéria disponham de recursos sintéticos acerca das questões mais discutidas sobre os planos públicos de assistência à saúde. Fica o registro da intenção de que atuem, cada qual, na qualificação dos respectivos argumentos, o que só poderá redundar na evolução da ciência jurídica como um todo.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. ANS. **Instrução Normativa nº 19, de 3 de abril de 2009**. Dispõe sobre o detalhamento da Resolução Normativa – RN nº 186, de 2009, e da RN nº 254, de 2011, que dispõem, respectivamente, sobre portabilidade de carências e sobre adaptação e migração de contratos; e implementa a compatibilidade dos produtos e a faixa de preços para fins de portabilidade de carências e de migração. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQwMw==>>. Acesso em 18 abr. 2018.

_____. ANS. Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTEhNw==>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. ANS. **Resolução Normativa nº 186, de 14 de janeiro de 2009**. Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição da cobertura parcial temporária. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/>

legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTM4OQ==>. Acesso em 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.106**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 14 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9116198>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 597.064**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2661252>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. Atlas: São Paulo, 2013.

DIDIER JR., F; BRAGA, P.S; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**: Vol. 2. 13 ed. Juspodivm: Salvador, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Método, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70058696253**. Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, RS, 24 de setembro de 2015. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70067062448**. Rel. Des. Marta Borges Ortiz. Porto Alegre, RS, 14 de abril de 2016. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068354976**. Rel. Des. Denise Oliveira Cezar. Porto Alegre, RS, 25 de agosto de 2016. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70072831373**. Rel. Des. Almir Porto da Rocha Filho. Porto Alegre, RS, 12 de abril de 2017. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ edita quatro novas súmulas e cancela uma sobre planos de saúde**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/noticias/Noticias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/noticias/Noticias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%A7%C3%A3o/noticias/Noticias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. **Súmulas Anotadas**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

LIMITES AO CONTROLE DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Pedro Ricardo Lucietto Piccinini¹

RESUMO: A deliberação acerca do plano de recuperação judicial de uma empresa é realizada pelos seus credores em uma assembleia, denominada Assembleia de Credores. Após a deliberação, cabe ao magistrado, que é o condutor do processo de recuperação, homologar a decisão assemblear, independentemente de seu resultado. Entende-se, todavia, que a atuação do magistrado na deliberação do plano de recuperação judicial não pode ser reduzida a uma mera homologação, visto que esse deve atuar protegendo e assegurando o bom andamento da relação comercial entre os credores e a empresa devedora, dentro de padrões de legalidade e juridicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação judicial. Plano de Recuperação Judicial. Controle de legalidade do magistrado.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Análise dos diplomas falimentares brasileiros anteriores à Lei nº 11.101/2005. 3 Lei nº 11.101/2005 e seus aspectos negociais. 4 Plano de recuperação judicial e os limites do controle de legalidade realizado pelo juiz. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo discorrer acerca do controle de legalidade realizado pelo juiz no plano de recuperação judicial. Essa temática vem sendo abordada constantemente nos tribunais e no meio acadêmico, não havendo ainda um posicionamento pacífico acerca dos limites que permeiam esse controle exercido pelo magistrado. Destaca-se, ainda, que o tema já foi objeto de dois

¹ Mestrando em Direito, na área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado” (PUCRS) Especialista em Direito Empresarial (PUCRS). Bacharel em Direito (PUCRS). Advogado. Email: pedro-rip@hotmail.com.

Enunciados (números 44 e 46) da Primeira Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, o que demonstra a importância e a atualidade desta abordagem.

A recuperação judicial tem por objetivo a resolução do cenário de crise econômico-financeira de uma empresa, para que, cumprindo-se um roteiro, não ocorra sua falência. Nesse sentido, será abordado, principalmente, no âmbito da recuperação judicial, o conflito de interesses ocorrente entre os poderes dos credores (os quais muitas vezes só se preocupam com seus créditos e não com a recuperação da empresa) em relação aos poderes do juiz (o qual pode conceder ou não a recuperação judicial, modificar o plano ou mesmo não aprová-lo, sob a justificativa de abusividade de cláusulas ou até mesmo ilicitude de voto). A atuação judicial é pautada pelo interesse público de manutenção da empresa, a qual mantém uma gama de relações as quais merecem tutela judicial. Por outro lado, o interesse dos credores (interesses privados) advém de uma relação empresarial, onde há uma legítima relação de débito-crédito.

Assim, o que se pretende com o presente estudo é analisar a extensão e a profundidade da intervenção judicial no plano de recuperação judicial - o que a doutrina e a jurisprudência atualmente vêm denominando de controle de legalidade judicial do plano de recuperação judicial. Para tanto, restringe-se o tema somente para o âmbito do procedimento da recuperação judicial, regido pelos artigos 47 a 69, da Lei nº 11.101/2005, uma vez que a referida lei aborda outros procedimentos, como por exemplo: falência, recuperação extrajudicial e recuperação judicial de micro e pequena empresa, os quais não serão analisados. Ainda, não serão perscrutadas questões relacionadas à formação dos polos da recuperação judicial, legitimidade de ajuizamento do procedimento e estudo das fases do procedimento em que não há tomada de decisão em relação ao plano de recuperação judicial.

Para o bom desenvolvimento do trabalho, serão analisados conceitos e institutos da legislação falimentar, os quais são fundamentais para a compreensão do tema. Nesse aspecto, em um primeiro momento, será abordada a evolução histórica do Direito Falimentar brasileiro, permitindo que se compreendam quais são os pilares que balizam a legislação falimentar vigente. Na sequência, far-se-á uma análise da Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº. 11.101 de 2005) e os aspectos negociais entre credores e a empresa em crise no instituto da recuperação judicial, para, posteriormente, adentrar com segurança nos limites da atuação do magistrado, condutor do procedimento da recuperação judicial, quando

da realização do controle de legalidade do plano de recuperação judicial. Pretende-se, portanto, clarear entendimento sobre os limites que balizam a atuação do Poder Judiciário quando da realização do seu controle de legalidade acerca da deliberação do plano de recuperação judicial realizado pelos credores em assembleia de credores.

2 ANÁLISE DOS DIPLOMAS FALIMENTARES BRASILEIROS ANTERIORES À LEI Nº 11.101/2005

Inicialmente, faz-se necessário realizar um breve apanhado acerca da evolução histórica dos diplomas falimentares brasileiros anteriores à Lei nº 11.101/2005, analisando as origens do direito da insolvência, seus principais institutos e princípios. Pretende-se, assim, explorar os pilares da recuperação judicial no Brasil, afinal, “não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi”². Nesse aspecto, a análise dos diplomas legais brasileiros e seu contexto histórico é deveras importante fins de verificarmos o surgimento das noções de recuperação judicial, negociação e a consequente aprovação de um plano de recuperação judicial no Brasil.

Inicia-se a análise do direito falimentar brasileiro pela Idade Moderna, precisamente em 1850, quando fora promulgado no Brasil o Código Comercial, utilizado até a fase do regime republicano. Neste código “o procedimento falimentar era lento, complicado, dispendioso, tendo por enfoque a apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ultimação do processo da quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação da massa”³.

Em 1890, com a finalidade de reparar eventuais equívocos no edito anterior, foi publicado o Decreto nº 917, o qual inaugurou o instituto da concordata preventiva, que, nas palavras de COMPARATO⁴, tratava-se de “autêntico favor concedido ao comerciante honesto com dificuldades”, o qual, infelizmente, nas palavras do citado

2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. I. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 15.

3 LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 45.

4 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro Empresa*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1970, p. 98.

autor “tropeçou [...] nas políticas do ‘encilhamento’”⁵. O instituto da concordata⁶ preventiva objetivava a recomposição do patrimônio da empresa, evitando a declaração da falência, de forma que o devedor recebia moratória (no prazo máximo de dois anos) para postergar o pagamento de créditos quirografários ou redução da dívida (em caso de pagamento à vista).

Passados alguns anos, em 1902, surgiu a “Lei nº 859, a qual buscava impedir eventuais conluíus entre credores, trazendo à legislação a figura do síndico”⁷, o que, todavia, acabou por tornar as concordatas impraticáveis. Na busca de retomar os pontos positivos do Decreto nº 917, de 1890, e com a “finalidade de impedir as fraudes e procrastinações”⁸ nas concordatas, surgiu a Lei nº 2.024, de 1908⁹, a qual, infelizmente, foi prejudicada pela crise mundial de 1929 (A Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque).

Segundo FARIA¹⁰, “a Lei 2.024/1908 resgatou parte do modelo criado pelo Decreto nº 917, de 1890, e foi considerada à altura das legislações de países mais desenvolvidos”. Todavia, em razão de nova insatisfação com o regime falimentar vigente, oriunda do fato de que “a concordata quase sempre resultava de conluio entre credores e devedora”¹¹, em 21 de junho de 1945, foi publicado o Decreto-Lei nº 7.661, o qual “reforçou os poderes do magistrado (e, conseqüentemente, diminuiu a influência dos credores) e aboliu a assembleia de credores para a aprovação da concordata (a qual deixou de ser um contrato para tornar-se um benefício concedido pelo Estado”¹²).

Em relação às mudanças oriundas da nova legislação (Decreto-Lei 7.661, de 1945), faz-se necessário observar, ainda que de uma forma alongada, os ditames da

5 *Ibidem*. p. 98.

6 Conforme Amador Paes de Almeida, é o “instituto que objetiva regularizar a situação econômica do devedor comerciante, evitando (concordata preventiva), ou suspendendo (concordata suspensiva), a falência.” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384)

7 ESTEVEZ, André Fernandes. *Das Origens do Direito Falimentar à Lei n. 11.101/2005*. Revista jurídica empresarial. Sapucaia do Sul, ano. 3, n. 15, p. 11-50, jul/ago. 2010, p. 134.

8 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23.

9 Após seis anos de vigência da Lei nº 859/1902, o jurista Carvalho de Mendonça elaborou a Lei nº 2.024, publicada em 17.12.1908.

10 FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t.1, p. 40.

11 ESTEVEZ, André Fernandes. *A Assembleia-Geral de Credores no Direito Brasileiro: Razões para a Criação da Concordata-Sentença no Decreto-Lei nº 7.661/1945*, in Revista de Direito Empresarial, nº 36, janeiro-fevereiro de 2014, p. 69.

12 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 24.

Exposição de Motivos do anteprojeto que resultou na referida nova legislação, subscrita, à época, pelo Ministro Alexandre Marcondes Machado¹³:

“O anteprojeto conceitua a concordata sob critério diverso do vigente. No direito atual, a formação da concordata depende da livre manifestação dos credores, através de quorum de votação, reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acordo com o devedor. A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria. É peculiar ao instituto, no direito vigente, a imposição da deliberação da maioria sobre a vontade dos dissidentes. O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar, a preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão do seu interesse individual, deturpando o interesse coletivo da deliberação e tornando ilegítima a sujeição da minoria. E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar. Atendendo a esse princípio, consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitua manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei”.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, chamado de “Lei de Falências”, surgiu na época brasileira do Estado Novo (período após a segunda guerra e início da industrialização brasileira¹⁴) e “acentuou o caráter judiciário do processo falimentar, uma vez que restringiu os direitos dos credores perante o devedor comum”¹⁵, deixando a concordata a critério do magistrado. Ao passo que as leis anteriores tinham “‘inspiração privatística’ e conferiam maior predominância ao interesse dos credores, a nova lei considerou mais apto o ‘impulso oficial’ para a tutela do próprio interesse comum dos credores, elevado ao plano de interesse público”.¹⁶

O que se percebe, portanto, é que o decreto-lei de 1945 introduziu a ideia de que a concordata (seja suspensiva, seja a preventiva) era concedida ou não pelo

13 SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO; PITOMBO, ANTONIO SÉRGIO A. DE MORAES (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. pp. 64-65.

14 Nesse aspecto, “o Decreto-Lei n. 7.661/45, produzido logo após a guerra mundial concluída em 1945, concebia um modelo de empresa próprio da economia nacional defasada que refletia as coordenadas da ordem capitalista instaurada, em 1944, a partir da Conferência de Bretton Woods. Concebia o crédito como, simplesmente, mais uma espécie de relação obrigacional, desconsiderava a repercussão da insolvência no mercado e concentrava-se no ajustamento das relações entre os credores e o ativo do devedor.” (FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2013, p. 17)

15 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro Empresa*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1970, p. 99.

16 AFONSO NETO, Augusto. *Princípios de Direito Falimentar*. São Paulo: Max Limonad, 1962, pp. 59-60.

juiz, consistindo em um favor legal, deixando de lado o tradicional consenso de credores e trazendo a ideia de direito subjetivo do devedor. Nesse sentido, VALVERDE¹⁷ afirma que a nova legislação anulou¹⁸ os poderes da assembleia de credores em detrimento dos poderes do magistrado, o que, nas palavras de FERREIRA, foi eternizado com a expressão “concordata fascista”.

Com o passar dos anos e, principalmente, desgastado com a nova realidade brasileira nos setores econômico, social e político, o referido decreto-lei foi sendo considerado ultrapassado, uma vez que não considerava questões econômicas como a reorganização da empresa e sua manutenção no meio social, as quais estão intimamente relacionadas à insolvência ou a quebra. Dessa forma, a concessão de moratória dos créditos quirografários em razão de pedido de concordata não tinha o condão de sanar a crise da empresa devedora, da mesma forma que decretar a falência seria inviável se essa empresa ainda tivesse capacidade de operação no mercado.

Verifica-se, portanto, que a empresa não era valorizada, nem “buscadas soluções menos traumáticas para o caso de, constatado o desequilíbrio adverso entre ativo e passivo, não passar diretamente para o procedimento liquidatório-solutório à falência, mas dar ao devedor a oportunidade de demonstrar que, reorganizada a atividade, terá condições econômicas de continuar”¹⁹. Constituiu-se, nesse aspecto, comissão para rever o decreto, surgindo, então, a Lei nº 7.274, de 10 de dezembro de 1984²⁰, a qual foi brevemente substituída na sequência pela publicação do Decreto-Lei nº 2.279, de 1985, que tinha a finalidade de corrigir sua redação²¹.

O contexto de crescimento econômico salientou a nítida percepção de que a legislação falimentar estava atrasada. Nessa toada, com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou princípios que têm por objetivo a tutela do interesse

17 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. III, p. 35.

18 Da mesma forma, foram “eliminadas as tradicionais assembleias de credores para verificação dos créditos, substituídas por tantos processos sumários quantos sejam os créditos impugnados”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro Empresa*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1970, p. 99)

19 SZTAJN, Rachel. *Da recuperação judicial*. In: SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO; PITOMBO, ANTONIO SÉRGIO A. DE MORAES (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 372.

20 ESTEVEZ, André Fernandes. *Das Origens do Direito Falimentar à Lei n. 11.101/2005*. Revista jurídica empresarial. Sapucaia do Sul, ano. 3, n. 15, p. 11-50, jul/ago. 2010.

21 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 24-25.

dos credores²², a preservação da empresa e seus contratos derivados, foi promulgada a Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº. 11.101 de 2005 – “LRE”), que atualmente segue vigente.

Finalizado o apanhado histórico, o que se percebe do estudo dos ordenamentos jurídicos falimentares brasileiros anteriores à LRE, é que o legislador brasileiro não atingia o objetivo de formar um instituto falimentar que não privilegiasse ora os credores, ora o devedor empresário. O descontentamento das partes envolvidas em processo falimentar sempre se fazia presente, independentemente do momento histórico vivido, uma vez que o procedimento inviabilizava, invariavelmente, qualquer tentativa de superação da crise por parte da empresa (a qual almejava retornar suas atividades e se consolidar no ambiente empresarial).

3 LEI 11.101/2005 E SEUS ASPECTOS NEGOCIAIS

A Lei nº 11.101/2005, a chamada Lei de Recuperação de Empresas (LRE), na tentativa de viabilizar a reorganização da empresa devedora, trouxe modificações inovadoras ao Direito Falimentar, como: “a criação da recuperação judicial, a criação de mecanismos para a maximização de ativos e o aumento de penas para a punição de eventuais crimes falimentares”²³. Dentre as novidades, destaca-se a análise da situação econômica da empresa (se viável ou inviável) pelos seus credores, os quais irão definir, a partir dessa análise, o caminho a ser perseguido pela empresa (se o da falência ou da recuperação judicial).

A escolha do caminho que será rumado pela empresa em crise deve ser criteriosa e bem fundamentada, pois eventual quebra pode trazer resultados nefastos “não somente para os empreendedores e investidores que empregaram

22 “O Direito Comercial é uma categoria histórica, cujo processo de formação se dá pela cristalização de costumes, práticas, cláusulas de estilo e também pelas respostas jurídicas e sociais aos problemas decorrentes da circulação econômica. Neste sentido, pode-se afirmar que o ‘caldo histórico’ formado ao longo dos séculos XIX e XX, com todas as suas contradições, avanços e problemas nos processos de falência e concordata, levou a Lei 11.101/2005 a reforçar a posição dos credores em relação à sua condição na lei revogada, o Dec.-lei 7.661, de 21.06.1945” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O poder dos credores e o poder do juiz na falência e na recuperação judicial*. Revista dos Tribunais, n. 936, São Paulo, outubro de 2013, p. 46)

23. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11ª ed. rev., atual.eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 39-42).

capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos.”²⁴

Para as empresas em situação econômica viável, ou melhor, com condições concretas de seguir um plano de reorganização, a LRE indica a adoção da recuperação judicial, desde que aprovada pela maioria dos credores. Por outro lado, para as inviáveis, a melhor solução seria a falência, que tem por objetivo a liquidação do ativo para o pagamento do passivo, na tentativa de minimizar os impactos na gama de relações jurídicas que permeiam a empresa. Nessa esteira, segundo MUNHOZ²⁵, “a escolha entre os caminhos da recuperação ou da falência depende da verificação de qual solução gerará maiores benefícios do que ônus para a sociedade”.

A LRE introduziu no ordenamento jurídico brasileiro²⁶, portanto, o instituto da recuperação judicial²⁷ (excluindo a concordata suspensiva e substituindo o antigo instituto da concordata preventiva²⁸, ambas reguladas pelo antigo Decreto-Lei nº 7.661, de 1945²⁹) com o objetivo de “propiciar a reorganização e o soerguimento de empresas viáveis que se encontram em crise econômico-financeira”³⁰, através da tutela de interesse dos credores e a manutenção da atividade empresarial.

Deve-se salientar, nesse ponto, que não são somente tutelados os interesses da empresa devedora, mas também aqueles que a circundam (emprego dos trabalhadores, investidores, consumidores e a sociedade em geral), uma vez que a

24 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. V3: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 243.

25 MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional da apreciação do plano de recuperação judicial*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, vol. 36, abril/junho de 2007, p. 187.

26 “A Lei 11.101/2005, nessa medida, se diferenciaria da legislação falimentar anterior enquanto no revogado Dec-lei 7.661/1945 o instituto da concordata tinha por finalidade tutelar o comerciante que se encontrava em dificuldade econômico-financeira transitória, na Lei 11.101/205 a recuperação judicial tem por escopo preservar a atividade empresarial (a empresa)”. (WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio, *Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial*, in *Revista dos Tribunais*, nº 915, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 446.)

27 “A principal modificação trazida pela Lei nº 11.101/2005 é a criação da recuperação judicial e extrajudicial das empresas” (BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 4.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008, p. 471)

28 “O novo diploma regente dos efeitos da crise econômico-financeira das empresas vem substituir o Decreto-lei nº 7661/1945 (LFC – Lei de Falências e Concordatas), cuja vigência fica restrita aos processos de falência e concordata em curso, iniciados sob sua égide.” (FAZZIO JUNIOR, WALDO. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2013, p. 591)

29 De forma diversa do instituto da recuperação judicial, a concordata não tinha o condão de reorganização da empresa através de uma mudança na gestão vinculada a um estudo de viabilidade econômica da empresa, sendo restrita unicamente aos credores quirografários.

30 FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2013, p. 591.

empresa é fonte geradora de empregos, tributos e riquezas³¹. Subtrai-se essa conclusão quando da leitura geral do artigo 47, da LRE, que reza que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Observa-se, portanto, que o legislador brasileiro passou a se preocupar também com o mercado e não somente com o mercador (na figura do empresário), conforme defendido por FORGIONI³². Essa inovadora preocupação com o mercado beneficia não somente o ambiente empresarial, como também “gera recursos para as medidas governamentais e para ações privadas, pois concretiza direitos de uma coletividade toda.”³³ Ainda, sobre os benefícios e as estratégias de mercado trazidas pela LRE, verifica-se que esta funciona como uma “espécie de farol para a sociedade e para o mercado, já que é um mecanismo eficiente de resolução de conflitos e coordenação dos interesses das empresas em crise, pois sinaliza aos agentes econômicos quais as estratégias que podem usar nos negócios a serem realizados, dado o ambiente de incertezas que rege as relações econômicas.”³⁴

A manutenção da empresa, todavia, não deve ser perseguida de forma indiscriminada³⁵, principalmente quando sua situação econômica é inviável, já que a

31 WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio, *Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial*, in Revista dos Tribunais, nº 915, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 446.

32 “De um direito medieval ligado à pessoa do mercador passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado. [...] Fomos do ‘ato à atividade’. Agora, passamos ao reconhecimento de que a atividade das empresas conforma e é conformada pelo mercado. Enfim: ‘ato, atividade, mercado’. Eis a linha de evolução do direito comercial.” (FORGIONI, Paula Andrea. *O Direito Comercial Brasileiro: Da Mercância ao Mercado*. Tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 104-105).

33 PROENÇA, José Marcelo Martins. *Os Novos Horizontes do Direito Concursal*, in Direito Recuperacional II – Aspectos Teóricos e Práticos, ANTONIO, Nilva M. Leonardi; DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coords.), São Paulo, Editora Quartier Latin, 2012, p. 190.

34 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O poder dos credores e o poder do juiz na falência e na recuperação judicial*. Revista dos Tribunais, n. 936, São Paulo, outubro de 2013, p. 59.

35 Nesse sentido leciona o juiz Daniel Carnio: “[...] é importante observar que a recuperação da empresa devedora não é princípio absoluto e somente deve ser feita em função dos benefícios sociais relevantes que serão produzidos em razão da preservação e da recuperação da atividade produtiva”. (COSTA, Daniel Carnio, *Reflexões sobre Recuperação Judicial de Empresas: Divisão Equilibrada de ônus e Princípio da Superação do Dualismo Pendular*, in Revista do Instituto Brasileiro de Administração Judicial – IBAJUD, 20 de março de 2014.)

recuperação judicial exige alguns sacrifícios³⁶ em razão da multiplicidade de interesses que circundam uma empresa em crise. Indo de encontro a esse pensamento de que somente empresas viáveis devem fazer jus à recuperação judicial³⁷, salienta-se que “quando não há solução de mercado, aparentemente não se justificaria a intervenção do Estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa, visto que a falência, por si só, se torna uma solução de mercado para a empresa inviável.”³⁸

Finalizando o estudo das noções introdutórias da LRE, subentendem-se alguns princípios que norteiam a atuação do diploma legal, são eles: princípio da preservação da empresa viável, princípio da prevalência do interesse dos credores, princípio da publicidade dos procedimentos, princípio da *par conditio creditorum* e princípio da conservação e maximização dos ativos. No presente trabalho, interessa, em especial, o princípio da prevalência do interesse dos credores, o qual é unânime na doutrina como um dos princípios fundamentais da aludida lei, tanto isso é verdade que o mesmo está explicitamente presente em seu artigo 47³⁹, que foi anteriormente mencionado.

A prevalência do interesse dos credores resta clara quando o legislador, no artigo 73, I, positivou que cabem a eles aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação judicial do devedor, desde que verificados os requisitos específicos de quórum de votação. Ao contrário do Decreto-Lei nº 7.661/1945, que tornou a

36 “No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembleia geral de credores, primeiro, depois, o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o ‘sacrifício’ de determinado fim se indispensável ao saneamento da empresa ou o ‘sacrifício’ parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores etc., pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são ‘procedimentos de sacrifício’ que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores.” (LOBO, Jorge Joaquim. *Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação de empresa*. Rio de Janeiro, Revista Forense. V. 379, maio-junho, 2005, pp. 119-131).

37 “Quem paga a conta da manutenção em funcionamento de empresas inviáveis é a sociedade em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperanda, que absorvem o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final.” (COSTA, Daniel Carnio, *Reflexões sobre Recuperação Judicial de Empresas: Divisão Equilibrada de Ônus e Princípio da Superação do Dualismo Pendular*, in Revista do Instituto Brasileiro de Administração Judicial – IBAJUD, 20 de março de 2014, p.)

38 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. V3: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

39 Nesse sentido, o art. 47, da LRE, “dispõe que deve ser observado o interesse dos credores, concretizando, assim, o princípio da relevância do interesse dos credores” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.33-34.)

concordata um favor legal a ser concedido pelo magistrado independente de anuência dos credores, “a Lei nº 11.101/2005 fortaleceu o poder dos credores em moldes similares ao que já ocorria nas legislações brasileiras entre os anos de 1850 e 1945.”⁴⁰

Anteriormente, nas concordatas, a participação dos credores nos procedimentos anteriores à falência era dispensada, uma vez que o Poder Judiciário (na figura do juiz), de forma diversa, atuava como protagonista, pois, segundo TOLEDO⁴¹, “além do poder de concessão da concordata, o juiz presidia a causa, exercia funções de gestão e dava um norte para as atuações do síndico da massa falida.” Essa dispensa da participação dos credores ocorria porque estes, em algumas oportunidades, praticavam atos que atendiam exclusivamente a seus interesses. Por esse motivo, a concordata não ensejava confiança nas relações de mercado e era vista como mero instrumento protelatório, “auxiliando o devedor a realizar tudo o que a Lei queria evitar, como privilegiar alguns credores, proteger patrimônio, esvaziar e desviar as atividades rentáveis da empresa para terceiros, etc.”⁴²

Na LRE, em razão, principalmente, dos erros apresentados nas legislações anteriores, foi subtraído, do Poder Judiciário, a decisão total e irrestrita sobre os rumos das empresas devedoras. Agora, na atual legislação, cabem aos credores a análise de viabilidade da recuperação da empresa, bem como a aprovação ou reprovação, em Assembleia Geral, do plano de recuperação da empresa.

O que se observa, portanto, é a opção do legislador pátrio pelo protagonismo da relação negocial existente entre os credores e a empresa devedora, a qual é muitas vezes conflitante (recuperação de créditos a curto prazo, em detrimento da superação - ou não - da crise a médio e longo prazo).

A recuperação judicial, conforme já esclarecido, “não envolve somente interesses dos credores e da empresa devedora, de forma que também envolve interesses múltiplos e coletivos derivados da função social da empresa”⁴³. Assim, da

40 ESTEVEZ, André Fernandes. *Das Origens do Direito Falimentar à Lei n. 11.101/2005*. Revista jurídica empresarial. Sapucaia do Sul, ano. 3, n. 15, p. 11-50, jul/ago. 2010, p. 42-43.

41 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. *A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: Sua Estrutura Institucional*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 122, abril-junho de 2001, p. 168-172.

42 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O poder dos credores e o poder do juiz na falência e na recuperação judicial*. Revista dos Tribunais, n. 936, São Paulo, outubro de 2013, p. 46

43 NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-130.

mesma forma que brinda os interesses dos credores, a LRE homenageia, também, “os princípios da preservação da empresa e da sua função social para o fim de permitir a manutenção da fonte produtora e o emprego dos trabalhadores, princípios esses que podem ser considerados como a mais importante contribuição da nova lei falimentar”.⁴⁴

No mesmo sentido, CERZETTI⁴⁵ afirma que “ao buscar a tutela de seus interesses, os credores não podem buscar somente a satisfação do crédito, mas também a manutenção da empresa”, de forma que há autores americanos que consideram a razão de existir do Direito Falimentar como a possibilidade da empresa devedora ser beneficiada com o *discharge*⁴⁶, que possibilitará seu *fresh start*⁴⁷. Vale aqui destacar, nesse aspecto, que “para a maior parte dos Americanos, a falência é sinônimo da ideia de liberação das dívidas do devedor”.⁴⁸

Não se pode olvidar, contudo, que “o interesse dos credores deve identificar-se com o interesse público inerente à empresa”⁴⁹, de forma que o Direito norte-americano⁵⁰ defende que caberia ao Estado realizar um papel ativo na realização dos fins previstos no ordenamento jurídico, levando em consideração os efeitos sociais e econômicos que as normas falimentares possuem, na medida em que detentoras tanto de uma perspectiva individual quanto de uma perspectiva coletiva.

Fazendo um paralelo com o Direito Falimentar americano, diferentemente do instituto da concordata preventiva, a recuperação judicial tornou a propiciar aos

44 WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina (Coord.) et al. *Comentários à nova*

lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.318.

45 CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações – O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 222-223.

46 O instituto da *discharge*, oriundo do Direito Anglo-Saxão, é caracterizado pela liberação de dívidas do devedor pela entrega de seus bens pessoais ao credor, como forma do “devedor demonstrar que não pretendia lesar os credores” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 10)

47 Charles Tabb afirma sobre *fresh start* que “a utilidade social de uma política pública voltada para a reinserção dos indivíduos vem sendo há muito tempo aceita nos Estados Unidos.” (TABB, Charles. *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate*. The George Washington Law Review, 1990, vol. 43, p. 57)

48 Tradução livre de: “To most Americans, bankruptcy probably is synonymous with the idea of a discharge from one’s debts”. (TABB, Charles. *The historical evolution of bankruptcy discharge*. *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 65, pp. 325-71, 1991 p. 01)

49 FAZZIO JÚNIOR, WALDO. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2013, p. 595.

50 No Direito Falimentar brasileiro, LUIZ INÁCIO VIGIL NETO aponta que as bases estruturais da falência moderna são o limite patrimonial, a condição de igualdade entre todos os credores (*pars conditio creditorum*) e a natureza pública e judicial. (VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.54.)

credores e devedores a negociação de um plano⁵¹, o qual seria deliberado em assembleia pelos credores e não pelo Poder Judiciário (na figura do juiz). Assim, o Poder Judiciário somente atuaria para garantir a legalidade do procedimento e cancelar o plano objeto de deliberação em assembleia.

No entanto, a atuação do juiz no âmbito da recuperação judicial tem fomentado inúmeras discussões, principalmente em relação ao controle de legalidade do plano de recuperação judicial, o qual foi objeto dos enunciados 44⁵² e 46⁵³ da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ.

Não se discute que pertence apenas aos credores o estudo da viabilidade econômica da empresa⁵⁴, de forma que, posteriormente à análise (aprovação ou reprovação) do plano de recuperação judicial, pode-se discutir a tomada de decisão dos credores no Judiciário. Todavia, tal discussão somente chegará ao crivo do juiz quando a reprovação do plano de recuperação judicial não tenha sido realizada dentro dos parâmetros exigidos em lei (forma escrita e fundamentada).

Dar poder soberano ao juiz para que o mesmo decida o rumo a ser tomado na recuperação judicial é deveras prejudicial, uma vez que tal situação estaria desconstruindo o aspecto negocial do instituto e acabaria com o objetivo da tutela dos interesses dos credores. O norte a ser seguido na recuperação judicial é a busca pela manutenção da empresa viável, de forma que o poder decisório dos rumos dessa reorganização deve ser exercido conjuntamente entre o juiz e os credores da empresa insolvente (ainda que em alguns casos os interesses sejam

51 Diferencia-se, portanto, da concordata preventiva, uma vez que essa era restrita apenas aos créditos quirografários, sem ter plenos poderes para reorganização da empresa, de forma que a recuperação judicial da Lei 11.101/2005 tem maior esfera de atuação.

52 A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade. I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. — Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

53 Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores. I Jornada de Direito Comercial, [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. — Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

54 “Não há dúvida de que os credores têm, em geral, mais acesso à informação necessária à realização de um juízo sobre o plano de recuperação, quer porque, via de regra, alguns estão acostumados com o dia-a-dia empresarial e, portanto, detêm os conhecimentos necessários para realizar uma análise profissional da proposta, quer porque, mesmo não sendo profissionais de mercado, conhecem melhor do que o juiz os interesses envolvidos e, sobretudo, o compassamento do plano às suas necessidades particulares. Os credores teriam, nesse contexto, mais instrumentos cognitivos e incentivos para resolver o problema da forma mais eficiente possível.” (WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio, *Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial*, in Revista dos Tribunais, nº 951, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 447)

conflitantes), pois as decisões podem, invariavelmente, conforme já mencionado, gerar efeitos sociais e econômicos externos à empresa.

4 PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS LIMITES DO CONTROLE DE LEGALIDADE REALIZADO PELO JUIZ

Passadas as noções introdutórias do instituto negocial da recuperação judicial, inicia-se o estudo do plano de recuperação judicial, que está previsto na Seção III, Capítulo III, da Lei nº 11.101/2005, sendo o instrumento jurídico obrigatório e indispensável para que a empresa em crise possa pleitear a concessão de sua recuperação judicial. Esse plano nada mais é do que uma proposta de reestruturação onde “estão previstas operações ou meios destinados a debelar a crise da empresa”⁵⁵. A proposta de saneamento é destinada pela empresa aos seus credores em relação às obrigações já existentes à data do pedido de recuperação (ainda que não vencidas).

Sendo a recuperação judicial “instituto de Direito Econômico, suas normas não visam precipuamente a realizar a ideia de justiça, mas, sobretudo, criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores”⁵⁶, sendo essa a função do plano de recuperação judicial, o qual deve indicar pormenorizada e fundamentadamente o meio ou os meios pelos quais a sociedade empresária devedora deverá superar as dificuldades que enfrenta.⁵⁷

Em relação ao conteúdo do plano de recuperação judicial previsto no artigo 53, da Lei nº 11.101/2005, sintetiza-se que devem estar mencionados os meios de recuperação a serem empregados, a demonstração da viabilidade econômica, bem como o laudo econômico e financeiro e de avaliação dos bens do ativo do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.”⁵⁸ Seguindo o preceito do aludido artigo, a empresa devedora buscará demonstrar sua “estratégia para superar a crise (item “I”); na prova de que ela pode funcionar (item

55 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 302.

56 LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 171-172.

57 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245.

58 FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 245.

“II”); na demonstração de que os números apresentados se fundam em dados reais (item “III”).⁵⁹Apresentado o plano de recuperação judicial, os credores deverão se manifestar sobre ele em uma assembleia, denominada Assembleia Geral de Credores.

Essa assembleia, em tese, é soberana em suas decisões quanto ao plano de recuperação judicial⁶⁰. Todavia, deve-se observar se a manifestação dos credores não desvia dos objetivos previstos na lei de recuperação, de forma que, nesse caso, o magistrado pode intervir.⁶¹ A problemática objeto de análise do presente trabalho surge nesse momento - na deliberação do plano de recuperação judicial - uma vez que cada um dos credores têm “seus próprios problemas e, em geral, não se preocupam tanto com a recuperação do devedor”⁶², evidenciando o aparente conflito de interesses entre os poderes dos credores em detrimento dos poderes do juiz, o qual tem o dever de resguardar os princípios e interesses jurídicos tutelados pela LRE ao analisar as deliberações dos credores quando da homologação do plano de recuperação judicial.

A fim de clarear o papel do magistrado no âmbito da recuperação judicial, a Primeira Jornada de Direito Comercial CJP/STJ aprovou o Enunciado nº 44, o qual prescreve que “a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade.” Nesse diapasão, faz-se necessário analisar a extensão e a profundidade da intervenção judicial no plano de recuperação judicial para que se possam determinar os limites do controle de legalidade (realizado pelo juiz) do plano de recuperação judicial.

Questiona-se, portanto, se é possibilitada a atuação do magistrado por meio de um controle de legalidade das decisões tomadas em assembleia de credores quando da deliberação sobre o plano de recuperação judicial; e, sendo possível tal

59 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 302.

60 “Em situações de normalidade a assembleia geral de credores é soberana na apreciação do plano e ao magistrado cabe um papel meramente homologatório” (JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti, *Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial*, in Revista dos Tribunais, nº 951, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 448)

61 “A assembleia geral de credores não pode deliberar ‘soberanamente’ quando abusividades e ilegalidades se verificarem [...]. Não pode um plano (ainda que aprovado, por maioria, pelo conclave assemblear) produzir efeitos de modo a contrariar a lei, os princípios gerais do direito e a jurisprudência, sob o frágil argumento de que a assembleia geral de credores seria absolutamente soberana.” (LOBO, Arthur Mendes; NETTO, Antônio Evangelista de Souza, *Nulidades no processo de recuperação judicial*, in Revista de Processo – RePro, n. 237, 2014, p. 347)

62 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11ª ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

atuação, qual sua extensão em relação a esse plano. Para responder a pergunta, faz-se necessário diferenciar os dois tipos de controle de legalidade: formal (estrita) e material (juridicidade).

O controle de legalidade formal (estrita) do plano de recuperação judicial é aquele realizado pelo juiz para averiguar eventuais disposições no plano que possam ir de encontro ao que está positivado na LRE. Em outras palavras, seria uma tentativa do juiz de barrar disposições (cláusulas) no plano que sejam manifestamente contrárias à lei. Por sua vez, o controle de legalidade material (juridicidade) do plano de recuperação judicial é aquele realizado pelo magistrado para que os princípios norteadores da LRE sejam cumpridos quando da deliberação acerca do plano de recuperação na assembleia geral de credores da empresa devedora, evitando-se, assim, abusos de direito de voto ou fraudes.

Percebe-se, portanto, que o magistrado⁶³, realizando os referidos controles de legalidade, zela pela conformidade do plano de recuperação com a lei, sua higidez procedimental, bem como se as deliberações dos credores estão de acordo com os princípios conformadores da LRE. Nesse aspecto, as “deliberações do plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial”.⁶⁴ É o que se depreende da leitura do artigo 58, da LRE, o qual prevê que “cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.”

Da leitura do anteriormente referido artigo 58, inicialmente imaginava-se que o legislador pátrio tinha a intenção de determinar que o magistrado se abstivesse de realizar juízos de valoração acerca do plano de recuperação judicial, sendo mero homologador das decisões assembleares.⁶⁵

63O juiz verifica se a assembleia (desde sua convocação até sua conclusão) e o plano deliberado pelos credores atendem aos requisitos da LRE. (LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p 171-172).

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.314.209. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Julgado em 22/05/2012. Publicado em: 01/06/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1314209&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10/12/2014.

65 “A aprovação do plano em assembleia de credores segue-se o pronunciamento judicial vinculado a essa vontade. [...] Não é o juiz que concede a recuperação; são os credores. O juiz homologa a vontade dos credores, expressa em assembleia e registrada em ata; o juiz deve proceder à verificação meramente formal da atuação da assembleia de credores, quórum de instalação e de deliberação, enfim, a regularidade do procedimento. [...] O juiz não examina o conteúdo do plano aceito; assim como não examina o conteúdo dos acordos que ele homologa frequentemente no

É sabido que o juiz não tem poderes irrestritos na recuperação judicial de empresas, todavia não se pode limitar em demasia sua atuação como mero homologador das decisões assembleares⁶⁶ de forma que sua análise tanto dos aspectos formais quanto os materiais convergem para a viabilidade (leia-se, conformidade legal e deliberativa) do plano de recuperação. Assim, se há vício na forma (prescrição legal) ou na manifestação de vontade dos credores, sucumbem os interesses jurídicos protegidos⁶⁷ na LRE, concluindo-se, portanto, que “ao exercer os poderes de caráter jurisdicional, instrumental ou administrativo, o juiz não é um órgão passivo, mero homologador das decisões da assembleia geral ou do comitê de credores ou do administrador judicial.”⁶⁸

Sobre a problemática envolvendo os poderes do juiz no plano de recuperação judicial e os interesses jurídicos protegidos da LRE, ainda que de forma alongada, faz-se necessário trazer a lume lição de LOBO⁶⁹:

“Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na ‘ponderação de princípios’ – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e da segurança jurídica e da efetividade do Direito –, através do ‘teorema de colisão’ de Alexy, para o qual diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois ‘possuem uma dimensão de peso’, verificável caso a caso. Por isso, aos que sustentam ser a função do magistrado na ação de recuperação judicial de empresa simplesmente formal, o que o transformaria em mero homologador das deliberações da assembleia geral de credores, respondo que o juiz, no processo de reorganização da empresa, exerce, em toda a sua plenitude, poderes de caráter jurisdicional ou ‘pode- res-fim’, ‘poderes-meio’ ou ‘instrumentais’ e ‘poderes administrativos’[...].” Destarte, se o plano de recuperação ofende o ordenamento jurídico deve ser combatido pelo Poder Judiciário, não podendo subsistir a aprovação do mesmo.”⁷⁰

processo”. (MOREIRA, Alberto Camiña. *Poderes da Assembleia de Credores, do Juiz e atividade do Ministério Público*. In *Direito Falimentar e Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coordenação de Luiz Fernando Valente de Paiva, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 249).

66 “Cabe destacar que ao juiz aparentemente se concede o simples papel de homologar a decisão dos credores. Todavia, conforme visto, a ele deve a fundamental função de, entre outras, apreciar a boa-fé das partes e o correto exercício do direito de voto pelos credores, identificando casos de abuso” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações – O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 310-311).

67 WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio, *Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial*, in *Revista dos Tribunais*, nº 951, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 448.

68 LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6ª ed. rev. atual. eamp. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 242.

69 LOBO, Jorge Joaquim. *Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação de empresa*. Rio de Janeiro, Revista Forense. V. 379, maio-junho, 2005, p. 119-131.

70 Em relação aos “poderes-fim”, “poderes-meio ou instrumentais” e “poderes administrativos” mencionados por LOBO, faz-se necessário trazer, do mesmo autor, um comparativo entre os poderes do juiz no processo civil comum e na ação de recuperação judicial: “o mesmo exerce: a) poder “de

Ao juiz, além dos já mencionados poderes, é dado o direito de veto, o qual não se restringe às deliberações tomadas em assembleia pelos credores em manifesto abuso de direito, mas estende-se, fora dela, a qualquer resolução em manifesta oposição aos preceitos legais da LRE. Verifica-se, dessa forma, que o juiz “exerce rigoroso controle em todo o processo da recuperação judicial, desenvolvendo atividades jurisdicionais, econômicas e administrativas.”⁷¹ Em relação ao veto, o mesmo “pode ocorrer quando a deliberação colide com os interesses gerais da falência”, valendo-se o juiz, supletivamente, do artigo 115, da Lei das Sociedades Anônimas, o qual prevê que o exercício de voto deve ser realizado “no interessa da companhia”.⁷² Ainda, “o veto do juiz deve ser fundamentado e dele caberá, em qualquer hipótese, recurso para o tribunal superior.”⁷³

Conforme leciona MUNHOZ⁷⁴, a recuperação judicial continua sendo um “instituto de direito comercial, não se isolando em estudo de relações comerciais isoladas” e, sim, inserindo-se em uma lógica de mercado permeada de interesses públicos. Dessa forma, a intervenção judicial, por meio do controle de legalidade do plano de recuperação judicial, tem por objetivo assegurar o bom andamento da relação negocial entre os credores e empresa devedora, dentro de padrões de legalidade e juridicidade.

O poder do juiz no âmbito da recuperação judicial tem importância, principalmente, no controle dos credores, com a finalidade de impedir que eles extrapolem o seu direito de voto, manipulando os resultados das assembleias somente para a satisfação imediata dos seus créditos ou, a título exemplificativo,

caráter jurisdicional”, “relacionado com a atividade decisória”, denominado “poder-fim”; b) “poder-meio”, “de feição instrumental”, como “o poder de direção do processo, o poder instrutório e o poder de coerção”; e c) poder administrativo.” Na ação de recuperação judicial, o juiz “exerce *poder-fim*, portanto de cunho jurisdicional, por exemplo, nas hipóteses do art. 52, caput; 55, caput; 56, §4º; 58, caput e 1º; 63; exerce poder-meio, por conseguinte instrumental, por exemplo, nas hipóteses, dos arts. 51, §§1º e 3º; 52, III e V e §1º; 53, parágrafo único; 65, caput e §2º, e exerce poder administrativo, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 52, I, II e IV, §1º; 60; 66; 69, parágrafo único.” (LOBO, Jorge Joaquim. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 241-2.)

71 MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 98.

72 LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p.242.

73 SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva. *Comentários à Lei de Falências*. Vol. I. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 435.

74 MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional da apreciação do plano de recuperação judicial*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, vol. 36, abril/junho de 2007. p. 187.

como ocorreu no caso da empresa Varig Logística S.A.⁷⁵, para retirarem eventual concorrente do mercado, em manifesto abuso de direito de voto⁷⁶ diante do conflito de interesses⁷⁷ entre alguns credores da empresa em recuperação judicial.

Em relação ao abuso de direito de voto, LEÃES⁷⁸ o identifica como “um desvio no seu exercício regular, seja por faltar ao titular legítimo interesse para exercê-lo daquele modo; seja porque a sua destinação econômica e social tenha sido frustrada.” Nesse aspecto, os credores, conforme já se elucidou, têm interesses egoísticos, de forma que “a comunhão de credores frente uma empresa em recuperação judicial é forçada pelo que está positivado na LRE, de forma que cada credor deliberará na exata medida de seu interesse individual, desde que legítimo”.⁷⁹ Conforme doutrina de VALLADÃO⁸⁰, os credores não deveriam desviar de um interesse comum, “que seria aquele interesse dos credores em minimizar seus próprios prejuízos para que seja ampliada a disponibilidade da massa”, de forma que aumentariam as possibilidades de satisfação futura dos créditos em discussão.

Assim, conclui-se que, caso haja abuso de direito nos votos dos credores em assembleia de credores quando da deliberação do plano de recuperação judicial, faz-se necessária a atuação do juiz, pois “o resultado terá decorrência de um ato ilícito e viciado⁸¹”, o que deve ser impedido, de forma que “o exercício do direito de voto não pode desrespeitar os limites impostos pelo seu fim econômico ou social,

75 Processo número 0121755-70.2009.8.26.0100, o qual tramitou na Primeira Vara de Falências de São Paulo.

76 Abuso de voto seria a falta de “legítima fundamentação por parte do credor para que o plano de recuperação apresentado seja por ele rejeitado”. (DE LUCCA, Newton. *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências* (coordenação de Adalberto Simão Filho), Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 223-249.

77 O “conflito de interesses – que é uma espécie de abuso do direito de voto – destina-se a proteger o interesse do grupo, sendo assim aplicável tanto ao voto da maioria como ao da minoria”. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes In: SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO; PITOMBO, ANTONIO SÉRGIO A.DE MORAES(coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 192-193)

78 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Conflito de Interesses*, in Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas, São Paulo, Editora RT, 1989, p. 16.

79 SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO; PITOMBO, ANTONIO SÉRGIO A.DE MORAES (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

80 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes In SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO; PITOMBO, ANTONIO SÉRGIO A.DE MORAES(coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 190-191.

81 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Recuperação Judicial – Sociedades Anônimas – Debêntures – Assembleia Geral de Credores – Liberdade de Associação – Boa-fé objetiva – Abuso de Direito – Cram Down – Par Conditio Creditorum*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 142, p. 277-279.

pela boa-fé, ou pelos bons costumes.”⁸²Esse é o entendimento do Enunciado nº 45 da Primeira Jornada de Direito Comercial C/JF/STJ, o qual dispõe que “o magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito”.

Não destoando do referido enunciado, leciona COELHO⁸³ que “a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em casos excepcionais como a hipótese do art. 58, § 1º, ou a demonstração de abuso de direito de credores em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor.”

Repisa-se, novamente, em relação ao plano de recuperação judicial, que é privativo aos credores o estudo da viabilidade econômica da empresa⁸⁴, conforme a aprovação do Enunciado nº 46 da Primeira Jornada de Direito Comercial C/JF/STJ, que aduz “não competir ao magistrado deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”. O que se permite, no âmbito da assembleia geral de credores que delibera sobre o plano de recuperação judicial, é discutir a tomada de decisão dos credores no Judiciário quando a reprovação do plano de recuperação judicial não tenha sido realizada dentro dos parâmetros exigidos em lei.

Em relação à análise da viabilidade econômica da empresa, ainda que de forma alongada, faz-se necessário destacar a lição de SOUZA JUNIOR⁸⁵:

82 BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik, *Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, mimeo, 2013, p. 20-24.

83 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246-247.

84 “Não há dúvida de que os credores têm, em geral, mais acesso à informação necessária à realização de um juízo sobre o plano de recuperação, quer porque, via de regra, alguns estão acostumados com o dia-a-dia empresarial e, portanto, detêm os conhecimentos necessários para realizar uma análise profissional da proposta, quer porque, mesmo não sendo profissionais de mercado, conhecem melhor do que o juiz os interesses envolvidos e, sobretudo, o compassamento do plano às suas necessidades particulares. Os credores teria, nesse contexto, mais instrumentos cognitivos e incentivos para resolver o problema da forma mais eficiente possível.” (WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio, *Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial*, in Revista dos Tribunais, nº 951, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 447)

85 SOUZA JUNIOR, FRANCISCO SATIRO. *Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial*, in CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de, WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.), *Direito Empresarial e outros estudos de Direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 113.

“A LRF não prevê nenhum mecanismo de avaliação objetiva da viabilidade da empresa. Se no art. 53, II, da LRE, há o pressuposto de que o devedor demonstre sua viabilidade, isso se dá no intuito de instruir os credores para a tomada de sua decisão. Isso porque a decisão sobre a viabilidade econômica da empresa cabe exclusivamente aos credores. Trata-se, portanto, de uma ‘viabilidade subjetiva’, ou seja, decorrente da soma dos variados interesses individuais dos credores submetidos. Prova disso é que, ainda que o devedor apresentasse um plano rigorosamente impecável, com base em premissas coerentes e com propostas razoáveis, uma vez que os credores o tivessem reprovado, não poderia o juiz decidir pela homologação sob o fundamento de satisfação do princípio da preservação da empresa”

Ultrapassada a questão relacionada à análise da viabilidade econômica do plano de recuperação judicial, a qual é privativa dos credores, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com voto de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão⁸⁶, sustenta que o magistrado deveria somente “exercer o controle de legalidade do plano de recuperação judicial – no que se insere o repúdio à fraude ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Aplica-se o princípio da liberdade contratual na aprovação do plano, decorrente da autonomia da vontade.” Nas palavras de MUNHOZ⁸⁷, esse é o “sistema de negociação regulada que representa verdadeira síntese dos sistemas anteriores, tendo em vista que dá aos credores poder de deliberação ao mesmo tempo em que permite a interferência jurisdicional quando a atuação dos credores se desviar dos objetivos tutelados pela lei.”

Demonstra-se, dessa forma, que são apenas episódicos e pontuais (com motivos bem delineados) os aspectos previstos em lei em que é dado ao Estado intervir na avença levada a efeito entre empresa devedora e credores⁸⁸. Se utilizarmos a “linguagem corrente do Direito Administrativo, cabe ao magistrado o

86 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.359.311 – São Paulo. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em: 09/09/2014. Publicado em: 30/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39200070&num_registro=201200468448&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10/12/2014.

87MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional da apreciação do plano de recuperação judicial*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, vol. 36, abril/junho de 2007.p. 187.

88 “De um lado, posicionam-se aqueles que crêem no papel supremo do juiz como guardião do interesse público e que vêem com enorme desconfiança soluções baseadas na participação dos credores, as quais somente poderiam levar ao atendimento de interesses puramente privados e egoísticos. De outro, cerram fileiras os que não acreditam na possibilidade de o Estado-juiz encaminhar soluções economicamente eficientes, defendendo não haver ninguém melhor que os próprios credores, afetados pela crise da empresa, para definir os rumos a serem tomados”. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Anotações sobre os limites do poder jurisdicional da apreciação do plano de recuperação judicial*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, vol. 36, abril/junho de 2007. p. 184)

juízo de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, mas não o de conveniência-oportunidade⁸⁹, o qual é privativo aos credores.

Conclui-se, portanto, que o juiz, realizando o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, deve somente examinar o cumprimento das formalidades da deliberação assemblear (controle formal) e a legalidade das cláusulas do plano de recuperação (controle material). Em relação à extensão desse controle de legalidade de cláusulas, o enfoque se concentra na tutela (e conseqüente atingimento) dos objetivos da LRE, para que “os votos dos credores sejam conferidos no seu interesse enquanto credores⁹⁰, de forma que o magistrado deve controlar qualquer desvio ou abuso do direito de voto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um apanhado histórico da legislação falimentar brasileira, demonstrou-se que os procedimentos judiciais tinham, inicialmente, o objetivo de liquidar a empresa em crise, pagar os credores e repelir do mercado o falido inadimplente. Posteriormente, mudanças legislativas foram ocorrendo e a primazia da liquidação dos débitos foi sendo ultrapassada por noções de função social da empresa, de forma que o legislador passou a se preocupar com a recuperação da empresa em crise e, também, com a gama de relações que a circundam.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, que consagrou princípios que têm por objetivo a tutela do interesse dos credores, a preservação da empresa e seus contratos derivados, foi promulgada a Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº. 11.101 de 2005). A referida lei, na tentativa de viabilizar a reorganização da empresa devedora, trouxe modificações inovadoras ao Direito Falimentar como: a criação da recuperação judicial e extrajudicial para empresas viáveis (em substituição do instituto da concordata), a criação de mecanismos para liquidação do ativo e pagamento do passivo e o aumento de penas para a punição de eventuais crimes falimentares.

89 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 326.

90 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais Processo Digital nº 1007989-75.2016.8.26.0100. Dr. Marcelo Barbosa Sacramone. Julgado em: 27/04/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39200070&num_registro=201200468448&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23/05/2017.

A reorganização da empresa em crise seria deliberada após a análise de sua situação econômica (se viável ou inviável) pelos seus credores, os quais tem o papel de definir o caminho a ser seguido pela empresa: falência ou recuperação judicial. Todavia, quando se confere aos credores o poder de decidir sobre o futuro das atividades de uma sociedade empresária, está-se formando um cenário de conflito de interesses, no qual, de um lado, está a devedora que deseja a superação de sua crise por meio da implementação de um plano que pode ter eficácia de médio e longo prazo e, do outro, credores que, na maior parte das vezes, desejam a imediata recuperação de seus créditos, não se importando com o futuro reservado à devedora.

Assim, presente o conflito de interesses, faz-se necessária a atuação do juiz, representante do Estado, o qual está incumbido em um papel ativo na realização dos fins previstos na LRE e, também, adequar eventuais efeitos sociais e econômicos que podem ser acarretados tanto em uma perspectiva individual quanto coletiva na sociedade. O papel do magistrado, portanto, é essencial, uma vez que, analisando a legislação recuperacional vigente, o norte a ser seguido durante o procedimento de recuperação é a manutenção da empresa viável através da negociação de um plano entre os credores e a empresa devedora.

Esse plano, chamado de plano de recuperação judicial, serve para que a empresa demonstre sua estratégia para superar a crise, bem como comprove com dados concretos que sua manutenção no mercado é viável. A deliberação acerca desse plano de recuperação judicial ocorre em uma assembleia, denominada Assembleia de Credores. Após a deliberação, o plano deve ser homologado pelo magistrado, o qual é condutor do processo de recuperação, independentemente de seu resultado.

Nesse aspecto, entende-se que a atuação do magistrado na deliberação do plano de recuperação judicial não pode ser reduzida a uma mera homologação, visto que esse deve atuar realizando um controle de legalidade (formal e material) do plano apresentado, com o fito de proteger e assegurar o bom andamento da relação negocial entre os credores e a empresa devedora, dentro de padrões de legalidade e juridicidade.

Conclui-se, portanto, que a atuação do juiz no controle de legalidade do plano de recuperação judicial tem por escopo barrar disposições (cláusulas) que sejam manifestamente contrárias à lei, bem como aos princípios norteadores da LRE.

Todavia, o referido controle não é soberano e deve obedecer alguns limites, uma vez que não é dado ao Estado, na figura do juiz, intervir em toda e qualquer avença levada a efeito entre a empresa devedora e seus credores quando da realização do controle de legalidade.

O magistrado, em suma, deve somente examinar o cumprimento das formalidades da deliberação assemblear (controle formal) e a legalidade das cláusulas do plano de recuperação (controle material), concentrando seus esforços na tutela (e conseqüente atingimento) dos objetivos da LRE, para que não haja qualquer desvio ou abuso do direito de voto por parte dos credores votantes, não podendo fazer juízo de valor acerca da (in) viabilidade econômica da empresa devedora.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma.** Recurso Especial nº 1.359.311 – São Paulo. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em: 09/09/2014. Publicado em: 30/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39200070&num_registro=201200468448&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10/12/2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma.** Recurso Especial nº 1.314.209. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Julgado em 22/05/2012. Publicado em: 01/06/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1314209&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10/12/2014.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AFONSO NETO, Augusto. **Princípios de Direito Falimentar.** São Paulo: Max Limonad, 1962, p.59-60.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial.** 4.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O poder dos credores e o poder do juiz na falência e na recuperação judicial.** Revista dos Tribunais, n. 936, São Paulo, outubro de 2013.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro.** Vol. V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações – O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11ª ed. rev., atual.eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol. V3: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.23ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro Empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Daniel Carnio, **Reflexões sobre Recuperação Judicial de Empresas: Divisão Equilibrada de ônus e Princípio da Superação do Dualismo Pendular**. In: Revista do Instituto Brasileiro de Administração Judicial – IBAJUD. 20 de março de 2014.

DE PAIVA, Luiz Fernando Valente. **Apresentação do plano de recuperação pelo devedor e a atuação dos credores**. Revista do Advogado (AASP), nº 83.

ESTEVEZ, André Fernandes. **Das Origens do Direito Falimentar à Lei n. 11.101/2005**. Revista jurídica empresarial. Sapucaia do Sul, ano. 3, n. 15, p. 11-50, jul/ago. 2010.

ESTEVEZ, André Fernandes. **A Assembleia-Geral de Credores no Direito Brasileiro: Razões para a Criação da Concordata-Sentença no Decreto-Lei nº 7.661/1945**. In: Revista de Direito Empresarial, nº 36, janeiro-fevereiro de 2014.

FARIA, Bento de. **Direito Comercial IV: falência e concordatas**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t.1.

FORGIONI, Paula Andrea. **O Direito Comercial Brasileiro: Da Mercância ao Mercado**. Tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 104-105.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2013.

LACERDA, José Candido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Conflito de Interesses**, In: **Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas**. São Paulo, Editora RT, 1989.

LOBO, Jorge Joaquim. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOBO, Jorge Joaquim. **Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação de empresa**. Rio de Janeiro, Revista Forense. V. 379, maio-junho, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MOREIRA, J. C. Barbosa. **Reformas processuais e poderes do juiz**. Revista da EMERJ, v. 22.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Anotações sobre os limites do poder jurisdicional da apreciação do plano de recuperação judicial**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 10, vol. 36, abril/junho de 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIVA, L.Z.; BRANCO, G.L.C. **Primeira linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do direito norte americano**. p. 200-237 In: 10 anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. I. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, J. A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva. **Comentários à Lei de Falências. Vol I**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016.

SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO; PITOMBO, ANTONIO SÉRGIO A.DE MORAES(coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA JÚNIOR, FRANCISCO SATIRO. **Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial**. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de, WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.), Direito Empresarial e outros estudos de Direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro, São Paulo, QuartierLatin, 2013.

TABB, Charles. **The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate.** The George Washington Law Review, 1990, vol. 43.

TABB, Charles. **The historical evolution of bankruptcy discharge.** American Bankruptcy Law Journal, Vol. 65, pp. 325-71, 1991 p. 01

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: Sua Estrutura Institucional.** In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 122, abril-junho de 2001.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Recuperação Judicial – Sociedades Anônimas – Debêntures – Assembleia Geral de Credores – Liberdade de Associação – Boa-fé objetiva – Abuso de Direito – Cram Down – Par Conditio Creditorum.** In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 142.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, V.III.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina (Coord.) et al. **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101,** de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. **Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial.** In: Revista dos Tribunais, nº 915, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 445-457.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

SIGA-NOS





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 - Centro - Porto Alegre / RS - Brasil - CEP 90010-190

Telefone: (51)32 11-2233 - www.defensoria.rs.def.br

 [facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)

 [@_defensoriars](https://twitter.com/_defensoriars)



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL