

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 452

(ano VII)

01/10/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



01/10/2015 Renato Marc o

» [Pena de multa: posi o contrária   da Terceira Se o do STJ, na qual se admitiu a extin o sem pagamento](#)

ARTIGOS

01/10/2015 André Pimentel Coutinho

» [ nus da prova: uma análise acerca do instituto e sua previsão no art. 373 do novo Código de Processo Civil](#)

01/10/2015 R mulo de Andrade Moreira

» [A quesita o do júri e o princípio da correla o entre a acusa o e a sentença](#)

01/10/2015 Camilla Holanda Mendes da Rocha

» [O trabalho do estrangeiro no Brasil](#)

01/10/2015 Luiz Cesar Barbosa Lopes

» [Doa o de pessoa jurídica às campanhas eleitorais de 2016: as consequências da ADI 4650](#)

01/10/2015 Denis Caramigo

» [As falsas imputa es criminais que envolvem alguns casos de guarda compartilhada](#)

MONOGRAFIA

01/10/2015 Ludmila Pereira Araujo

» [A necessidade de priorizar as demandas coletivas frente às pretensões de natureza individual: forma de amplia o do acesso judicial aos direitos sociais](#)

PENA DE MULTA: POSIÇÃO CONTRÁRIA À DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ, NA QUAL SE ADMITIU A EXTINÇÃO SEM PAGAMENTO

RENATO MARCÃO: Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Autor, dentre outros, dos seguintes livros pela editora Saraiva: Curso de Processo Penal; Curso de Execução Penal; Lei de Execução Penal Anotada; Execução Penal; Crimes Ambientais; Crimes contra a Dignidade Sexual; Estatuto do Desarmamento; Crimes de Trânsito e Tóxicos.

Por força do disposto no art. 164 da Lei de Execução Penal, após transitar em julgado a sentença penal condenatória que tenha aplicado pena de multa, dela será extraída certidão, valendo esta como título executivo judicial.^[1]

A Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, e desde então a pena de multa *passou a ser considerada dívida de valor, para fins de execução*. Mesmo assim, a multa imposta pelo juízo criminal não perdeu sua natureza jurídica de sanção penal. “A reforma promovida pelo legislador não alterou a substância jurídica ostentada pela multa que permanece na esfera repressiva penal. O legislador procurou apenas esclarecer que a pena de multa deverá ser considerada como dívida de valor, obedecendo em consequência as disposições contidas na Lei n. 6.830/80”.^[2]

Disso decorre que, mesmo depois de cumprida a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos aplicada em substituição, se pendente de pagamento a pena de multa cumulativamente imposta, não é juridicamente possível a extinção desta última sem que ocorra a regular satisfação do débito ou outra causa de extinção da punibilidade.

Não é ocioso enfatizar que a pena de multa será *considerada* dívida de valor apenas para fins de execução;

para o propósito de definir a escolha do procedimento executório incidente. Apenas isso.

Embora dividida por algum tempo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já havia se posicionado repetidas vezes no sentido acima apontado, a definir que “A nova redação do art. 51 do CP não apenas proibiu a conversão da pena de multa em detenção, no caso de inadimplemento, considerando-a dívida de valor, mas também determinou a aplicação da legislação pertinente à dívida ativa da Fazenda Pública. Não havendo o pagamento espontâneo, caberá à Fazenda Pública a execução da multa, o que, todavia, não lhe retira o caráter punitivo. Somente se extingue o processo de execução criminal após o efetivo cumprimento da pena imposta, incluída a multa, salvo se sobrevier alguma causa extintiva da punibilidade, na forma do art. 107 do Código Penal”.^[3]

Esse também é o entendimento que prevalece na maioria das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, a apontar que “O fato da multa sancionatória não quitada ser convertida em certidão da dívida ativa, não lhe retira a intrínseca natureza penal, motivo pelo qual, impossível declarar a extinção integral da punibilidade sem o adimplemento da importância devida”.^[4] “Desse modo, não havendo, na lei, exclusão do caráter penal da multa, uma vez que a competência funcional para a sua execução não lhe determina a natureza, é inexorável que o pagamento da multa é *conditio sine qua non* para o cumprimento integral da pena e para a extinção do processo de execução penal”.^[5]

Em sentido contrário, por ocasião do julgamento do REsp 1.519.777/SP, ocorrido no dia 26 de agosto de 2015, de que foi relator o Min. Rogério Schietti Cruz, a Terceira Seção pacificou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto, e passou a entender que: “Extinta pelo seu cumprimento a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da

punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei n. 9.268/1996, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor e, portanto, possui caráter extrapenal, de modo que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública”.[\[6\]](#)

Ousamos divergir de tal posicionamento, visto ser indiscutível que **a pena de multa é pena de natureza criminal, assim estabelecida na Constituição Federal (art. 5º, XLVI, c); na Parte Geral do Código Penal (art. 32, III), e cominada em preceitos secundários de tipos penais incriminadores**, não sendo razoável admitir que, enquanto abstratamente prevista disponha dessa natureza jurídica e, depois de aplicada, seja transfigurada em algo diverso. Admitir tal raciocínio implicaria aceitar que: prevista para ser aplicada como pena criminal, deixaria de ser assim considerada *exatamente em razão de sua aplicação*. Ausente, aqui, a necessária lógica.

O raciocínio adotado leva, inclusive, à seguinte situação, inusitada e inaceitável: diante de processo criminal instaurado contra pessoa comprovadamente pobre, julgada procedente a ação penal e aplicada tão somente pena de multa, de pronto poderá o juiz julgá-la extinta. E mais: sabendo que diante de fato determinado a pena de multa será a única aplicada em caso de *condenação*, **tornar-se-á discutível a existência de interesse processual e justa causa para movimentar a máquina judiciária** com vistas à aplicação de algo que não se considere pena criminal.

Em outro extremo: o *mesmo instituto* será considerado *pena criminal* em relação ao condenado em condições de saldá-la, *emedida de caráter extrapenal* em relação ao economicamente hipossuficiente, o que por si já evidencia grave e intransponível problema.

Embora “**considerada**” dívida de valor para fins de execução, certo é que a pena de multa não perdeu sua natureza jurídica – definida de maneira superior na Constituição Federal –; não se transfigurou; continua a ser pena criminal, e sua extinção permanece condicionada à integral satisfação do débito ou outra causa de extinção da punibilidade.

Tanto isso é exato que **o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a natureza jurídica do instituto – pena criminal** – conforme se verifica em: STF, EP 12 ProgReg-AgR/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, j. 8-4-2015, *DJe* n. 111, de 11-6-2015; STF, EP 16 ProgReg-AgR/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, j. 15-4-2015, *DJe* n. 093, de 20-5-2015.

Resta aguardar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça proceda à necessária revisão e modifique seu posicionamento.

NOTAS:

[1] RENATO MARCÃO, *Curso de Execução Penal*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015; *Execução Penal – Coleção Saberes do Direito*, v. 9, São Paulo, Saraiva; e *Lei de Execução Penal Anotada*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

[2] TJSP, Ag. 233.376/3, 2ª CCrim., rel. Des. Egydio de Carvalho, j. 5-5-2003.

[3] STJ, REsp 845.902/RS, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 22-5-2007, DJ de 6-8-2007, LEXSTJ 218/381.

[4] TJSP, AE 0053988-48.2014, 7ª CCrim., rel. Des. J. Martins, j. 30-10-2014.

[5] TJSP, AE 0014469-32.2015.8.26.0000/São Paulo, 13ª CCrim., rel. Des. Cardoso Perpétuo, j. 28-5-2015. No mesmo sentido: TJSP, AE 0182885-02.2011.8.26.0000, 3ª CCrim., rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 13-12-2011; TJSP, AE 0063413-07.2011.8.26.0000, 4ª CCrim., rel. Des. Salles de Abreu, j. 23-8-2011; TJSP, AE 0066806-32.2014.8.26.0000, 6ª CCrim., rel. Des. Machado de Andrade, j. 27-

11-2014; TJSP, AE 0059972-13.2014.8.26.0000, 8ª CCrim., rel. Des. Alcides Malossi Junior, j. 6-11-2014.

[6] STJ, REsp 1.519.777/SP, Terceira Seção, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 26-8-2015, *DJe* de 10-9-2015.

ÔNUS DA PROVA: UMA ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO E SUA PREVISÃO NO ART. 373 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANDRÉ PIMENTEL COUTINHO: Advogado, Graduado e Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória/ES - FDV.

RESUMO: O trabalho desenvolvido faz uma análise do instituto do ônus da prova, com enfoque na previsão legislativa do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, desenvolve-se uma linha de raciocínio que se inicia com o estudo acerca do ônus da prova, a partir de suas diretrizes principais, como o conceito, a finalidade, os princípios basilares e temas polêmicos. Após tal análise, são estudadas as modalidades de distribuição do ônus probatório, tais quais a sua carga estática e a carga dinâmica, além das previsões que excepcionam a regra. Feita uma análise acerca de alguns dos pontos das modalidades em geral, passa-se a um maior detalhamento quanto a previsão do art. 373 do novo CPC. Neste tema, são destacados os pontos que certamente serão objeto de discussão doutrinária, uma vez que se trata de tema sobre o qual não guarda nenhuma unanimidade. Contudo, após a compreensão destes argumentos conclui-se que o dispositivo processual vindouro tem vários defeitos e somente poderá ser usado como exceção, tal qual como a regra prevista no Código de Defesa do Consumidor, já que somente poderá ser aplicado se preenchidos os requisitos, o que pode ser definido como uma verdadeira hipótese de inversão do ônus da prova, que permanecerá sendo a carga estática, que acaba por perpetuar a inércia na produção das provas em vários momentos, indo de encontro com o entendimento moderno de maior cooperação entre as partes.

Palavras-chave: Ônus da prova. Carga estática do ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Carga dinâmica do ônus da prova.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ÔNUS DA PROVA. 1.1 CONCEITO. 1.2 FINALIDADE DA PROVA E PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. 1.3 OBJETO DE PROVA. 1.4 CUSTEIO. 2 APLICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC ATUAL (1973). 2.1 CARGA ESTÁTICA. 2.2 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO. 2.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PREVISÃO DO CDC. 3 CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. 3.1 CONCEITO. 3.2 PROVA DIABÓLICA. 3.3 DISTRIBUIÇÃO X INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 3.4 REDAÇÃO DO NOVO CPC. 3.5 NORMA DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 3.6 MOMENTO DE DISTRIBUIÇÃO E DEVER DE ALERTA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil sancionado pela presidência da república, serão implementadas mudanças nas regras processuais, dentre as quais se insere mudança no ônus da prova.

Será necessária uma detida delimitação do ônus da prova, para que então sejam analisadas as modalidades de distribuição de ônus da prova, que são a modalidade estática do ônus da prova, que atualmente é aplicada, como a modalidade dinâmica do ônus da prova.

A partir desta análise será possível verificar a nova previsão processual que inova com a inserção de uma regra mista no art. 373 do novo CPC, na qual os fundamentos de distribuição estática e

dinâmica convivem simultaneamente em um dispositivo que contém peculiares características.

Diante disso, o presente trabalho pretende analisar as características e possíveis dificuldades na aplicação do vindouro Código de Processo Civil.

Como se verá, a criação de uma nova regra de ônus da prova no novo Código Processual Civil não representa uma grande mudança ou avanço em relação ao sistema estático atualmente vigente, uma vez que a nova disposição legal acerca da produção de provas somente inseriu uma possibilidade excepcional de mudança no paradigma que já é aplicado desde o surgimento do Código Processual de 1973.

Ademais, a aplicação da nova regra também contém mandamentos acerca do momento da inversão do ônus da prova que parecem não estimular a cooperação e a proatividade das partes na produção das provas, o que, apesar de ser um efeito indesejado vigente no sistema atual, não foi extirpado com a nova regra do ônus da prova.

1 ÔNUS DA PROVA

Com a sanção pela Presidência da República do novo Código de Processo Civil, o tema necessitará maior discussão e análise sobre sua aplicação, efeitos e, em especial, seus aspectos mais polêmicos.

Com isso são postas questões acerca do mais adequado e eficiente sistema de distribuição do ônus da prova, que se subdivide em duas importantes categorias: a carga estática e a carga dinâmica.

Destarte, importante a realização de um estudo, na qual será possível identificar os institutos, desdobramentos, princípios e demais derivações do ônus da prova, para que, a partir disso, sejam analisadas suas modalidades.

É a partir dessa análise, que serão identificados os pontos favoráveis e contrários da aplicação de cada uma das regras, a fim de que seja feita um posterior exame crítico da redação dada pelo novo Código de Processo Civil cuja aplicação é iminente.

Partir-se-á de conceitos gerais e aspectos polêmicos acerca do ônus da prova, após o que serão analisadas as suas modalidades dinâmica e estática, sob o prisma de suas aplicações tanto pela redação do Código de Processo Civil atualmente vigente como daquele que está para vigorar.

Em especial, o enfoque será na nova norma, pois antes mesmo de sua vigência, o texto do novo Código de Processo Civil já aponta para divergências e conflitos de posições acerca de sua validade e eficácia, o que, certamente acrescentará ao debate e à aplicação da nova dogmática.

1.1 CONCEITO

Inicialmente, é importante dizer que o ônus da prova consiste, em termos práticos, na adoção de regras para a determinação de quem será responsável pela produção de determinada prova e sobre quem recairão as consequências sobre o seu não cumprimento.

Neste sentido, válida a lição de Ada Pellegrini Grinover^[1], ao asseverar que:

O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das

partes, para possivelmente vencer a causa. Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente comprovados (princípio da *aquisição*).

Caso não restem provadas as alegações, Fredie Didier Jr[2] aponta que:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir de sua inobservância.

Ônus da prova é, pois, encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato.

Trata-se, pois, daquilo que se denomina doutrinariamente como regra de julgamento, na qual sua utilização pelo juiz se dá no momento da cognição do lastro probatório que fora efetivamente produzido ou não pelas partes, recaindo-se os efeitos, sejam positivos ou negativos, para a parte que detinha tal ônus.

É este o ensinamento trazido por Barbosa Moreira[3]:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de

proceder a uma distribuição dos riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava.

Assume então, o papel de ferramenta para o julgamento segundo imputação que cada uma das partes possui de provar determinado fato, o que faz com que o descumprimento de alguma dessas imputações acarrete a sua sujeição às respectivas consequências.

Este é também o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier^[4], que ensina que:

Assim, mediante a distribuição do ônus da prova, estabelecem-se regras destinadas a nortear a atividade do julgador e sistematiza-se o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis. Então, as normas sobre ônus probatório, por um lado são 'regras de julgamento', isso é, são dirigidas ao julgador, no momento de sentenciar. Por outro, são parâmetros para as partes previamente estabelecerem sua estratégia probatória: autor e réu primeiramente se concentrarão em provar os fatos sobre os quais recaem os seus respectivos ônus da prova.

Tal instituto deve ser utilizado para a formação de um posicionamento jurisdicional, até mesmo pela vedação ao *non liquet*, que consiste no princípio que impõe ao juiz a necessidade de que se julgue o pleito das partes, sem que se alegue qualquer desconhecimento ou dúvida para que não haja julgamento.

Este princípio encontra-se positivado no Código de Processo Civil no art. 126^[5], que dispõe que:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Em outras palavras, o juiz deve se valer de todas as ferramentas para inferir o seu julgamento, dentre as quais se insere com grande relevância a regra de julgamento do ônus da prova.

É comum na rotina dos magistrados, no momento de proferir suas decisões, hipóteses em que não há seu convencimento pelo direito de nenhuma das partes, mas à ele não é permitido simplesmente se abster de julgar, até mesmo por determinação constitucional (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

Daí se percebe a grande relevância da regra do ônus da prova.

Isso porque, é nesta situação que a técnica do ônus da prova se mostra relevante, pois permite ao juiz que não está convencido proferir um julgamento sobre a causa, atendendo-se às expectativas, ainda que alguma das partes se sinta prejudicada.

Busca o ônus da prova, então, garantir a vedação legal e constitucional ao *non liquet*, permitindo ao julgador que, mesmo sem ter o convencimento, seja possível proferir um julgamento pelo não cumprimento de uma das partes de seus ônus.

Define-se o ônus da prova como sendo a última saída para o juiz, e que somente serão utilizados como exceção, caso não haja o convencimento para proferir seu *decisum*.

É exatamente esta a definição dada por José Roberto dos Santos Bedaque *apud* Fredie Didier Jr. [6], que ensina que:

As regras sobre ônus da prova constituem a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratam a realidade, não meras ficções.

Deste modo, relevante destacar que ônus da prova consiste, em verdade, numa regra de julgamento que deve ser aplicada tão somente se verificada a insuficiência na produção probatória, a ser utilizado como última saída para o magistrado que, por não poder se abster de decidir, profira um comando decisório para tutela daquele direito pleiteado em juízo, pacificando socialmente o conflito.

1.2 FINALIDADE DA PROVA E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Como dito, no âmbito da finalidade tem-se por tradição se afirmar que a prova busca, na sua acepção, a busca pela verdade real do contexto fático narrado pelas partes que envolve o direito a ser tutelado.

Na verdade, a própria concepção de verdade real consiste na determinação objetiva e precisa acerca de um fato ocorrido e que se busca delinear de maneira exata, o que, na maioria das vezes no âmbito processual é inconcebível.

Neste sentido relevante destacar o que destaca Carlos Alberto Álvaro de Oliveira [7], quando afirma que:

A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é meta inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar. [...] O mais correto, mesmo, seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana.

Sendo assim, o que se busca no processo não é a verdade real em sua acepção tradicional que se traduz em uma realidade utópica, mas na verdade pretende-se alcançar por todos os sujeitos do processo, dentre os quais também se insere numa perspectiva moderna a figura do juiz, que juntamente com as partes, devem almejar a produção probatória que possibilite de maneira satisfatória a cognição exauriente do direito que se postula em juízo.

Este é o entendimento exarado por Vicente Greco Filho^[8] que assevera que “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz. ”

Nesse sentido, a figura do ônus da prova atua exatamente no momento do julgamento da causa, uma vez que a determinação da incumbência de cada uma das partes acerca da produção probatória visa, numa perspectiva prática, permitir que o magistrado possa inferir se a quem recaía o ônus de determinada prova foi ou não cumprido caso recaia dúvidas acerca do direito postulado.

É partir desta perspectiva que se poderá definir se algo restou ou não comprovado e, por conseguinte, se decidir sobre quem

recairão seus efeitos, alcançando-se, de um jeito ou de outro à finalidade da prova.

1.3 OBJETO DE PROVA

Assim como é relevante se definir quem deverá provar determinado fato, também é imprescindível se determinar o que deverá ser objeto de prova.

Isso importa dizer que, ao ajuizar uma demanda, se faz necessário identificar o que é relevante e objeto de controvérsia que mereça ser objeto de prova, a fim de que seja determinado a quem será assistido o direito tutelado.

É certo que não são todos os fatos postos em uma demanda que serão objeto de prova.

Em um primeiro momento, importante se ressaltar que determinados fatos não serão objetos de prova e merecem, por sua vez, serem excluídos das regras de ônus de prova que se pretende estudar, conforme se verifica do disposto no art. 334 do Código de Processo Civil^[9]:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Por outro lado, existem aqueles fatos que devem ser objetos da produção probatória e que são denominados controvertidos, segundo a própria denominação do Código de Processo Civil^[10], no art. 331:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

[...]

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Vê-se, portanto, que é no momento da audiência preliminar que serão determinados os fatos que serão objeto de prova, ao qual o ordenamento denomina de controvertido e que pode ser entendido como aquele fato que se recaia discordância ou dúvida.

É nesta oportunidade que, na visão de Candido Rangel Dinamarco^[11]:

É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las da consequência de eventual omissão [...]. Por isso, a locução 'determinará as

provas a serem produzidas' (art. 331, §2º) inclui a exigência de esclarecer as partes sobre seus ônus probatórios. Esse mero esclarecimento que não deve ser prestado em forma de decisão, vale como advertência e convite a participar ativamente da instrução probatória, na medida do interesse de cada uma e com a consciência dos efeitos negativos que poderá suportar em caso de omitir-se.

Também há de se verificar, para a fixação de tais pontos controvertidos, a sua relevância para o deslinde do feito, delimitando-se objetivamente sua extensão para que seja possível e útil o cumprimento de tal ônus.

Não faria sentido imputar às partes o ônus de produzir prova de um fato sobre o qual não haja controvérsia, não seja relevante ou que não tenha limitações objetivas, já que, em regra, não acrescentariam em nada ao convencimento acerca do direito das partes.

A demanda deve tramitar com a atenção dos esforços para a produção de provas segundo um parâmetro de economia e de utilidade, a fim de que os sujeitos processuais se envolvam apenas nos interesses hábeis a dirimir as questões postas na lide.

Não há motivo para que se invista tempo, esforços e despesas dos sujeitos processuais em questões irrelevantes ou incontroversas, posto que em nada contribuiriam para a formação de um convencimento.

Destarte, a partir de uma interpretação dos dispositivos legais supra mencionados, conclui-se que os denominados "pontos controvertidos" nada mais são do que os fatos que serão objeto de produção probatória pelas partes, ou seja, aqueles fatos que

possuem relevância para a solução da causa e sobre os quais recai controvérsia entre as partes.

1.4 CUSTEIO

Por fim, também é relevante destacar tema que guarda conteúdo substancialmente polêmico em relação à produção de provas: o custeio.

Não se pode confundir as concepções de ônus da prova com os ônus do custeio da prova, já que totalmente distintas.

Em termos objetivos, a regra do ônus da prova define quem deve provar o quê, enquanto que o custeio da prova determina que, quem requer a produção de uma prova deve pagar por ela.

Não há portanto, nenhuma relação entre os institutos.

Ao autor, pela regra processual vigente, caberá a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito. Por isso, será ele quem irá requerer, geralmente, a produção das provas a serem produzidas e assim sendo, terá tanto o ônus da prova quanto o ônus do custeio da prova.

Sendo assim, para fins de custeio não importa identificar qual parte tem, ou teria, o ônus de produzir determinada prova, mas somente se verificar quem a requereu e à este será imputado o seu custeio.

O ônus da prova é tão somente a regra processual que auxilia o juiz quando não houver o convencimento, enquanto que a obrigação de custeio de uma prova deve recair sobre quem a tenha requerido.

Esta é a regra que se extrai do Código de Processo Civil^[12], que distingue os ônus do custeio da prova, imputando este último

somente à parte que requereu a sua produção, independente se era ele ou não quem incumbia provar.

Por derradeiro, interessante ressaltar o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (Resp. 1.063.639/MS, rel. Min. Castro Meira, 2ªT, DJ 04/11/09) que, reafirmando a tal separação entre tais conceitos, tem entendido que a inversão do ônus da prova, com base no CDC, não gera a obrigação de custear as despesas com a perícia, de modo que somente o que se alteraria seriam as consequências decorrentes da sua não produção.

Por este motivo, percebem-se absolutamente distintas as figuras do ônus da prova e do custeio da prova, na medida em que os custos pela produção de determinada prova devem recair sobre aquele que a requer, sendo irrelevante, para tanto, quem tem o ônus de produzir.

2 APLICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATUAL (1973)

2.1 CARGA ESTÁTICA

Tangenciada a matéria em questão, importante que se defina inicialmente o sistema de ônus da prova aplicado no Código de Processo Civil vigente desde 1973, o ônus da prova na sua modalidade estática.

No Código de Processo Civil atualmente em vigor, imputa-se o ônus de provar determinado fato pela expressa determinação legal. Ou seja, o critério para definição da parte que sofrerá com as consequências da não produção de uma prova que estava obrigada a produzir é estabelecido pela lei.

Pode se dizer, então, que ônus da prova na carga estática consiste em critério *ope legis*, na qual se conhece por defini o legal e de antemão, quem terá a incumbência de provar determinado fato.

Isso importa dizer que todos os sujeitos do processo saberão, antes mesmo da forma o da rela o processual, qual parte terá de cumprir seu  nus e, conseqüentemente, sofrerá com as conseq ncias com a não produ o.

Para tanto, o legislador consignou expressamente no art. 333 do CPC[13]vigente, que:

Art. 333. O  nus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto   existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Descreve o texto legal, a parte sobre a qual recairá o  nus de provar determinados fatos, segundo a sua posi o no processo, de modo que ao autor caberá provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto que, ao réu, somente quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos do autor.

A este respeito, ensina Marcelo Abelha Rodrigues[14], que:

[...]não quer dizer que o réu não tenha interesse em fazer a contraprova do fato constitutivo do autor, ou que o autor não tenha interesse em contraprovar as exce es materiais alegadas pelo réu. Bem pelo contrário, pelo princípio do contraditório, as partes ter o oportunidade de se manifestarem por meio de

via processual adequada: contestação e réplica, respectivamente. O que merece ser lembrado é que, ao final, se diante de todo o conjunto probatório ainda houver falta ou insuficiência de prova, a decisão do magistrado será desfavorável àquele que possuía o ônus da prova, segundo a regra do art. 333 do CPC.

Imputa, dessa maneira, às partes predefinidas por lei as consequências da eventual não produção das provas.

Neste azo, ainda acerca de tal dispositivo, aponta Marcelo Machado Pacheco^[15], que:

Tem como peculiaridade a fixação de um critério rígido de distribuição; o ordenamento positivo, desde logo, diz qual sujeito deverá sofrer sentença desfavorável na hipótese de ausência de provas.

Diante disso, nota-se que a sua aplicação, apesar de vigente há mais de 30 anos, deve ser também objeto de crítica, já que a rigidez na imputação de um ônus probatório, apesar de significar previsibilidade às incumbências das partes, não observa todas as nuances e peculiaridades que os casos práticos apresentam, o que permite concluir por não ser esta a modalidade mais justa e eficiente a ser aplicada.

2.2 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO

A aplicação da carga estática do ônus da prova gera o conhecimento das partes acerca de suas incumbências e dos efeitos causados pelo seu não cumprimento.

A regra que está atualmente em vigor, e cujo conceito se consolidou com os muitos anos de sua aplicação, aparenta dar às partes uma sensação de segurança jurídica, na qual as partes não seriam tomadas de surpresa com a imposição de certos ônus.

Porém, ao que se vê, em que pese ser possível se verificar que sua aplicação garante segurança jurídica às partes, não se pode dizer que proporcione confiabilidade e justiça às decisões produzidas a partir deste sistema.

Diz-se isto, pois, vislumbra-se que a aplicação de um sistema estático de ônus da prova não se considera, observadas as características de cada caso, as dificuldades e as condições de cada uma das partes para a produção de determinada prova.

É certo que a fixação estanque da regra de ônus às partes, sem que se avalie as possibilidades de cada um dos sujeitos processuais produzirem tal prova, não atende à eficácia que se espera de um procedimento judicial.

Isso significa dizer que as provas produzidas pertencem ao processo e não às partes, na medida em que a identificação da parte que deveria tê-la produzido somente se tornaria relevante no momento do julgamento da causa.

Ao deixar de analisar as circunstâncias casuísticas para a definição do ônus probatório, abre-se um indesejado precedente às partes que, mesmo possuindo as melhores condições para a produção de certa prova, ficam inertes para se beneficiarem de um provimento judicial favorável.

Fala-se, em regra, da parte ré, que mesmo sem produzir nenhuma prova por expressa anuência legal, poderá se beneficiar com um julgamento favorável. Ou seja, abre-se um permissivo legal para a inércia da parte.

Certo é, que este modelo não pode ser considerado o mais justo ou adequado à um sistema processual que vise julgar de maneira mais justa.

Este também é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara^[16], que afirma que:

[...] Fica fácil verificar que a lei processual brasileira opta por uma distribuição estática do ônus da prova. Não parece, porém, ser essa a melhor forma de sempre distribuir o ônus probatório. Moderna doutrina tem afirmado a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter melhores condições de a produzir.

Na verdade, torna-se cada vez mais relevante que todos os aspectos para a produção de uma prova sejam considerados para a imputação de um ônus, tais quais a capacidade financeira, técnica ou qualquer outro que acarrete maior facilidade ou possibilidade na produção probatória.

Sendo assim, é fácil concluir que o sistema estático de distribuição de ônus da prova vigente desde 1973 no Código de Processo Civil não representa aquele mais adequado para os sujeitos processuais ou ao menos, para a promoção de um julgamento mais justo.

2.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PREVISÃO DO CDC

Uma vez determinada a regra do ônus da prova na modalidade estática, também é importante destacar que o ordenamento jurídico atual traz a possibilidade de que tal paradigma seja invertido.

O Código de Defesa do Consumidor introduziu na dinâmica processual a possibilidade de que o consumidor, em determinados casos e se preenchidos os requisitos, poderá ser liberado do  nus de produ o de determinada prova.

  este o comando do art. 6 , VIII do CDC[17], que determina que:

Art. 6  São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilita o da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do  nus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alega o ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Veja-se que o dispositivo consumerista permite que o a regra processual seja modificada em favor do consumidor em casos em que se verifique a verossimilhança das suas alega es ou quando ele for hipossuficiente.

Basta, então, que seja identificada a presença de um destes requisitos para que seja determinada a inversão do  nus da prova.

Isso significa dizer que   sobre a parte com maiores condi es nas demandas consumeristas que deve recair o  nus da produ o da prova e, por conseguinte, sobre quem deverão recair os efeitos da sua não produ o.

Trata-se de um critério *ope judicis* que busca, de maneira evidente, equilibrar as forças em demandas consumeristas, já que

nas ações desta natureza, as partes litigantes são, em sua imensa maioria, amplamente desiguais.

Busca-se a aplicação do princípio constitucional da igualdade, aplicando tratamento desigual àqueles que são reconhecidamente mais frágeis processualmente.

É este o entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues^[18], que assevera que “[...] a inversão do ônus da prova é regra que se coaduna com o princípio da isonomia real, de índole constitucional.”

A inversão do ônus da prova consiste em exceção legal à norma geral de distribuição do ônus da prova estabelecida atualmente no art. 333 do Código Processual Civil.

O momento de tal inversão, contudo, gera divergências na doutrina pátria, uma vez que, por um lado, parte define-a como regra de julgamento, o que possibilita sua ocorrência no momento da sentença, vide exemplo Cecília Matos^[19]:

A regra de distribuição do ônus da prova é regra de juízo e a oportunidade de sua aplicação é o momento da sentença, após o magistrado analisar a qualidade da prova colhida, constatando se há falhas na atividade probatória das partes que conduzem à incerteza.

[...]

Por ser norma de julgamento, qualquer conclusão sobre ônus da prova não pode ser emitida antes de encerrada a fase instrutória, sob o risco de ser um pré-julgamento, parcial e prematuro. Se o demandado, fiando-se na

suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.

Por outro lado, entende Fredie Didier Jr[20] que a inversão deve ser entendida como regra de processo, entendendo pela necessidade que se dê antes do momento da sentença, ao asseverar que:

Reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do devido processo legal, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que tenha se conferido a ela a oportunidade de fazê-lo.

Analisando-se as correntes, parece mais razoável concluir pela definição da inversão do ônus da prova como regra de processo, na medida em que a alteração da dinâmica processual definida em lei sem a prévia notificação às partes configuraria uma violação ao contraditório e à segurança jurídica de todas as lides desta natureza, principalmente se considerado que não haveria oportunização à parte não incumbida pelo ônus legal de produzir a prova.

É o que entendem também Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart[21], quando apontam que:

Em princípio, a inversão do ônus da prova somente é admitida como regra dirigida às

partes, pois deve dar à parte que originariamente não possui o ônus da prova a possibilidade de produzi-la. Quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva a inversão do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo.

Destarte, conclui-se que a regra do CDC que prevê a inversão do ônus da prova, almeja instituir regra mais isonômica às demandas consumeristas, a fim de que possa recair sobre aquele com maior capacidade os eventuais ônus da não produção de uma prova, regra esta que também é utilizada, em parte, na ideia dinâmica da distribuição do ônus da prova, como se verá a seguir.

3 CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

3.1 CONCEITO

Como visto, apesar do modelo de ônus da prova aplicado no Código de Processo Civil ser o modelo estático de distribuição do ônus da prova, é quase que consenso entre os doutrinadores e aplicadores do direito, que este não é o sistema mais justo e eficiente a ser aplicado em todos os casos.

Diz-se isto, pois hodiernamente tem-se entendido o ônus da prova como uma ferramenta que deve compreender melhor as particularidades de cada caso concreto, em especial em relação à capacidade das partes em produzir determinada prova.

Esta modalidade denomina-se a carga dinâmica do ônus da prova, já que em cada caso prático serão avaliadas as possibilidades e dificuldades das partes na produção da prova, a fim de se evitar a imputação de um ônus muito difícil ou impossível de se desincumbir.

Neste sistema, será atribuído ao juiz da causa, portanto, a análise das circunstâncias da produção de cada prova, que deverá identificar qual parte tem maior facilidade em produzir tal prova e sobre ela recairão os efeitos da sua não produção.

À respeito deste papel mais ativo do juiz no processamento da causa, na clássica lição de João Batista Lopes^[22] aduz que:

Com efeito, não é suficiente a garantia do devido processo legal: é preciso que a prestação jurisdicional seja efetiva, adequada, justa.

Nem se há de confundir direito à tutela jurisdicional plena com direito à tutela favorável.

Como se sabe no estágio em que se encontra o direito processual, não se pode falar em direito à tutela favorável, mas apenas em direito à tutela pura e simples, em melhor, à tutela jurisdicional qualificada.

[...] os poderes do juiz, em verdade, constituem verdadeiras garantias dos jurisdicionados, pois estes só lograrão a efetiva prestação jurisdicional se o Poder Judiciário e a Magistratura forem fortalecidos e prestigiados.

É com fundamento nesta premissa que, diversamente do ônus estático da prova, na distribuição do ônus da prova na modalidade

dinâmica, o critério definidor do ônus da prova é *ope judicis*, vez que será imputada ao juiz a obrigação do juiz verificar e imputar o ônus à parte com maior facilidade em produzi-la.

Neste sentido, importante destacar o que aponta Humberto Theodoro Júnior[23], que afirma que:

Fala-se em *distribuição dinâmica do ônus probatório*, por meio da qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído ao juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos constituídos na causa, ou simplesmente tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria de fazê-lo.

Tal ideia é plenamente aceita pelos processualistas brasileiros, na medida em que este sistema, se aplicado corretamente, pode representar maior justiça na imputação dos ônus às partes o que significa, por conseguinte, na maior justiça na atribuição dos efeitos pela sua não produção.

3.2 PROVA DIABÓLICA

O sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova foi concebido, dentre outras razões, para evitar que uma das partes tenha de produzir uma prova diabólica.

Esta consiste na prova de muito difícil ou impossível produção e que, no sistema de distribuição estática do ônus da prova não é levada em consideração, ainda que se saiba, de antemão, que esta recairá sobre a parte legalmente incumbida de produzi-la.

Acerca da prova diabólica, Cândido Rangel Dinamarco^[24] já se pronunciou no sentido de que:

Eis o ponto central. Impor a uma das partes o encargo de uma *probatio diabolica* significaria fadar a insucesso muito provável a pretensão que no processo ela alimenta e defende. Em nome de uma proteção em si mesma legítima, mas que desse modo seria exagerada, aniquilar-se-ia a superior garantia constitucional da ampla defesa, além de desigualar substancialmente as partes no tocante a suas oportunidades e perspectivas no processo.

O sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova almeja evitar exatamente que seja imputada às partes a produção de prova diabólica, ao passo que somente a parte que tenha maior facilidade em produzir é quem será responsável e possivelmente arcará com seus efeitos.

Relevante destacar que a identificação de uma prova diabólica é sim importante para atribuição de um ônus probatório às partes, já que, além de representar maior eficácia ao processo também acarreta maior justiça nas decisões proferidas.

3.3 DISTRIBUIÇÃO X INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Após delinear os limites de cada um dos institutos, a inversão do ônus da prova e a distribuição do ônus da prova não podem ser confundidos.

É razoável a assertiva de que ambos institutos almejam atribuir à parte com maior capacidade de produzir a prova, o ônus de seu cumprimento, de modo que será esta parte que sofrerá os efeitos de uma falha na concretização deste ônus.

Pode-se dizer então que tem em comum o fato de buscarem, com maior efetividade, a justiça na prestação jurisdicional.

Contudo, as similitudes param por aí. Enquanto a distribuição dinâmica do ônus da prova consiste em uma regra a ser utilizada em todos os casos para possibilitar uma análise casuística e particularizada sobre a capacidade de produção da prova por cada parte, a inversão do ônus da prova, por sua vez, consiste em uma exceção à regra geral, na qual somente se verificada a presença dos requisitos legais é que, a parte que não tinha originariamente o ônus, passará a sofrer os efeitos da sua não produção.

A inversão do ônus da prova é utilizada somente nos casos de expressa previsão, o que, conforme já visto, no sistema atual é admitido nas demandas em que se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

Parece mais justo, no entanto, que as particularidades do caso e as dificuldades práticas eventualmente existentes sejam levadas em consideração em todos os casos, julgando-os mais justamente, daí porque surge com tanta força e razoabilidade a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova

Além disso, por fim, resta dizer que no sistema de distribuição dinâmica de ônus da prova, por analisar as circunstâncias do caso concreto e atribuir o ônus à parte que mais tem condições de produzir a prova, neste sistema não cabe a inversão do ônus da prova, já que inverter o ônus de uma regra que seria a mais justa possível, seria o mesmo que autorizar a injustiça, o que seria uma total incongruência com a finalidade desta modalidade de distribuição do ônus da prova.

3.4 REDAÇÃO DO NOVO CPC

Visando modificar a visão ultrapassada do Código Processual Civil em vigor, o novo CPC trouxe no art. 373^[25] uma nova previsão acerca do ônus da prova, senão veja-se:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

Inseriu-se na lei processual brasileira a figura da carga dinâmica do ônus da prova, em claro sinal de que a regra estática de ônus da prova não é suficiente para conferir justiça e efetividade à prestação jurisdicional em todos os casos.

Enxergou-se, ao que parece, que a regra de ônus estático não pode ser excepcionada somente pela previsão do Código de Defesa do Consumidor. Da mesma forma, o §2º inseriu a conceituação de prova diabólica anteriormente estudada bem como que esta não pode existir no momento de se atribuir o ônus probatório a qualquer das partes.

Da leitura expressa do citado dispositivo processual, vê-se que não se retirou ainda a figura estática do ônus da prova.

A previsão do *caput* do art. 373 e os incisos I e II, é uma exata cópia da redação do art. 333 do Código de Processo Civil atualmente em vigor, o que significa que a mudança da regra de ônus da prova não foi tão significativa.

Como se verá a seguir, a nova redação acaba por perpetuar a regra geral de ônus estático da prova, na qual a distribuição na forma dinâmica ocorrerá de forma excepcional, o que não parece adequado.

3.5 REGRA OU EXCEÇÃO

O novo Código de Processo Civil inseriu no art. 373 a nova regra de ônus da prova, onde consta no seu *caput* uma reprodução do art. 333 do CPC vigente atualmente, que corresponde à regra da carga estática.

Em seguida, no §1º do mesmo dispositivo legal, inseriu a ideia de ônus dinâmico da prova.

Sendo assim, pela simples leitura do referido dispositivo não há dúvidas de que a regra geral continuará a ser a distribuição estática do ônus da prova, enquanto que a possibilidade de distribuição dinâmica é tão somente uma exceção.

Percebeu o legislador que a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova teria grande eficiência na justiça e no julgamento dos casos concretos, mas equivocou-se ao inseri-la como hipótese excepcional.

Ao que parece, buscou o legislador não alterar por completo a regra processual do ônus da prova, mas somente adicionar uma alternativa de uso extraordinário, sob o pretexto de preservar uma segurança jurídica às relações processuais.

Para tanto, criou, com a redação do art. 373 do novo CPC, uma regra distinta de todas aquelas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, já que trouxe a hipótese de distribuição dinâmica da prova em hipótese que se aproxima bastante da regra de inversão do ônus prevista no Código de Defesa do Consumidor anteriormente estudada.

Isso porque, da leitura do art. 373 da nova lei processual, ainda se aplicará a regra estática do ônus da prova, ao passo que ainda será do autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, enquanto que ao réu incumbirá a comprovação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Ou seja, a regra instituída no novo Código de Processo Civil instituiu uma inversão ao ônus da prova em características similares da regra prevista no código consumerista.

Diz-se isto, pois a hipótese prevista no §1º representa uma exceção à regra estática, ao passo que se preenchidos os requisitos previstos em lei será possível a modificação do ônus probatório.

É neste sentido, o ensinamento de Daniel Amorim Assumpção Neves^[26], que destaca que:

Apesar do art. 370, §1º do (atual art. 373, §1º) Novo CPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova 'de modo diverso', naturalmente a regra trata da inversão do ônus da prova, até porque, sendo esta distribuída entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal.

Isso significa dizer que, se verificado no caso concreto, diante de suas peculiaridades, a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprimento do encargo pela parte incumbida pela regra geral, ou mesmo se identificada maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, é que poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso.

Assemelha-se, então, àquela norma prevista no Código de Defesa do Consumidor, na qual, somente se preenchidos os requisitos é que será possível a inversão do ônus probatório.

Buscou o legislador, adicionar a regra de distribuição dinâmica somente em casos excepcionais, deixando como regra geral uma distribuição que não se atenta às peculiaridades do caso.

Em outras palavras, o novo Código de Processo Civil não adotou a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, mas somente trouxe a previsão de uma inversão de ônus da prova com a ideia da carga dinâmica do ônus da prova.

Tudo isso, acredita-se, para manter a segurança jurídica e a previsibilidade que o sistema tradicional proporcionam.

Contudo, perde-se uma grande oportunidade ao não se efetivar como regra para todos os casos o sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, na medida em que sua implementação extensiva à toda a instrução processual representaria maior adequação das

funções e responsabilidades de todos os sujeitos processuais aos preceitos mais modernos de efetividade na prestação jurisdicional.

Ou seja, se por um lado, este sistema garante maiores poderes ao magistrado na imputação de um ônus, por outro, este ônus somente será assumido pela parte que puder e tiver mais capacidade de se desincumbir deste ônus, sem deixar que a outra parte mantenha-se acomodado, aguardando o seu eventual não cumprimento.

Busca-se com esse sistema atribuir aos sujeitos processuais maior ativismo e participação nos atos processuais, a fim de que seja maior a possibilidade de um julgamento de mérito acerca do direito postulado em juízo.

Além disso, a implementação de tais regras permitiria uma maior cooperação entre as partes e exigiria um papel mais ativo das partes na comprovação de seu direito, permitindo-se uma cognição realmente exauriente dos fatos e do direito postulado em juízo.

Conclui-se que o novo Código de Processo Civil não realizou uma efetiva alteração em relação ao ônus da prova, sobretudo pelo fato de não ter concretizado a mudança no papel dos sujeitos processuais, que continuarão a não ter a cooperação como um dever e poderão continuar a exercer posição passiva e inerte na produção probatória.

3.6 MOMENTO DE DISTRIBUIÇÃO E DEVER DE ALERTA

O Código de Processo Civil já sancionado pela Presidência da República, como visto, previu no art. 373 uma nova inversão do ônus da prova, que, apesar de ser uma exceção, introduzirá uma nova regra na dinâmica processual.

Esta regra de distribuição levanta a discussão acerca do momento mais adequado para que sejam distribuídos os ônus probatórios, se esta deve ocorrer no momento da instrução processual ou se somente no momento de proferir a sentença.

A regra disposta no art. 373 do novo Código de Processo Civil, por sua vez, não deixa dúvidas acerca do seu momento de aplicação. Isso se confirma com uma mera leitura do seu §1º^[27], que determina que:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O texto legal é taxativo ao asseverar que a inversão do ônus deverá ser feita por decisão fundamentada, bem como que deverá ser concedida à parte a oportunidade de se desincumbir deste ônus.

Isso significa dizer que o dispositivo processual entendeu por enquadrar o momento de aplicação da regra do que se pode denominar de “inversão dinâmica do ônus da prova” como sendo a instrução processual, devendo pronunciar as incumbências das partes no saneamento do processo.

Sendo assim, a distribuição do ônus da prova de maneira diversa daquela que naturalmente seria aplicada deve ser, segundo o texto legal, pronunciada judicialmente por meio de decisão.

Além disso, além de ser necessário que tal ônus seja possível de ser desincumbido, também é obrigatório que as partes sejam alertadas das consequências do seu não cumprimento.

Em outras palavras, se o magistrado entender pela aplicação da regra do §1º, invertendo-se o ônus da prova, alterando-se a regra do *caput*, deve fazê-lo por meio de decisão fundamentada, pronunciando as alterações feitas nos ônus das partes.

Exatamente à este respeito, Daniel Amorim Assumpção Neves^[28] aponta que:

Conforme já verificado, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, sendo o ônus da prova regra de instrução, sua inversão deve preceder a fase probatória, sendo realizada de preferência no saneamento do processo ou, quando excepcionalmente realizada após esse momento procedimental, deverá ser reaberta a instrução para a parte que recebe o ônus da prova caso pretenda produzir provas.

Esse entendimento, que sempre pareceu mais adequado, prevaleceu no Novo Código de Processo Civil, mais precisamente no art. 370, §1º, que exige do juiz, sempre que inverter o ônus da prova, que dê oportunidade à parte para s desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído. Significa que, em respeito ao contraditório, a parte terá amplo direito à produção da prova, de modo que não parece interessante que essa inversão ocorra somente no momento da prolação de sentença, sob pena de ofensa ao princípio da economia processual.

Veja-se que, apesar de tal entendimento não ser pacífico na doutrina, pode-se dizer que o momento de inversão mais adequado é o do saneamento do processo.

Na audiência preliminar é quando são fixados os pontos controvertidos, o que se denomina de saneamento do processo, momento em que as partes saberão o que será objeto de prova, sendo este momento também, o momento que deverão saber se os ônus serão invertidos, a fim de que possam se desincumbir durante a instrução probatória.

Diz-se isso, pois quando se trata de regra como a do art. 373 do novo CPC, a partir do momento que se altera a regra e o ônus legalmente instituído é imprescindível que a parte não seja surpreendida com a assunção dos efeitos de um ônus que não teria.

Situação diferente é aquela que seria imposta caso a regra geral fosse a da distribuição dinâmica do ônus da prova, já que nessa situação todas as partes têm o dever de participarem e contribuir para a formação do lastro processual dentro das suas possibilidades, evitando-se a acomodação e buscando de maneira mais efetiva a cognição da lide.

Contudo, com a adoção da regra estática de distribuição do ônus da prova, os ônus são expressamente definidos, razão pela qual a mudança no paradigma deve ser comunicada às partes para que não seja violado o contraditório e para que seja possível o cumprimento deste ônus.

Ocorre que, a redação do art. 373 do novo CPC ainda apresenta aspectos negativos, já que expressa determinação de que a inversão seja feita por meio de decisão judicial, acarretaria na mesma acomodação gerada pela situação causada pela carga estática do ônus da prova, na qual a parte que não possui o ônus

fica inerte na esperança de que a parte incumbida sofra os efeitos do não cumprimento de seu encargo.

A adoção do pronunciamento judicial acerca da mudança nos ônus da prova desestimula a cooperação e o ativismo dos sujeitos processuais, o que não se compactua com os preceitos processuais modernos e não garante maior justiça no pronunciamento de decisões.

Na forma como está redigida, os papéis das partes e a necessidade de que estas atuem do processo de maneira mais participativa e decisiva não sofrerão mudança. Ainda não estarão todas as partes obrigadas a diligenciar todas as provas que poderiam produzir.

Este também é o entendimento de Marcelo Pacheco Machado^[29] que afirma que:

Tudo isso resultaria em maior retardamento do processo e não atendendo a finalidade, imposta pelo princípio da cooperação, de que as partes participem com todos os seus esforços na produção de provas, de modo que seja valorizado o escopo jurídico do processo.

Certamente a redação do citado dispositivo legal acarreta a possibilidade de acomodação e inércia da parte, o que vai de encontro com a necessidade da processual moderna de maior cooperação entre as partes na produção da prova e, por conseguinte, em relação à justiça nos provimentos jurisdicionais.

A redação do novo CPC acaba por não extirpar do meio processual a possibilidade de inércia e comodismo das partes beneficiadas pela ausência de ônus, acabando por não estimular a

maior proatividade, na busca mais eficaz pela verdade real e, por conseguinte, por um julgamento mais justo.

O papel das partes e sujeitos processuais tem de ser mais estimulado e a não adoção de postulados mais compatíveis com tal ideia, acaba por negar a implantação de um sistema mais justo e eficaz.

Ao menos em tese, é fácil dizer que a análise do mérito de modo mais exauriente é mais favorecida num sistema em que todos os sujeitos processuais estejam empenhados em obter um provimento jurisdicional favorável de maneira ativa, o que parece não será o caso da regra disposta no art. 373 do novo CPC.

CONCLUSÃO

Com o estudo do instituto do ônus da prova, objeto, finalidade e custeio da prova percebe-se que existem modalidades distintas de distribuição dos ônus da prova.

A modalidade de distribuição estática do ônus da prova, há muitos anos vigente no sistema processual, apesar de apresentar segurança jurídica à partes, apresenta, ao mesmo tempo, uma inércia e comodismo dos sujeitos processuais indesejável ao processo, já que por muitas vezes se mostra impossível ou muito difícil uma satisfatória e exauriente cognição processual.

Existe ainda a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor que apresenta uma possibilidade de atribuir à parte que tem maiores condições o ônus de produzir a prova, o que se mostra razoável.

Já a modalidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, que é defendida pela maioria dos doutrinadores modernos, certamente

mostra-se mais adequada para a busca por maior efetividade e justiça nos provimentos judiciais.

Tal afirmativa é feita com base no fato de que este sistema considera as peculiaridades que os casos concretos oferecem, sobretudo a possibilidade e a dificuldade de cada parte para produção de determinada prova, mostrando-se mais justa em todos os casos.

Este não é o caso da modalidade estática da distribuição do ônus da prova, que atribui o encargo de produção de prova somente em virtude da posição da parte, possibilitando a inércia e a acomodação da parte beneficiada pela ausência de ônus.

Não é difícil concluir que o sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova é o mais apropriado para as soluções dos pleitos judiciais.

Contudo, o novo Código de Processo Civil, com a criação do art. 373, não adotou esta modalidade como regra geral, mas somente como uma exceção. É, pois, uma hipótese de inversão da regra geral tal como aquela prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, a regra geral a ser aplicada na nova lei processual continua a ser aquela já atualmente aplicada, sendo possível a aplicação da distribuição dinâmica somente em casos excepcionais, quando preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a verificação de impossibilidade ou extrema dificuldade na produção da prova ou a maior facilidade da outra parte em se desincumbir deste ônus.

Ou seja, o novo CPC não instituiu a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, mas tão somente uma situação de exceção à regra geral que continua a ser a da carga estática.

Além disso, a previsão legal, aqui denominada de “inversão dinâmica dos ônus da prova”, seja pronunciada por meio de decisão que alerta as partes também gera a mesma situação de acomodação e desnecessidade de cooperação entre as partes gerada pela atual regra geral da distribuição estática probatória.

Tudo isso leva a conclusão de que a nova regra de ônus da prova prevista no art. 373 do já sancionado novo Código de Processo Civil não signifique um grande avanço em relação à dinâmica processual e a maior efetividade das decisões judiciais, tendo sido perdida uma grande oportunidade de se alterar para melhor o papel dos sujeitos processuais e proporcionar maior justiça às decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de jan. de 1973.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de março de 2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. Ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

_____. **Instituições de Direito Processual**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

LOPES, João Batista. **Os poderes do Juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional** *in* Revista de Processo. Ano 35, Vol. 9. Julho/Setembro, 1984, p. 24-65.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de novo Código de Processo Civil** *in* Revista de Processo. Ano 37, Vol. 208. Junho/2012.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MATOS, Cecília. **Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor** *in* Revista de Direito do Consumidor. Vol. 11. Julho/Setembro, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. In: Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7 ed. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 54 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 1.

WAMBIER, Luis Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1.

NOTAS:

[1] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.410.

[2] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p.75.

[3] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. In: Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 74/75.

[4] WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 416.

[5] BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de jan. de 1973.

[6] DIDIER, Op. Cit. Nota 2, p. 76.

[7] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145-148.

[8] GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 182.

[9] BRASIL. Op. Cit., nota 4.

[10] BRASIL. Op. Cit., nota 4.

[11] DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros. 2004, P.84

[12] Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. (BRASIL. Op. Cit., nota 4)

Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz. (BRASIL. Op. Cit., nota 4)

[13] BRASIL, Op. Cit., Nota 4.

[14] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P.325.

[15] MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de novo Código de Processo Civil** in Revista de Processo. Ano 37, Vol. 208. Junho/2012.Pp. 300/301.

[16] CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2013. P.437

[17] BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990.

[18] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 326

[19] MATOS, Cecília. **Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor** in Revista de Direito do Consumidor. Vol. 11. Julho/Setembro, 1994.P. 167.

[20] DIDIER JR. Op. Cit. nota 1, p. 83.

[21] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais,2009, pp. 188/189.

[22] LOPES, João Batista. **Os poderes do Juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional** in Revista de Processo. Ano 35, Vol. 9. Julho/Setembro, 1984, p. 24-65.

[23] THEODORO JÚNIOR, Humberto.**Curso de Direito Processual Civil**. 54 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 1, pp. 462/463.

[24] DINAMARCO, Candido Rangel.**Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. Ed. Malheiros: São Paulo. 2010, p. 94.

[25] BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**.Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de março de 2015.

[26] NEVES, Daniel Amorim Assumpção.**Manual de Direito Processual Civil**. 7 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 498.

[27] BRASIL, Op. Cit., Nota 21.

[28] NEVES, Op. Cit. Nota 22, p. 498.

[29] MACHADO, Op. Cit. Nota 13, p. 313.

A QUESITAÇÃO DO JÚRI E O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal", publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

O art. 483 do Código de Processo Penal estabelece a ordem em que os quesitos deverão ser formulados aos jurados na sessão do julgamento pelo Tribunal do Júri, a saber: 1) a materialidade do fato; 2) a autoria ou participação; 3) e, como quesito obrigatório, se o acusado deve ser absolvido (aliás, não entendemos porque não deveria ser perguntado "se o acusado deve ser condenado", pois, afinal de contas, ele, até então, é presumivelmente inocente).

Respondido negativamente, por maioria, este terceiro quesito, será perguntado se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa. Depois, se existe circunstância qualificadora ou causa

de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Eis a questão.

Suponhamos que o réu tenha sido denunciado e pronunciado por homicídio qualificado. Preclusa a decisão de pronúncia, foi a Júri. Em Plenário, o Ministério Público pediu a exclusão da qualificadora, acusando o réu "apenas" por homicídio simples.

Indaga-se: deve o Magistrado, ainda assim, formular o quesito relativo à qualificadora?

Entendo que não, sob pena de clara violação ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença.^[1]

Ora, os fatos narrados em uma peça acusatória (e com mais razão, aqueles alegados na sessão do julgamento no Tribunal do Júri) limitam o julgador (e também os Jurados) em seu pronunciamento final que, por sua vez, deve circunscrever-se à narração fática feita pelo órgão acusador (em Plenário) e sobre as quais o imputado exercitou o seu amplo direito de defesa (idem). A consonância que a sentença deve guardar com o fato narrado (na sustentação oral) é medida que obstaculiza a ocorrência de julgamentos extra petita ou ultra petita, a impedir qualquer desobediência ao sistema acusatório assumido pela Constituição Federal (art. 129, I).

Pelo sistema acusatório, na lição de Juan-Luís Gómez Colomer, “*hay necesidad de una acusación, formulada e mantenida por persona distinta a quien tiene que juzgar, para que se pueda abrir y celebrar el juicio e, consecuentemente, se pueda condenar*”^[2]. Por ele proíbe-se “*al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora*”^[3], “*que aqui surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento*”^[4].

Sobre o sistema acusatório, assim escreveu Vitu: *“Ce système procédural se retrouve à l’origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l’époque franque et dans la procédure féodale. Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu’on retrouve dans les différents pays qui l’ont consacré. Dans l’organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l’accusation et la défense.”*^[5]

Concebido em prol do acusado, o princípio da correlação entre a acusação e o julgamento, por vezes ganha denominação diversa, como, por exemplo, a vedação à sentença incongruente: *“A sentença incongruente, por conseguinte, é sentença que desrespeita a vinculação temática do juiz.”*^[6]

“Reconhecemos, entretanto, que uma sentença incongruente, embora não obrigatoriamente, via de regra violará tanto o princípio da ação como quanto as garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso porque quando o magistrado julga além ou fora do objeto processual, normalmente não comunica as partes processuais dessa inovação de ofício, nem dá chance à Defesa para refutar a nova imputação. Logo, concomitantemente o julgador desrespeita o princípio da ação, o contraditório e a ampla defesa.”^[7] Observa-se que o *“princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional.”*^[8]

No direito comparado, a garantia da correlação entre acusação e a sentença segue a mesma diretriz aqui exposta; neste sentido é a legislação peninsular: *“Se nel corso dell’istruzione dibattimentale il fatto risulta diverso da como é descrito nel decreto que dispone il giudizio e non appartiene alla competenza di um*

giudice superiore, il pubblico ministero modifica l'imputazione e procede alla relativa contestazione (...)"[9]

É bem verdade que o Ministério Público pode pedir a absolvição na sessão de julgamento (aliás, deve..., se for o caso) e, nada obstante, será de rigor a primeira pergunta, ainda que a acusação defenda a falta de materialidade do fato, ou a segunda pergunta (se o Ministério Público negar a autoria ou a participação). Nestes casos, a depender da resposta, faz-se o terceiro quesito (sobre a absolvição) ou não. Óbvio!

E nada de invocar o art. 185 do Código de Processo Penal. Este está morto, sepultado e já desceu aos infernos pela Constituição Federal desde 1988 pelas razões acima expostas.

NOTAS:

[1] Há três excelentes obras sobre a matéria, dentre outras, obviamente: "Correlação entre acusação e sentença", de Gustavo Henrique Badaró (Editora Revista dos Tribunais), "Correlação entre acusação e Sentença", de Benedito Roberto Garcia Pozzer (IBCCRIM) e "A sentença incongruente no Processo Penal", de Diogo Rudge Malan (Lumen Juris).

[2] Introducción al Derecho Penal e al Derecho Penal Procesal, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 230.

[3] Gimeno Sendra, Derecho Procesal, Valencia, 1987, p. 64.

[4] José António Barreiros, Processo Penal-1, Almedina, Coimbra, 1981, p. 13.

[5] Vitu, André, Procédure Pánale, Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 13/14.

[6] A sentença Incongruente no Processo Penal. Diogo Rudge Malan, Coordenador: Geraldo Prado, Coleção Pensamento Crítico, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003, pág . 132.

[7] Idem,. pág. 125.

[8] Julio Fabbrini Mirabete. Código de Processo Penal Interpretado. Nona Edição, Editora Atlas S.^a São Paulo – 2002, pág. 979.

[9] A sentença Incongruente no Processo Penal. Diogo Rudge Malan, Coordenador: Geraldo Prado, Coleção Pensamento Crítico, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003, pág .153.

O TRABALHO DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

CAMILLA HOLANDA MENDES DA ROCHA: Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina - CEUT; Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci; Advogada.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O REGIME JURÍDICO DO ESTRANGEIRO NO BRASIL. 2.1 O Visto temporário. 2.2 O visto permanente. 3 DO CONTRATO DE TRABALHO DO ESTRANGEIRO. 3.1 Dos direitos trabalhistas. 4 DO TRABALHADOR ESTRANGEIRO IRREGULAR. 5 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, ao tratar dos direitos da nacionalidade, em seu artigo 12, institui que a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos na própria Carta Magna.

Partindo do argumento de que o trabalho do estrangeiro no Brasil é permitido pela CRFB/88, posto que por ela não vedado – exceto aos cargos privativos de brasileiro nato, rol exaustivo apresentado no parágrafo 3º do artigo supracitado -, este artigo objetiva delinear os traços gerais, sob o enfoque jurídico, deste tipo especial de trabalhador.

2 O REGIME JURÍDICO DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Inicialmente, faz-se necessário pincelar o regime jurídico ao qual está sujeito o estrangeiro no Brasil, conforme a lei 6.815/80, chamada de “Estatuto do Estrangeiro”. A entrada do estrangeiro no território brasileiro é amplamente permitida, em tempos de paz, desde que satisfeitas as condições exigidas pela lei, e, regra geral, mediante visto. A exceção materializa-se pelos chamados “acordos internacionais de reciprocidade”, permitidos pelo art. 10 do Estatuto do Estrangeiro, que assim dispõe: “Poderá ser dispensada a exigência de visto, prevista no artigo anterior,

ao turista nacional de país que dispense ao brasileiro idêntico tratamento”.

Ressalta-se que os acordos internacionais de reciprocidade apenas abrandam a entrada do estrangeiro turista, quer dizer, aquele que venha ao Brasil em caráter recreativo ou de visita, assim considerado aquele que não tenha finalidade imigratória, nem intuito de exercício de atividade remunerada.

O artigo 4º da referida lei define quais são os tipos de visto que poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional. São eles:

- a) Visto de trânsito;
- b) Visto de turista;
- c) Visto temporário;
- d) Visto permanente;
- e) Visto de cortesia;
- f) Visto oficial; e
- g) Visto diplomático.

A este artigo não cabe o estudo dos diferentes tipos de visto, mas apenas aqueles que dizem respeito ao estrangeiro que visa exercer atividade remuneratória no território brasileiro, quais sejam, o visto temporário e o visto permanente.

2.1 O Visto temporário

O visto temporário poderá ser concedido em diversas hipóteses. Para análise, é importante a leitura do artigo 13 do Estatuto do Estrangeiro:

Art. 13. O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil:

I - em viagem cultural ou em missão de estudos;

II - em viagem de negócios;

III - na condição de artista ou desportista;

IV - na condição de estudante;

V - na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro;

VI - na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira.

VII - na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa.

Aqui se encontram os primeiros casos de trabalho do estrangeiro no Brasil, objeto de interesse deste estudo: os incisos III, V, VI e VII.

Para o estrangeiro que venha ao Brasil na condição de artista ou desporto (inciso III), o visto temporário será concedido para o prazo de estada de 90 dias. Para o estrangeiro que venha ao Brasil na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira (inciso VI), o prazo será de até um ano. Nos demais casos (incisos V e VII), o prazo será correspondente à duração da missão, do contrato ou da prestação do serviço, devendo ser comprovada perante a autoridade consular.

O Conselho Nacional de Imigração - CNIg regulamenta as exigências para concessão dos vistos, bastante importantes para selecionar profissionais qualificados, e também para proteger a mão de obra brasileira.

2.2 O visto permanente

O visto permanente, por sua vez, está regulado no artigo 16 da lei 6815/80, que assim dispõe:

Art. 16. O visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil.

Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.

O detentor do visto permanente tem o direito de morar e trabalhar no Brasil indefinidamente. Porém, para obter o visto permanente, segundo o artigo 17 da mesma lei, o estrangeiro deverá satisfazer, além dos requisitos exigidos pelos regulamentos do Estatuto do Estrangeiro, as exigências de caráter especial previstas nas normas de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração.

3 DO CONTRATO DE TRABALHO DO ESTRANGEIRO

Destaca-se, mais uma vez, que nenhuma empresa poderá contratar estrangeiro com visto de turismo ou em trânsito, mas apenas aqueles portadores de visto temporário ou permanente, nas condições explicitadas acima.

Segundo Vólia Bomfim (2011, p. 350),

A empresa contratante solicita a autorização para o trabalho diretamente ao

Ministério do Trabalho e Emprego (Coordenação Geral de Imigração), de acordo com as regras estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração. A autorização é concedida para o trabalho nesta empresa. Se o estrangeiro desejar ser contratado por outra (processo de mudança de empregador) deverá ter autorização expressa do Ministério da Justiça. Caberá à empresa solicitante efetuar, também, o cancelamento da autorização no caso de extinção do trabalho, quando o estrangeiro não se apresentar ao trabalho ou quando o prazo do visto se expirar.

Portanto, para se efetivar a contratação de trabalhador estrangeiro, além do visto deste, será necessário, ainda, a autorização para o trabalho concedida pela Coordenação de Imigração. O trabalhador deverá ter, ainda, a CTPS.

Os contratos de técnicos estrangeiros domiciliados ou residentes no exterior, para execução, no Brasil, de serviços especializados, em caráter provisório, com estipulação de salários em moeda estrangeira, serão, obrigatoriamente, celebrados por prazo determinado e prorrogáveis sempre a termo certo, ficando excluídos da aplicação do disposto nos artigos 451, 452, 453 da CLT. [\[1\]](#)

Vale destacar que, em dois casos específicos, não se aplicará a lei trabalhista ao estrangeiro. Segundo o artigo 104 do Estatuto do Estrangeiro,

Art. 104. O portador de visto de cortesia, oficial ou diplomático só poderá exercer atividade remunerada em favor do Estado estrangeiro, organização ou agência internacional de caráter

intergovernamental a cujo serviço se encontre no País, ou do Governo ou de entidade brasileiros, mediante instrumento internacional firmado com outro Governo que encerre cláusula específica sobre o assunto.

§ 1º O serviçal com visto de cortesia só poderá exercer atividade remunerada a serviço particular de titular de visto de cortesia, oficial ou diplomático.

§ 2º A missão, organização ou pessoa, a cujo serviço se encontra o serviçal, fica responsável pela sua saída do território nacional, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data em que cessar o vínculo empregatício, sob pena de deportação do mesmo.

§ 3º Ao titular de quaisquer dos vistos referidos neste artigo não se aplica o disposto na legislação trabalhista brasileira.

Há, ainda, uma outra situação peculiar, que é o caso dos trabalhadores fronteiriços. As pessoas que vivem em países que fazem fronteira com o Brasil, em cidades contíguas ao território brasileiro, podem adentrar o país apresentando apenas prova de identidade. O estrangeiro fronteiriço que pretenda exercer atividade remunerada ou frequentar estabelecimento de ensino naqueles municípios, será fornecido documento especial que o identifique e caracteriza sua condição, e, ainda, CTPS, quando for o caso. O estrangeiro, porém, não poderá se afastar dos limites territoriais do município que faz fronteira. A situação está disciplinada pelo artigo 21 do Estatuto do Estrangeiro.

3.1 Dos direitos trabalhistas

De acordo com o artigo 95 da Lei nº6.815, o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis. Portanto, o trabalhador estrangeiro terá direito às férias, ao recolhimento do FGTS, à jornada máxima de 44 horas semanais ou oito horas diárias, ao descanso semanal remunerado, e outros.

4 DO TRABALHADOR ESTRANGEIRO IRREGULAR

Há uma discussão doutrinária acerca da natureza do contrato de trabalho do estrangeiro irregular. Haveria nulidade de contratação? A jurisprudência, entretanto, tem decidido que o trabalho de estrangeiro irregular, sem visto ou CTPS, é proibido, porém, não é ilícito. Sendo assim, não é justo que o trabalhador, que despendeu sua força de trabalho, fique desamparado, sem receber os direitos trabalhistas.

RECURSO DE REVISTA - EMPREGADO ESTRANGEIRO IRREGULAR NO BRASIL - INEXISTÊNCIA DO DOCUMENTO DE IDENTIDADE DE QUE TRATAM OS ARTIGOS [359](#) DA [CLT](#) E [21](#), [§ 1º](#), DA LEI Nº [6.815/80](#) - NULIDADE DA CONTRATAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ARTIGO [3º](#) DO PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA DO MERCOSUL, INCORPORADO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NOS TERMOS DO DECRETO Nº [2.067/1996](#).

Trata-se a presente controvérsia de se saber se há ou não nulidade da contratação de estrangeiro decorrente do fato de não ser ele portador de documento de identidade previsto pelos artigos [359](#) da [CLT](#) e [21](#), [§ 1º](#), da Lei

nº [6.815/80](#). Com efeito, são fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, - a dignidade da pessoa humana- e -os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa- (art. [1º](#), [III](#) e [IV](#), da [Constituição Federal](#) de 1988), bem como consta dentre seus objetivos fundamentais -promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação- (art. 3º, IV), sendo ainda mais contundente a enunciação do princípio constitucional da isonomia, que se refere expressamente -aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País- (art. 5º, caput) e igualdade em direitos e obrigações, salvo expressa disposição em lei (incisos I e II daquele mesmo artigo). **Feitas essas considerações, e tendo-se em vista que seria absolutamente inconcebível que um contrato de trabalho envolvendo trabalhador brasileiro pudesse vir a ser judicialmente declarado nulo por causa da mera inexistência de um documento de identidade, é inequívoca a conclusão de que assiste razão ao Reclamante.** Acrescente-se que, conforme indicado com precisão na revista, o artigo 3º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, cujos signatários são os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, celebrado em 1992 na cidade de Las Leñas, província de Mendoza, Argentina, e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro

por meio do Decreto Legislativo nº [55](#), promulgado, por sua vez, pelo anexo do Decreto nº [2.067](#), de 12.11.96, dispõe que -os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, NAS MESMAS CONDIÇÕES DOS CIDADÃOS E residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses- (grifos não constantes do original). Esclareça-se que o excelso STF, desde sempre o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro e guardião da [Constituição](#), tem tradicionalmente demonstrado uma sensibilidade para com o cumprimento de atos normativos editados em razão da conjuntura internacional que tenham reflexos nas relações trabalhistas internas, motivo outro pelo qual há que se reformar o r. decisum ora recorrido. Nesse sentido, e a título de ilustração, precedente da e. 2ª Turma daquele Augusto Pretório que julgou improcedente o pedido de reintegração de empregado italiano dispensado em razão de sua nacionalidade por força do Decreto nº 4.638/42, que permitia a rescisão do contrato de trabalho dos empregados -súditos das nações com as quais o Brasil rompeu relações diplomáticas ou se encontra em estado de beligerância- (STF-RE-33.938/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, DJU de 24.7.1957). Ainda como reforço de argumentação, tem-se que a eventual manutenção do v. acórdão do Regional implicaria uma dupla injustiça - primeiro com os

trabalhadores estrangeiros em situação irregular no País que, não obstante tenham colocado sua força de trabalho à disposição do empregador, ver-se-ão privados da devida remuneração em razão de informalidade de cuja ciência prévia o empregador estava obrigado pelo artigo 359 da CLT; e segundo, com os próprios trabalhadores brasileiros, que poderiam vir a ser preteridos pela mão-de-obra de estrangeiros irregulares em razão do custo menor desses últimos, como tragicamente sói acontecer nas economias dos países do Hemisfério Norte. Finalmente, há que ser salientada a notória jurisprudência do excelso STF, segundo a qual os decretos que inserem tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro têm a mesma hierarquia das leis ordinárias, o que afasta, no particular, o entendimento deste c. Tribunal no sentido de que normas infralegais não se enquadram na hipótese do artigo 896, c, da CLT. Nesse sentido, a título de ilustração, arestos do Pleno do excelso STF, nos termos da Súmula nº 401 daquele c. Tribunal (STF-ADIn-MC-1480/DF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU de 18.5.2001, p. 429, e Ement. Vol. 2031-02, p. 213; STF-Ext-662/Peru, Extradicação, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU de 30.5.97, p. 23.176, e Ement. Vol. 1871-01, p. 15). Recurso de revista provido. (Processo: RR 7500940520015245555 750094-05.2001.5.24.5555; Relator(a):Horácio Raymundo de Senna Pires; Julgamento:

06/09/2006; Órgão Julgador: 6ª Turma;Publicação:DJ 29/09/2006)

[grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CARÊNCIA DE AÇÃO.ILEGITIMIDADE PASSIVA.

A eg. Turma, apreciando a prefacial de carência de ação, rejeitou-a ao lume dos seguintes fundamentos: **O trabalho de estrangeiro irregular no país, sem possuir visto e CTPS, quando muito seria proibido, mas não ilícito. Portanto, não há impedimento para que seja reconhecido o vínculo empregatício e todas as vantagens trabalhistas, em razão da impossibilidade de restituição ao -status quo ante-.CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA.**O recurso, no tópico veio destituído de fundamentação. A recorrente se limita a discorrer sobre sua insurgência e a pedir a reforma do decisum, mas não aponta a devida e necessária fundamentação.Agravo conhecido e não provido. (Processo: AIRR 9946900382003504 9946900-38.2003.5.04.0900; Relator(a): José Ronald Cavalcante Soares; Julgamento: 05/04/2006; Órgão Julgador: 6ª Turma, Publicação: DJ 28/04/2006.)

[grifo nosso]

Este entendimento do TST é bastante coerente, pois leva em conta os princípios da dignidade da pessoa humana; dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; da promoção do bem de todos, sem

preconceitos de origem; e da isonomia conferida a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que não é fácil para um estrangeiro cumprir todas as obrigações necessárias para que seja permitido a ele trabalhar no Brasil. Inicialmente, o trabalhador precisa ser bastante qualificado, de modo a cumprir os requisitos exigidos. Deverá, ainda, obter o visto e a Autorização de Trabalho emitida pelo Conselho Nacional de Imigração, órgão que analisa toda a política de imigração. A empresa contratante deve submeter o contrato de trabalho à análise do referido órgão.

O trabalhador estrangeiro estará submetido às leis brasileiras, especialmente a Consolidação das Leis do Trabalho, e terá os mesmos direitos trabalhistas de um brasileiro nato, como 13º salário e FGTS. Apesar da lei brasileira expressamente proibir o trabalho de estrangeiros em situação irregular no país, o trabalhador irregular poderá postular perante a Justiça do Trabalho e exigir os direitos que por ventura não tenham sido cumpridos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSAR, V. B. (2011). Direito do Trabalho. Niterói, RJ: Impetus.

GONZALEZ, A. (s.d.). Contratação de trabalhador estrangeiro. Acesso em 31 de outubro de 2012, disponível em www.alexandragonzalez.com.br/pdfs/trabalhador_estrangeiro.pdf

Portal do Ministério do Trabalho e Emprego. Acesso em 31 de outubro de 2012, disponível em www.portal.mte.gov.br

Portal do Ministério Público do Trabalho. Acesso em 31 de outubro de 2012, disponível em www.portal.mpt.gov.br

NOTAS:

[1] GONZALEZ, Alexandra. *Contratação de trabalhador estrangeiro*. Acesso em 31 de outubro de 2012, disponível em www.alexandragonzalez.com.br/pdfs/trabalhador_estrangeiro.pdf

DOAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA ÀS CAMPANHAS ELEITORAIS DE 2016: AS CONSEQUÊNCIAS DA ADI 4650

LUIZ CESAR BARBOSA LOPES: Pós-graduado em Direito Penal, orientador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Unieuro, Sócio do Escritório Sebba & Lopes Advogados Associados, Membro associado do Movimento em Defesa da Advogacia - MDA, especialista em Direito Eleitoral

O dia 17 de setembro de 2015 ficará marcado como o dia da abolição de uma das maiores fontes de recursos de partidos políticos e candidatos e o dia em que aqueles que almejam se candidatar ao pleito eleitoral municipal perderam o sono, tudo em decorrência da declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais constantes das leis nº 9.504/97 e 9.096/95, os quais autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Assim, tendo em vista que não houve modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a referida decisão já alcança as eleições que estão por vir, ou seja, as eleições municipais que ocorrerão em 2016.

Assim, restou àqueles que pretendem disputar as eleições do ano vindouro o desespero e a falta de informações acerca dos procedimentos a serem adotados, uma vez que as contribuições de pessoas jurídicas sempre se mostrou como a maior fonte de recursos para partidos e candidatos.

Portanto, a primeira consequência da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que permitiam a contribuição das pessoas jurídicas aos partidos e candidatos foi a de caracterização de abuso do poder econômico com conseqüente atração de inelegibilidade para aqueles que receberem doações de pessoas jurídicas.

No entanto, para minimizar o desespero daqueles que pretendem disputar as eleições municipais que se aproxima, a sanção do PL nº 5735/2013

tornará possível a doação e contribuição de pessoa jurídica para os partidos políticos, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade oriunda da ADI-4650 não atinge o Poder Legislativo no exercício de sua função típica de legislar, isso para evitar o denominado “fenômeno da fossilização da Constituição” citado pelo eminente Ministro Cezar Peluso quando do julgamento da Reclamação nº 2.617. (Inf. 386/STF).

Assim, a lei promulgada em razão da sanção do PL nº 5735/2013 não será alcançada pela inconstitucionalidade declarada na ADI-4650, até mesmo pelo fato de que houve inovação legislativa, razão pela qual a invalidação da lei nova dependerá de representação de inconstitucionalidade específica nos moldes do que preceituado pelo art. 102, I, “a” da Constituição Federal.

Outrossim, a alteração do sistema eleitoral torna possível a mudança de entendimento da Corte Constitucional diante do cotejo da inovação legislativa com os princípios utilizados como paradigmas para a invalidação dos dispositivos legais que permitiam a doação realizada por pessoas jurídicas às companhias eleitorais.

Portanto, caso o PL nº 5735/2013 seja vetado pela Presidente da República, caberá ao Congresso Nacional, em reunião unicameral e pelo voto da maioria absoluta de seus membros, derrubar o veto de modo a restabelecer o projeto de lei para conseqüente promulgação pela Presidente da República ou, se for o caso, pelo Presidente do Senado Federal.

Portanto, que se abram as cortinas do complexo jogo político e de poder para fins de saber quais serão os próximos passos daqueles que almejam disputar as eleições municipais em 2016, cabendo destacar que é de suma importância que o recebimento de doações seja objeto de prévia análise de profissional qualificado, tudo no intuito de evitar as conseqüências decorrentes da declaração de abuso do poder econômico.

AS FALSAS IMPUTAÇÕES CRIMINAIS QUE ENVOLVEM ALGUNS CASOS DE GUARDA COMPARTILHADA

DENIS CARAMIGO: Advogado;

Com o passar dos anos, houve uma revolução comportamental do ser humano. Modificou-se profundamente seu modo de pensar e agir e, infelizmente, essas modificações não se deram de forma positiva.

Os tempos atuais mostram uma alienação comportamental que a psicologia de Skinner tenta explicar há tempos, porém, nem sempre consegue lograr êxito.

Foi-se a época em que valores pessoais (morais e sociais) imperavam como se soberanos fossem.

Tais valores, nos dias atuais, deram lugar ao egoísmo, ao sarcasmo, à destreza de prejudicar o seu semelhante pelo simples fato de, somente, prejudicá-lo.

Valores que antes eram tidos como sinônimos de idoneidade foram ceifados pela nefasta evolução inculcada (com nossa inerte convivência) nos seres humanos como sendo “a evolução moderna”.

A evolução das coisas é inevitável, tendo em vista que o momento que vivemos hoje é diferente de anos, décadas atrás, porém, a grande questão a ser respondida é de que forma essa evolução é aplicada no cotidiano de cada um de nós.

Essa alienação reflete, de forma incontestável, nas relações pessoais e familiares, ainda mais quando estas não são/estão presentes de forma harmoniosa.

A coisa complica, ainda mais, quando envolve o nosso amor maior. Nossos filhos.

Com a **LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014** (guarda compartilhada), surgiram muitas discussões em vários ramos de sua aplicação, porém, vamos discorrer sobre uma delas que, infelizmente, está em evidência a todo vapor causando sérios danos a muitas pessoas.

Trataremos da questão criminal envolvendo a guarda compartilhada.

Quando um relacionamento chega ao fim, é certo que muitas pessoas sintam-se rejeitadas, feridas sentimentalmente, machucadas na alma enfim, com a sensação de que o chão desaparecera para sempre.

Com essa sensação, nem sempre todos conseguem lidar com a situação de forma sensata e não deixar que emoção prevaleça sobre a razão.

Um casal que rompe sua relação afetiva, que possuam filhos em comum, e que durante a discussão acerca da guarda da prole optam pela guarda compartilhada, dependendo das circunstâncias, podem dar cabo à inúmeras consequências. Inclusive de ordem criminal.

Muitos pais (leia-se pai e mãe), no mais absurdo ímpeto de ter a guarda somente para si, estão levando a situação ao extremo, não medindo o prejuízo que isso pode causar ao outro.

No cenário jurídico atual não são raros os casos de abuso sexual inexistentes, onde, para aquele que tal crime é imputado o mal causado quase nunca é reparado (vide o caso da escola BASE).

Isso quando não tem a sua vida interrompida por “justiceiros sociais” que acreditam que a justiça feita com as próprias mãos (art. 345 do Código Penal) é a mais eficaz.

No âmbito da guarda compartilhada, muitos pais que não se conformam com a decisão de terem de compartilhar seu filho com o outro par, acabam por romper as barreiras do inimaginável.

Tragicamente são muitos os casos de imputação criminal a quem não cometeu nenhum crime, pois quem os imputa o faz pelo simples fato de querer para si, e somente para si, a guarda do filho sem medir as consequências do ato praticado.

Ter uma acusação de qualquer crime sexual é, antes de mais nada, uma sentença de morte. Sim, de morte!

Sabemos que não é admitida, nem pelo mais vil dos criminosos, a prática de crime sexual, ainda mais contra um filho. Sendo assim, ter uma acusação pairando sobre a pessoa de qualquer crime sexual, esta se torna um alvo ambulante.

O que muitos pais talvez não saibam é o fato de que o mal causado para o acusado, ou seja, aquele que todos nós estamos cansados de saber como rejeição pela sociedade, exposição de quase sempre ser taxado de estuprador, sensação de linchamento a qualquer momento e ter a morte como companhia 24 horas por dia, seja solto ou preso, é que existe um crime cometido e que deve ser apurado. E tendo sido comprovada a sua culpabilidade, deve ser responsabilizado e pagar por ele.

Não pode o pai ou a mãe, em seu egoísmo, imputar um fato criminoso falso ao outro e depois dizer que o fez por impulso e que não tinha a intenção de causar prejuízo. Ou pior, dizer que o fez por amor ao filho.

Muitas vezes o prejuízo não poderá ser revertido, pois o ser humano não é gato e, segundo crença popular, somente este possui 7 vidas.

Alguns tipos criminais, previstos no Código Penal, merecem destaque para o que aqui se discute. Vamos a eles.

Denúncia caluniosa

Art. 339. *Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000).*

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

Este crime configura-se quando o sujeito ativo der causa a qualquer uma das figuras tipificadas na redação do artigo, seja na forma oral, escrita, por telefone etc.

Ressalta-se que a falsa imputação deve ser determinada, ou seja, que tenha a característica da prática de um ilícito penal e de pessoa determinada.

Também há de se destacar que a acusação esteja em contradição com a verdade dos fatos e que o agente ativo tenha a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática do crime.

Comunicação falsa de crime ou de contravenção

Art. 340. *Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:*

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Consuma-se o crime quando provocada a ação da autoridade, ainda que não vá além de indagações preliminares, não se instaurando o inquérito policial.

Distingue-se do crime de Denncia o caluniosa pelo fato de que neste há a indica o expressa de pessoa determinada como autoria da infra o e no delito de Comunica o falsa de crime ou contraven o não há essa indica o.

Se um dos pais comunica, falsamente, que o filho foi molestado sexualmente logo após retornar da casa do outro, houve uma comunica o de crime sem citar pessoa determinada.

Como no crime de Denncia o caluniosa,   indispensável que o agente ativo saiba da inocência de quem   imputado o crime e, também, que haja o fim de provocar a autoridade, ou ao menos se assuma o risco.

Calúnia

Art. 138. *Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:*

Pena - deten o, de seis meses a dois anos, e multa.

  1  - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputa o, a propala ou divulga.

  2  -   punível a calúnia contra os mortos.

Exce o da verdade

  3  - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de a o privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato   imputado a qualquer das pessoas indicadas no não I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de a o pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Para que se caracterize a Calúnia, deve haver uma falsa imputa o de fato definido como crime (não se admitindo fato definido como contraven o penal, que poderá ser tipificado em outro dispositivo) de forma determinada e específica, onde, outrem toma conhecimento.

Não basta simplesmente ser uma afirma o vaga sem nenhuma descri o do fato criminoso como, por exemplo, dizer que tal pessoa   um ladrão.

Deve haver uma “narrativa” do fato falsamente imputado, com o mínimo de entendimento que tal fato tenha “começo meio e fim” (ainda que de forma não detalhada).

Exemplo a ser dado, tomando por base o nosso contexto, é o de uma pessoa imputar a outra, falsamente, a seguinte situação: “A” (pai) abusou sexualmente de “B” (filho), pois estavam dormindo juntos, onde, “A” prevalecendo-se de sua condição de pai, praticou tal ato.

A narrativa, ainda que breve, teve começo: “A” abusou sexualmente de “B”; meio: “pois estavam dormindo juntos”; e fim: “sendo que “A” prevalecendo de sua condição de pai, praticou tal ato”.

Os três tipos penais citados são os mais comuns e corriqueiros no dia-a-dia, porém, o que se deve levar em conta é o estrago moral e psicológico de quem recai a imputação.

Não podemos admitir, em hipótese alguma, que a mera suspeita de uma acusação leviana se torne verdade absoluta.

Pode até parecer absurdo para algumas pessoas que isso venha ocorrendo em pleno século XXI, mas deixará de ser quando a situação for consigo.

Nada é mais nojento, impuro, nefasto do que um crime contra a dignidade sexual e devemos, sempre, repudiá-lo em todas as suas formas, mas utilizá-lo, falsamente, para anseios próprios e de forma ardilosa é tão reprovável quanto quem o comete de verdade.

Por isso, o cuidado na apuração dos fatos deve sempre prevalecer antes de qualquer atitude impulsiva, seja por parte da sociedade, polícia, judiciário, respeitando o princípio constitucional da presunção de inocência.

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTERIO PÚBLICO DO
RIO GRANDE DO SUL
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
MATO GROSSO

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

LUDMILA PEREIRA ARAUJO

**A NECESSIDADE DE PRIORIZAR AS DEMANDAS COLETIVAS
FRENTE ÀS PRETENSÕES DE NATUREZA INDIVIDUAL: FORMA
DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO JUDICIAL AOS DIREITOS SOCIAIS.**

Cuiabá-MT

2012

LUDMILA PEREIRA ARAUJO

A NECESSIDADE DE PRIORIZAR AS DEMANDAS COLETIVAS FRENTE ÀS
PRETENSÕES DE NATUREZA INDIVIDUAL: FORMA DE AMPLIAÇÃO DO
ACESSO JUDICIAL AOS DIREITOS SOCIAIS

Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, em convênio com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Luiz Manoel Gomes Junior

Cuiabá-MT

2012

LUDMILA PEREIRA ARAUJO

**A NECESSIDADE DE PRIORIZAR AS DEMANDAS COLETIVAS FRENTE ÀS
PRETENSÕES DE NATUREZA INDIVIDUAL: FORMA DE AMPLIAÇÃO DO
ACESSO JUDICIAL AOS DIREITOS SOCIAIS**

Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, em convênio com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovada em ____/____/____ pelos membros da Banca com menção _____

(_____).

Luiz Manoel Gomes Junior
FESMP-MT

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Diretor Geral: Prof. José Antônio Borges Pereira
FESMP-MT

Verdade

A porta da verdade estava aberta,
Mas só deixava passar
Meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
Porque a meia pessoa que entrava
Só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
Voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arreentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
Onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
Diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
Seu capricho, sua ilusão, sua miopia.
(Carlos Drummond de Andrade)

Dedico este trabalho aos meus pais, Afrânio e Vera, que sempre me influenciaram a enxergar o mundo de uma maneira mais crítica, sem, contudo, deixar de acreditar e fazer valer para que ele possa vir a se tornar melhor um dia.

RESUMO

A análise do emprego de instrumentos jurídicos para o controle dos direitos sociais é assunto que tomou peso nos últimos tempos e, apesar das críticas ao instituto, tornaram-se frequentes as decisões judiciais concedendo tais prestações. Contudo, a utilização desenfreada e desmedida do controle judicial sobre os direitos sociais é situação que preocupa, visto que o recurso público para políticas sociais é escasso e a sociedade deve ser atendida da maneira mais justa possível. Desta forma, é necessário expor parâmetros à atuação judicial, dando prioridade às demandas de ordem coletiva. Tudo isso para concluir que os problemas que vêm sendo observados quando da utilização do controle judicial não são páreos para negar o instituto, mas, tão somente, para conscientizar sobre a melhor forma da sua utilização.

Palavras chave: Direitos sociais; Políticas públicas; Poder Judiciário; Controle judicial; Ação Coletiva; Processo Coletivo.

ABSTRACT

The analysis of the use of legal instruments for the control of social rights is a matter that took weight in recent times and, despite criticism of the institute, became frequent court decisions granting such benefits. However, uncontrolled and excessive use of judicial review on the social situation is worrying, since the public resource is scarce for social policy and society must be met in the fairest way possible. Thus, it is necessary to expose parameters to judicial action, giving priority to the demands of a collective. All this to conclude that the problems have been observed when the use of judicial review is not to deny the institute, but merely to raise awareness on how best to use.

Palavras chaves: Social rights, public policies, Judicial review, Collective Action, Collective Process.

SUMÁRIO

| | | |
|----|---|----|
| 1. | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2. | BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DO CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E DAS AÇÕES COLETIVAS | 10 |
| | 2.1 Breve Histórico dos Direitos Fundamentais | 10 |
| | 2.2 Breve histórico do Controle Judicial dos Direitos Sociais | 14 |
| | 2.3 Breve histórico das Ações Coletivas | 16 |
| 3. | AS DISFUNÇÕES E OS PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS: O USO EXACERBADO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS | 19 |
| | 3.1 A utilização exacerbada das demandas individuais | 21 |
| | 3.2 Prioridade para a solução mais econômica | 27 |
| | 3.3 Intensidade do Controle Judicial atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas | 28 |
| 4. | A AÇÃO COLETIVA E A OBTENÇÃO DA IGUALDADE FORMAL | 29 |
| 5. | PARÂMETROS IDENTIFICADORES DA PRIORIZAÇÃO DA DEMANDA COLETIVA FACE À DE NATUREZA INDIVIDUAL | 33 |
| | 5.1 Universalidade da prestação: garantia de acesso à justiça e economia processual | 33 |
| | 5.2 A atuação do Ministério Público: garantia técnica e maior participação da sociedade | 36 |
| | 5.3 Menor desorganização da Administração Pública | 39 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 41 |
| 6. | BIBLIOGRAFIA | 43 |

1. INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional e a possibilidade de sua exigência através de ações judiciais têm sido temas muito debatidos nos últimos anos no Brasil.

Até meados da década de 90, parte predominante da doutrina e da jurisprudência entendiam os direitos sociais como normas programáticas, apenas. Esta situação impedia a efetividade da cobrança de tais direitos via ação judicial. Atualmente, a situação se inverteu e, apesar de haver críticas quanto à possibilidade do instituto, é certa sua aceitação e concessão por parte do judiciário brasileiro.

Nas palavras do Professor Daniel Sarmiento¹:

Atualmente, pode-se dizer que o Poder judiciário “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Contudo, pela real aceitação deste controle, cada vez mais tem aumentado procura pela via judicial para a efetivação das referidas garantias, ocorrendo quase que um fenômeno da matéria, situação que traz questões complexas e que não podem ser ignoradas. Dentre estas, o problema da escassez dos recursos públicos e os custos para o atendimento dos direitos sociais.

Outro impasse, também, é a obtenção do acesso igualitário à justiça, visto que o Brasil é um país que deixa muito a desejar neste quesito. Pesquisas revelam que a maior parte dos reclamantes pelo controle judicial dos direitos sociais pertence à classe média.

¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 554-555

Isto acaba por construir um paradoxo, pois os segmentos mais excluídos da população, que deveriam ser os beneficiados dos direitos sociais, em nome da promoção da igualdade material, dificilmente recorrem ao Poder Judiciário, permanecendo a concessão de políticas públicas, quando advindas da cobrança pelo meio judicial, aos que, teoricamente, não estão tão necessitados.

A situação estaria criando, neste sentido, concentração da riqueza, visto que os recursos públicos, infelizmente escassos, estão condensados aos mais bem afortunados².

Entretanto, os questionamentos expostos, não devem conduzir à rejeição do instituto, mas sim ao seu uso de forma moderada, contribuindo para a construção de parâmetros para a sua utilização. Dentre estes, o de maior relevância é a prioridade do processamento das Ações Coletivas frente às Ações Individuais.

Neste sentido, este trabalho trará uma breve análise do histórico dos direitos fundamentais, do controle judicial dos direitos sociais e das ações coletivas. Após, explicitará as disfunções do sistema e seus parâmetros, dando ênfase ao uso exacerbado das ações individuais e a solução do impasse, que é a utilização da ação coletiva.

Desta forma, o trabalho enfrentará o tema, no sentido de expor que tais disfunções não chegam a negar o instituto, mas sim a auxiliar na construção de parâmetros para a utilização deste.

² Ibid., p. 556

2. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DO CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E DAS AÇÕES COLETIVAS

2.1 Breve Histórico dos Direitos Fundamentais

A conceituação atual dos direitos fundamentais se origina de uma sucessão histórica de tais direitos, que, de acordo com a necessidade da época e do ordenamento social vigente, são formulados e “guindados ao cume da ordem jurídica”³.

Atualmente, ao se estudar os direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que a doutrina os classifica como direitos de primeira geração, segunda geração, terceira geração, sendo que já há explicações mais recentes acerca dos direitos de quarta geração.

Os direitos de primeira geração, que vão envolver garantias de liberdade e igualdade – também chamadas de liberdades individuais negativas, nascem durante a Revolução Francesa, época de combate ao absolutismo e ao império das vontades dos monarcas. Assim, tais direitos surgem na tentativa de restringir os poderes absolutistas que o Estado possuía e estabelecem limites às arbitrariedades impostas pelo clero e pela nobreza. É a busca pela racionalização do estado e sua submissão aos direitos.

Ascende, com isso, o Estado Liberal, em superação e oposição ao Estado Absolutista. Nos dizeres da Professora Luísa C. P. e Netto, há aqui a separação entre estado e sociedade, abstendo-se, tal órgão, de “promover intervenções nas searas econômica e social; o Estado podia ser comparado a um “guarda-noturno”,

³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Os Direitos Sociais como limites materiais à revisão constitucional. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 19

incumbido de zelar pela paz e segurança de forma que a sociedade ficasse livre para se desenvolver.⁴

Contudo, tais conquistas liberais de combate à intervenção do Estado eram tidas como meramente formais, pois não foram usufruídas por toda a população, mas tão somente por uma burguesia em ascensão, que florescia com suas atividades comerciais devido a não mais intervenção do Poder Absolutista. Além do não usufruto pelo restante da massa, vê-se uma opressão da mesma, em que trabalhadores eram obrigados a trabalhar sem descanso, em locais insalubres, sem uma boa remuneração.

Conseqüentemente surge, de forma paulatina, um modelo social, atenuando-se a separação do estado e sociedade, sendo concebida a ideia de que o Estado deve atuar voltado ao bem estar social e ao desenvolvimento econômico.⁵ Fala-se, aqui, em segunda geração, pois o Estado que passa a ser social, também conhecido como WELFARE STATE, começa a interpretar os clássicos direitos de liberdade sob a perspectiva da sociabilidade, no sentido de garantir igualdade material e a realização dos objetivos de justiça social.

Tais direitos se exteriorizam nos conhecidos direitos sociais e econômicos, também denominados de liberdades-positivas, passando o Estado a ser um sujeito ativo, que presta serviços e regula atividade econômica, com o fito de que sejam reduzidas as desigualdades sociais, para que seja concretizada, por fim, a igualdade material. Foi com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 que estes instrumentos sociais tiveram destaques, passando a somar com os direitos de primeira geração, sendo que vão dominar por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra, vindo com destaque para o Brasil no Governo de Getúlio Vargas, com a promulgação da CLT.

Infere-se, então, que, ao contrário dos direitos fundamentais de liberdade, que são realizados a partir da menor presença estatal, os direitos sociais se efetivam com a presença e atuação do Poder Público, tendo em vista que se configuram, na maioria das vezes, como direitos a prestações estatais.

⁴ Ibid., p. 20

⁵ Ibid., p. 23

Após a Segunda Guerra Mundial, com todas as terríveis práticas exercidas pelos nazistas, cria-se na Alemanha uma certa ojeriza com relação ao Modelo da Carta de Weimar, que passou a ser entendida como contributiva para as atrocidades ocorridas naquele país, pelo fato de os partidários ao Poder Nazista se utilizarem desta construção Constitucional para inviabilizar várias medidas do governo democrático, reduzindo, por fim, a zero os direitos humanos básicos.⁶

Em consequência, a Alemanha passou a adotar outro modelo de Carta Constitucional, conhecida como a Lei Fundamental de Bonn, entendida como norma-fim do Estado, que afasta o tratamento das normas de caráter programático pela Constituição, deixando no corpo da Lei Constitucional apenas o que for tarefa e direção obrigatória para a atuação estatal.⁷

Ressalta-se que a lei alemã de 1949 vai influenciar em grande escala os sistemas jurídicos internacionais, dentre eles o Brasil.

Cria-se, no sistema brasileiro interno, variada discussão sobre a adoção dos institutos lá utilizados, até mesmo quando da discussão da possibilidade do controle judicial dos direitos tidos como de caráter prestacional, situação que será tratada mais abaixo.

Ainda concernente à evolução dos direitos tratados neste tópico, ressalta-se que não só o sistema nazista, como também o fascista, salazarista e demais regimes totalitários ou autoritários, e suas respectivas atrocidades decorrentes, vão fazer surgir os direitos de solidariedade ou de fraternidade no rol dos direitos humanos, direitos também conhecidos como de terceira geração. São eles de titularidade coletiva, pois visam não à proteção dos interesses de um único indivíduo ou de apenas um grupo, mas sim de todo o gênero humano. Dentre tais direitos, pode-se mencionar o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Foram eles proclamados pela Declaração Universal dos Direitos

⁶ 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, 2002. p. 43-45

⁷ Ibid., p. 48

Humanos, de 1948, sendo posteriormente incorporados às Constituições de diversos países. A Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, é grande referência no que se refere à inserção de normas que visam à proteção do meio ambiente, bem como de outros direitos de solidariedade.

Conforme nos ensina Paulo Bonavides, a respeito dos direitos de terceira geração:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses do indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta(...). Emergiram eles de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.(BONAVIDES, 2009, p. 569)

Há, também, uma propensão para o reconhecimento de direitos que formariam uma quarta dimensão, tendo em vista a globalização dos direitos fundamentais. Esta formação, nos dizeres de Paulo Bonavides, deve-se à política neoliberal, que prega a dissolução do Estado nacional e o afrouxamento dos laços da soberania. A despolitização causada pela globalização vai fazer com que surjam direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.⁸

Desta forma, observa-se que estes direitos coexistem no ordenamento jurídico, cada qual com a sua finalidade, sendo que a existência de um grupo não requer o desaparecimento do outro.

⁸ Ibid., p. 572

2.2 Breve histórico do Controle Judicial dos Direitos Sociais

A possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro. Ao mesmo passo que surgem os direitos fundamentais em diferentes gerações, ocorre a transformação do entendimento jurídico a respeito do que deve ser garantido ao cidadão.

Conceituando a matéria dentro da ascensão vista no Brasil, tem-se que, no passado não muito longínquo, ainda com a aceitação dos direitos fundamentais em uma escala de primeira geração, predominava a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador.

Em suma, por mais que as prestações sociais já estivessem positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador assim determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria.⁹

Todavia, este ponto de vista começa a ser superado em meados da década de 1990, a partir de decisões judiciais que passam a determinar a entrega de medicamentos para portadores do vírus HIV. Neste sentido, a RE 271286/RS, Relator Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000¹⁰:

AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de

⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 515.

¹⁰ Disponível na Internet: <
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(271286.NUME.%20OU%20271286.DMS.\)\(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocratica](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((271286.NUME.%20OU%20271286.DMS.)(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocratica)>. Acesso em 20 de junho de 2012.

medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. (...) O caráter programático da regra inscrita no Art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...)

Neste mesmo sentido, há outros julgados, tais como RE 255627/RS, Rel. Ministro Nelson Jobim¹¹; e RESP 353147/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto¹².

Sem contar que, desde então, sucessivas decisões a respeito do mesmo tema vêm sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, convalidando a ideia contemporânea de atuação judicial com relação aos direitos sociais.

Aqui, cita-se uma decisão representativa dessa nova orientação:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (STF, RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006)

Nos dizeres de Cláudio P. De Souza Neto, tal ativismo judicial origina-se de uma série de fatores, sendo eles: aprovação da Constituição de 1988, considerada

¹¹ STF, RE-AgR 255627/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 23.02.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28255627%2E+OU+255627%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acessado em 29 de agosto de 2012.

¹² STJ. RESP 353147/DF. Rel. Min. Franciulli Netto. DJ 18.08.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=353147&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>> Acessado em 29 de agosto de 2012.

ativista e afirmativa da normatividade constitucional, sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo e superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional¹³.

Desta forma, resta certo que tais fatores acabaram por firmar a concretização judicial de direitos sociais no contexto presente e, por mais que ainda haja alguns óbices em grande parte argumentados pelo próprio poder Executivo e Legislativo, quando da busca pela não efetivação da justiciabilidade, isto não chega a negar o Instituto, mas capaz de demonstrar que há certas críticas e ideais contrários à atividade de controle.

2.3 Breve histórico das Ações Coletivas

As ações coletivas, pelos ensinamentos de Freddie Didier e Hermes Zaneti, possuem antecedentes de cunho grego, romano e anglo-saxão, bem como uma biografia de forma não linear¹⁴.

No que tange aos antecedentes históricos de cunho grego e romano, há conhecimento da utilização de ação popular em defesa das “*rei sacrae, rei publicae*”, em que ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública, com o fundamento de que a República pertencia ao cidadão.

Quanto ao antecedente de cunho anglo-saxão, mais íntimo da visão brasileira e norte-americana, a tradição estava atrelada à legitimação processual e à necessidade do litígio possuir adequada representação¹⁵.

Contudo, quando da época do iluminismo e do liberalismo, acentuou-se a ideia de liberdades individuais negativas. Esta situação influenciou diretamente o

¹³ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 516

¹⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 23

¹⁵ Ibid., p. 24

processo civil, que se voltou totalmente às ideias de autonomia da vontade e propriedade individual, considerando o direito de agir como de competência exclusiva ao titular do direito privado. Neste sentido, somente ao titular do direito lesado é quem cabia a decisão sobre a propositura da demanda¹⁶. Assim, explicita os citados autores:

Era o início do Estado-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura “Era dos Códigos”. Neste projeto jurídico não havia mais espaço para o direito da coletividade no sistema, as preocupações sistemáticas voltavam-se apenas para o indivíduo, a formação de sua personalidade jurídica, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial. (DIDIER; ZANETI, 2010, p. 24)

No Brasil, com a chegada da “Era dos Códigos” e com a criação do Código Civil de 1916, que passa a regular as relações jurídicas de direito privado civil, institui-se uma nova fase, no sentido de que nenhum outro diploma poderia interferir na regulação do direito civil. Assim, com essa formatação de cunho individualista, voltado para a propriedade individual, afasta-se, na época, qualquer abertura para as tutelas coletivas¹⁷.

Entretanto, na década de 70, período conhecido como de redemocratização, em que há valorização do Ministério Público, aliado a certa influência dos estudos dos processualistas italianos, bem como ao ativismo judicial por parte de renomados nomes no processo civil, como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, as ações coletivas começam a tomar força.

Sobre o assunto¹⁸:

Como bem salienta Vigoritti, não se trata de novidade a união popular em torno de certos interesses, muito menos o embate para a realização, efetivação e consagração desses mesmos interesses. A novidade, dentro do sistema posto, aparece quando esta união aspira à tutela jurisdicional como a solução para os conflitos. Tal postura é um voto de confiança no

¹⁶ Ibid., p. 24

¹⁷ Ibid., p. 25

¹⁸ Ibid., p. 41

sistema, e, ao mesmo tempo, uma expressão da radical vontade de sua renovação. Também é nova a aspiração de receber a tutela jurisdicional na dimensão real, coletiva, bem como a busca de espaço nas instituições processuais, para solucionar essa procura.

Tal visão passa a ser entendida como meio de fomentar maior participação democrática e economia processual¹⁹.

Assim, no intuito de uma prestação judicial efetiva e participativa, a Constituição Federal de 1988 muda imensamente a questão processual, trazendo nova roupagem aos direitos fundamentais, incluindo, entre estes, os direitos coletivos.

Após, ainda há o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a partir do que explicita o art. 5º, XXXII, da CF/1988, dispondo em um de seus títulos o conceito dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, que, até então, eram vistos de forma conturbada, pois não eram esclarecidos por nenhuma legislação.

Além do que, o CDC, ao tratar matérias referentes às ações coletivas, como a sua competência, acabou por criar um microsistema processual para elas. Ademais, outras legislações também contribuem para a formação do citado, como a Constituição Federal, Lei da Ação Civil Pública e Lei da Ação Popular.

¹⁹ Ibid., p 44

3. AS DISFUNÇÕES E OS PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS: O USO EXACERBADO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS

Diante do exposto no capítulo anterior, é evidente que ainda há discussão sobre a aplicação do instituto do controle judicial no Brasil, seja pela sua aceitação, seja pela sua negação.

Florian F. Hoffmann & Fernando R. N. M. Bentes, no artigo em que discorrem sobre a abordagem empírica na Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil, afirmam que as decisões dos tribunais quanto ao tema podem ser divididas em quatro vertentes²⁰:

Segundo a primeira, os direitos a saúde e educação derivam essencialmente de um conjunto de direitos civis individuais. A segunda perspectiva os encara como direitos sociais coletivos, de natureza predominantemente programática, passíveis de serem negativamente acionáveis nos casos de não-efetividade. A terceira os vê como concretizados no âmbito de estruturas regulamentares, como o SUS ou o FUNDEF, baseadas nos princípios da Administração Pública, tais como conveniência orçamentária e licitações públicas. A quarta perspectiva, por sua vez, vê neles a coisa pública cuja gestão está sujeita a escassos recursos econômicos,, a serem devidamente apropriados pelas áreas de decisão democraticamente legitimadas, e não por juízes que não foram eleitos.

Apesar desse impasse que se faz sobre o Controle Judicial dos direitos sociais, conforme pode se inferir deste último citado e de tantas outras leituras sobre o tema, é evidente que o instituto é muito utilizado, sendo que os exemplos na área de saúde, educação, moradia, dentre outros são claros.

²⁰ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M.. A litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 395

Ocorre que a sociedade, não atendida pelo Estado, quando se depara com a atuação judiciária sobre o direito social, acaba, cada vez mais, a procurar a solução por tal via.

Com a ocorrência deste fenômeno, o que se começa a verificar é o impacto orçamentário que o total agregado de litígios passa a produzir. Os professores Hoffmann e Bentes, no citado artigo sobre o tema, publicaram dados de que no Estado do Paraná, por exemplo, o custo extra de remédios concedidos judicialmente disparou de cerca de R\$ 200 mil, no ano de 2002, para R\$ 14 milhões, só durante o primeiro semestre de 2007²¹.

Aliado a isto, infere-se a aplicação do instituto, por grande parte dos juízes, sem comprometimento com a análise substancial do custo ou impacto econômico de suas sentenças²². Sobre os dados pesquisados, os autores descrevem as argumentações, tanto dos autores, réus e, até mesmo, dos juízes, no sentido de que estão atreladas às mesmas explicitações, a um modelo.

Ademais, dois problemas encontrados, também, na análise dos doutrinadores são a “não-avaliação de evidências técnicas e a ausência generalizada de perícia técnica, no judiciário”²³.

Afirmam que, no ano de 2001, o número assoberbado de ações requisitando acesso ao Kaletra, tratamento utilizado para o HIV/AIDS, fez com que juízes dessem ganho de causa às referidas ações sem primarem pela avaliação da receita e diagnóstico específico de cada paciente. Posteriormente, foi comprovado que não consistia em urgência médica a utilização de tal medicamento, levando à conclusão de que “juízes, reclinados sobre receitas inadequadas e apoiados na retórica de uma emergência de vida e morte, eram uma presa demasiado fácil para essas “receitas que caem em moda”, científica e economicamente insalubres.”²⁴

²¹ Ibid., p. 415

²² Ibid., p. 415

²³ Ibid., p. 406

²⁴ Ibid., p. 406-407

Além de tudo, apesar do sucesso da ação judicial ser condição necessária para seu direito, a concessão do bem ou serviço ao autor só acontece através do cumprimento de sentença, sendo que há casos consideráveis de problema com esta efetividade. Um dos motivos é o estilo formalista das sentenças concessivas de direitos, que, em sua grande parte, não contêm instruções específicas de cumprimento para a relevante autoridade pública, cabendo a tarefa de providenciar o cumprimento da sentença e de assumir ação executória ao próprio litigante²⁵.

Sobre o assunto, os doutrinadores explanam²⁶:

Isto deixa essencialmente ao demandante ou à Defensoria Pública a tarefa de providenciar o cumprimento das sentenças e de assumir ação executória, se necessária. Na verdade, parece haver um considerável desgaste entre os autores porque lhes é constantemente dito que alguns, ou todos, os remédios requeridos e ordenados judicialmente não estão disponíveis. O mais frequente não é a farmácia pública em apreço negar cabalmente o fornecimento do remédio, mas sim prometer entregá-lo no futuro, o que poderá cessar posteriormente. Em qualquer dos dois casos, são invocadas dificuldades logísticas. Em consequência, muitos autores carentes acabam convencendo-se de que mesmo uma ação de cumprimento imposta pela Defensoria Pública não fará diferença alguma.

Consequentemente, muitos autores desprovidos do conhecimento jurídico básico acabam se convencendo de que a ação não fará diferença alguma.

3.1 A utilização exacerbada das demandas individuais

Em consonância ao que exposto acima, ainda resta o fato de que a aceitação das demandas por parte do judiciário é ainda dividida em duas frentes,

²⁵ Ibid., p. 408

²⁶ Ibid., p. 408

uma que outorga direitos e outra que os restringe, sendo que a primeira domina quanto às ações individuais, já as segundas tem haver com as ações coletivas.²⁷

No trabalho publicado por Hoffmann e Bentes, mais precisamente quanto aos casos estudos de direito à saúde e educação, pois são eles os casos que mais se extraem a atuação judicial no controle da concessão de tais direitos, constatou-se o seguinte²⁸:

“em relação ao primeiro, constatou-se que a grande maioria de ações individuais em direitos à saúde é bem sucedida. Logo abaixo vêm ações civis públicas no âmbito da educação, com uma frequência muito inferior, porém índices razoavelmente altos de sucesso, e em seguida as ações civis públicas no âmbito dos direitos de saúde, com baixos índices de frequência e de êxito.

Isto posto, o que ocorre é que, apesar da crescente aceitação dos direitos fundamentais, da ideia de que os direitos sociais não se tratam apenas de normas programáticas, dos valores sociais e comunitários, o Judiciário, de uma maneira geral, evita enfrentar questões de ordem coletiva.

No âmbito jurídico ainda há muita simpatia às ações individuais, criando a convicção generalizada de que os citados processos têm muito mais probabilidade de êxito do que as ações coletivas, que estão menos propensas ao sucesso e correm o risco de uma reação negativa por parte de um judiciário, como dito acima, simpático às ações individuais²⁹.

Desta forma, a perspectiva da restrição de direitos é comum às ações civis públicas, tornando-as mais raras. Sem contar que esta linha de argumento ainda encontra amplo eco junto ao judiciário, que prossegue cauteloso para não ser visto como um poder político nem como um invasor da área responsável por diretrizes políticas³⁰.

²⁷ Ibid., p. 401

²⁸ Ibid., p.407.

²⁹ Ibid., p.407-408

³⁰ Ibid., p. 401

Os autores explicam³¹:

As ações civis públicas formais passam por um grau muito maior de escrutínio judicial e são menos bem sucedidas do que ações individuais, em grande parte por causa da reticência do judiciário em subscrever propostas que comumente não passam de razoavelmente detalhadas políticas públicas da parte do MP.

Contudo, sobre o tema da demanda individual, apontando especificamente o caso dos direitos sociais à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo, Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari, no trabalho intitulado “Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo”, demonstram através de dados como o Poder Judiciário vem encarando o caso especificado acima.

Concluem que, entre 1997 e 2004, todos os autores processuais tratavam-se de individuais, sendo que 67% deles estavam representados por advogados particulares e destes, 23,8% possuíam o apoio de associações.³²

Os discursos dos juízes subsidiaram a condenação do Estado em 96,4% dos casos analisados. O Estado foi condenado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (9,6% dos casos analisados). Observou-se que 100% dos processos estudados foram propostos por autores individuais; em 77,4% o autor requer o fornecimento de medicamento específico de determinado laboratório farmacêutico e; em 93,5% dos casos, os medicamentos são concedidos judicialmente ao autor em caráter de urgência, por meio de medida liminar.³³

³¹ Ibid., p. 410

³² MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>. P. 4. Acesso em 10 de julho de 2012

³³ Ibid., p. 1

Conclui-se, desta pesquisa, que a atuação judiciária no campo social tem favorecido, predominantemente, a classe média, sendo que os mais pobres continuam excluídos do acesso à justiça.

Sem contar que em nenhum processo individual há condições de sobrepor a sua influência além do seu objeto imediato.

Quanto a este tema, Daniel Sarmiento também condena a tendência ainda presente no Judiciário³⁴:

No sistema processual brasileiro, os direitos sociais podem ser assegurados judicialmente através de ações individuais ou de demandas coletivas. Todavia, o Poder Judiciário brasileiro tem se mostrado, de um modo geral, muito mais generoso nas ações individuais do que nas coletivas, o que, na minha opinião, gera uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema.

Com efeito, apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média. (...) Nas ações individuais, o raciocínio judicial deveria ser o mesmo. Contudo, aqui é muito mais fácil para o juiz “tapar o sol com a peneira”, e conceder “com o coração” qualquer prestação demandada”.

Destarte, apesar da aceitação pela demanda individual ainda ser maior do que a de cunho coletivo, a verdade é que esta última proporciona maiores afirmações ao instituto do controle judicial de direitos sociais.

Ademais, a existência dessas disfunções não pode ser argumentação para negar o instituto, mas tão somente para delinear a atuação judicial quanto ao tema social. Neste sentido, segue abaixo alguns parâmetros para o Controle Judiciário, adicionados à argumentação da prioridade da ação coletiva, cerne desta monografia.

³⁴ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 584

Conforme será visto no próximo capítulo, para a resolução dos excessos de demandas, desorganização do orçamento público e outros problemas do controle judicial, deve ser dada prioridade às demandas de cunho coletivo.

Primordialmente, as decisões proferidas em ação coletiva, apesar de terem sido propostas por determinado grupo, vão atender não apenas aos que estão envolvidos diretamente na lide, mas também a todos aqueles que se encontram nas mesmas condições, o que garante a universalidade da prestação.

Isto acaba desencadeando no fato de que tais decisões desorganizam menos a Administração Pública se comparado às de interesse tão somente individual, pois por mais que possam alterar o rumo da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras, é certo que não desordenará a atuação do administrador como assim ocorreria no caso de centenas de decisões particulares.

Além do que, nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos, pois antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público, por exemplo, pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados.

Ademais, resta claro que há maior participação da comunidade a partir da ocorrência de concessões de efetivação dos direitos sociais por parte do Judiciário. Dessa forma, a priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil.

Ainda, a priorização das ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais.

Soma-se a tudo isto, também, o fato de que, nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política pública no orçamento. Grande parte das objeções acima formuladas perde densidade quando as decisões judiciais são proferidas em ações coletivas.

O parâmetro de priorização das ações coletivas não abomina a ocorrência de litígios individuais, apenas traça ideias para que o meio coletivo seja priorizado.

A atuação judiciária em litígios individuais é especialmente legítima quando a não garantia do direito social tender a causar prejuízos irreversíveis. Certos direitos são imprescindíveis como, por exemplo, a concessão do ensino pré-escolar na idade própria e a entrega de medicamentos a tempo de preservar a saúde.

Este tem sido o claro entendimento nas vias judiciais, valendo aqui reproduzir julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que trata sobre o assunto:

Não obstante os ponderosos argumentos trazidos no recurso, estou convencido de que razão não assiste ao recorrente, uma vez que no caso dos autos, encontram-se presentes os requisitos indispensáveis para autorização da liminar outrora deferida, tendo em vista que é direito de todo o cidadão e dever da União, dos Estados e dos Municípios a promoção, prevenção e recuperação da saúde daqueles que assim necessitarem, onde resta inequívoco a necessidade da agravada de auferir o medicamento necessário para o tratamento de sua enfermidade, vez que lhe faltam recursos para o seu custeio. A questão não é nova e já tem pacificação no âmbito desta Câmara Cível, sendo vencedora a tese de que tanto o Estado de Mato Grosso, como os Municípios e a União Federal, têm o dever de fornecer medicamentos de alto custo aos pacientes necessitados, independentemente destes constarem de suas listas de fornecimento.(TJMT, Número: 26890 – Ano: 2009 – Magistrado: DES. RELATOR ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO)

Há hipóteses, contudo, em que a atuação judiciária em litígios individuais é legítima mesmo que não haja risco de dano irreversível, como ocorre no caso do administrador que deixa de cumprir a lei ou de entregar as prestações que se comprometeu a fornecer em seus próprios programas. Quando, por exemplo, a Administração elabora uma lista de medicamentos e deixa de entregá-los à população, é adequado que o cidadão, individualmente, ajuíze ação tendo em vista obter imediatamente a prestação. Nesses exemplos, as objeções acima não

prevalecem, pois se está diante da contrariedade na atuação governamental, que não cumpre o que elaborado em seu programa.

O que se quer afirmar, portanto, não é a negação do uso da demanda individual, mas sim a prioridade que deve ser dada às ações coletivas frente àquela, visto que o sistema do controle judicial, em muitos casos, está sendo aplicado de forma desmedida e longe de garantir a prestação pública à parcela da sociedade que realmente a necessita.

Ademais, haverá casos, como dito, em que a ação individual deverá ser aplicada.

Desta forma, apesar das disfunções que pode apresentar o tema do controle judicial, elas não se prestam a fundamentar a não atividade do Judiciário, mas tão somente suscitar falhas e justificar parâmetros que a tornem mais racional.

Daí porque, a seguir, são delineados alguns destes parâmetros, complementando a questão da prioridade da Ação Coletiva.

3.2 Prioridade para a solução mais econômica

Diante dos institutos de alguns aspectos como a proporcionalidade, garantia do mínimo e reserva do possível, que visam traçar parâmetros para a atuação judicial, nada mais coerente de que dentre as soluções eficazes, o Judiciário deve optar pela solução mais econômica.

Neste sentido, havendo requisição da entrega de medicamento fabricado por determinado laboratório, sendo que há tal propriedade farmacológica produzida de forma genérica, o Judiciário deve optar por este último³⁵.

³⁵ Neto, op. cit., p. 542.

Deve o Judiciário agir dessa forma, pois, primordialmente, a limitação e escassez de recurso público cria essa obrigação para tal Poder, até para que a medida possa ser universalizada.

Ademais, o administrador pode normalmente considerar outros critérios, estabelecendo padrões mais estritos e específicos de qualidade, tendo em vista todas as características técnicas que possui, dando-lhe efetividade e confiabilidade para assim atuar. Já o Judiciário, contudo, que por mais que possa se valer de peritos para avaliação da lide, é, de certa forma, desprovido de capacidade técnica para análise da questão, devendo atuar abalizado por certos critérios, sendo um deles o econômico, devendo priorizar, então, a solução que depende menos gastos.

3.3 Intensidade do Controle Judicial atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas

A atuação judicial deve estar interligada ao grau de execução efetiva do orçamento que a Administração Pública aplica no campo social, o que leva a crer que a intensidade do controle judicial é inversamente proporcional à atuação administrativa nos direitos sociais.

Assim, se há investimentos consistentes, o Judiciário deve intervir de modo mais moderado. “Os governos que priorizam, no orçamento e em sua execução, a garantia de direitos sociais têm reforçada a presunção de constitucionalidade de suas opções orçamentárias”³⁶. Entretanto, se os investimentos da Administração Pública estão atrelados a obras sem qualquer ligação com o caráter social, tendentes à exuberância e ao aspecto faraônico, resta claro que o rigor do controle jurisdicional deve ser mais intenso.

³⁶ Ibid, p. 543

4. A AÇÃO COLETIVA E A OBTENÇÃO DA IGUALDADE FORMAL

A sociedade humana contemporânea é formada por conflitos e interesses que, muitas vezes, envolvem grupos determinados ou não. Em face desta situação, os valores individuais tradicionalmente conhecidos são abafados frente a esta coletividade que não mais tem lugar para o homem enquanto indivíduo isolado.

Aliado a isto, está o fato de que o direito, como ciência social que é, deve acompanhar a evolução humana. Assim, o direito material e processual devem sofrer alterações para conseguirem atender a estas novas necessidades.

Professor Moreira, falando sobre tais mudanças, expõe³⁷:

A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu, há dois séculos, e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith, explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se veem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores.

É, diante disto, que surgem as ações coletivas, no fito de que o processo deixe de tutelar tão somente o direito individual para abranger a preservação de valores e bens que envolvem grupo social. Assim, o litígio acaba cedendo lugar a

³⁷ Citado em BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 177965. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurlImagem/frame.asp?registro=199800423427&data=23/08/1999>>. Acesso em 10 de julho de 2012.

uma concepção social, a qual reclama pela efetividade e eficiência do meio instrumental³⁸.

É a busca pela viabilização não só do acesso aos tribunais, mas sim, do acesso à ordem jurídica justa e satisfatória, à obtenção do bem-estar.

Até mesmo porque, o processo servirá como meio para a obtenção do direito material. Sobre isso, diz Watanabe³⁹:

(...)o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denomina substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.

Desta maneira, resta evidente que, por mais que grande parcela do Judiciário, ainda tenha tendência em conceder os pedidos das demandas individuais, esquivando-se de enfrentar a ação coletiva, não há dúvida de que esta última forma de ação está cada vez mais presente e tem sido cada vez mais debatida. Infere-se, assim, a necessidade crescente de seu enfrentamento.

Neste sentido, afirma-se, mais uma vez, a prioridade do processamento das demandas coletivas em face das individuais. Inclusive, sobre este assunto, há artigo no Projeto de Lei n.º 5139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, conforme⁴⁰:

³⁸ BRUGNERA, Tatiana. A Prioridade de Processamento das Ações Coletivas e o Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível: < http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1890.html> Acesso em 10 de julho de 2012

³⁹ Citado por LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 120. APUD BRUGNERA, Tatiana. A Prioridade de Processamento das Ações Coletivas e o Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível: < http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1890.html> Acesso em 10 de julho de 2012

⁴⁰ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>> Acesso em 02 de setembro de 2012.

Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

(...)

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

O citado possui amparo no artigo 16 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América⁴¹, que diz que o juiz deverá dar prioridade às demandas coletivas quando caracterizado manifesto interesse social, aferível pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Desta forma, envolvendo a ação um número substancial de pessoas e se tratando de direitos de cunho social, resta certo que o critério de interesse social estará preenchido.

Assim, por envolverem valores sociais, requerem tratamento prioritário, não configurando situação de abuso ou desrespeito ao princípio da igualdade.

O que se busca, aliás, é a efetiva aplicação do Princípio da Igualdade, qual seja, a sua forma material, de que deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Aceitar a argumentação contrária é efetivar tão somente a visão formal do Princípio. Sendo que, aplicar o Princípio da Igualdade de forma completa é justamente priorizar a ação coletiva face à demanda individual.

Faz-se o uso da forma igualitária material através da sobreposição de algo, impondo a análise da razoabilidade e da desigualdade desta valorização e a análise da existência de motivação suficiente que garanta sua legitimidade.

Destarte, justifica-se a referida priorização, visto que um dos fatores discriminatórios está no número de pessoas envolvidas nas ações coletivas, que são infinitamente em maior número. O objetivo da tutela a ser alcançada em juízo não é a declaração de um direito pessoal, mas a efetivação de um direito material de uma coletividade.

41

Disponível

em:

<

http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf

> Acesso em 10 de julho de 2012.

O que se infere, então, é que há, entre as ações coletivas e individuais, um número diverso de pessoas, que, em alguns casos, apesar de estar propondo valores não tão diferentes, o cunho social das mesmas é distinto, visto que a última envolve todo um grupo de pessoas, merecendo, então, tratamento diferenciado.

Como dito, são analisados os conceitos da razoabilidade e proporcionalidade para a desproporção de um direito frente a outro. A primeira exige uma relação entre critério e medida adotada, enquanto a segunda exige uma relação de causalidade entre meio e fim.

Assim, a hipótese de priorização da ação coletiva é a medida a ser adotada, tendo como critério determinante para a sua aplicação a devida relevância social do caso.

Resta evidente, então, tudo o que já exposto acima, que é necessária a priorização da Ação Coletiva, estando ela calçada na sua relevância social, aferível pela natureza do bem jurídico que representa, pelas características da lesão e, muitas vezes, pelo elevado número de pessoas atingidas.

Portanto, a referida sobreposição da ação coletiva vai discriminar o uso de uma demanda face à outra, porque há uma razão de ser para isso tudo. Somente assim, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, é que há prestação judicial justa e efetiva para todos e que as parcelas mais abastadas da sociedade terão seus direitos garantidos.

5. PARÂMETROS IDENTIFICADORES DA PRIORIZAÇÃO DA DEMANDA COLETIVA FACE À DE NATUREZA INDIVIDUAL

As críticas que se fazem ao Controle Judicial dos direitos sociais são importantes para justificar o critério da hipossuficiência a que deve atentar o instituto, visto que não há recurso público suficiente para atender a toda a população de maneira desregrada. Assim, deve ser garantida a entrega imediata de bens e serviços, primordialmente, para os que não possam provê-los com recursos próprios.

Como dito no capítulo anterior, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade são os meios empregados para o Judiciário poder mediar na utilização da prioridade das Ações Coletivas face as de natureza individual quanto ao controle judicial dos direitos sociais.

Portanto, cabe ponderar que tal atuação apresenta seus impasses, tratados quando da exposição das disfunções. Contudo, como já explicitado, tais falhas devem ser usadas na construção de parâmetros para a aplicação do Controle.

No capítulo 2, foram expostos alguns parâmetros gerais. Abaixo, seguem outros que justificam a prioridade das ações coletivas.

5.1 Universalidade da prestação: garantia de acesso à justiça e economia processual

As decisões proferidas em ações coletivas, apesar de terem sido propostas por determinados legitimados, vão atender não só a estes, mas também a todos

aqueles que se encontram nas mesmas condições, o que garante a universalidade da prestação.

O assunto é, inclusive, um dos princípios que norteia o estudo das demandas coletivas, o Princípio da Universalidade da Jurisdição. Segundo, o qual, o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.

Sobre o tema, a professora Ada Pellegrini Grinover faz uma comparação com as demandas de cunho individual, conforme segue⁴²:

O princípio da universalização da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada. Mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição.

Além do que, a universalidade da prestação vai evitar que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais, fazendo valer outro Princípio do Processo Coletivo que é o Princípio do Acesso à Justiça, que deve não só garantir o direito de acesso aos Tribunais, como também acesso garantido por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados.

Nas palavras da Professora Ada Pelegrini, citando Mauro Cappelletti, explicita⁴³:

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf> p. 2. Acesso em julho de 2012.

⁴³ Ibid., p.2

Um dos mais sensíveis estudiosos do acesso à justiça – Mauro Cappelletti – identificou três pontos sensíveis nesse tema, que denominou “ondas renovatórias do direito processual”: a – a assistência judiciária, que facilita o acesso à justiça do hipossuficiente; b – a tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam levados aos tribunais; c – o modo de ser do processo, cuja técnica processual deve utilizar mecanismos que levem à pacificação do conflito, com justiça.

Mais ainda, faz comparação com as demandas individuais:

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas. E o modo de ser do processo, que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre os esquemas da legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”, portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas.

Por fim, tem-se que, ao efetivar a garantia através de uma única ação, os gastos processuais, tanto do ponto de vista econômico, como da demanda por fases, será menor, visto que vários casos serão resolvidos através de uma única ação.

Desta maneira, também estará sendo efetivado outro princípio de natureza coletiva, que é o Princípio da Economia Processual, conceituado como o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais.

No âmbito do direito individual até há a aplicação do Princípio nos casos de litispendência. Entretanto, a reunião de processos individuais deve respeitar aos rígidos conceitos de conexidade, continência e litispendência.

Já no âmbito coletivo, o que vale não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido. Sobre o Assunto, Ada Pellegrini diz⁴⁴:

Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entraves à identificação das relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fenômenos acima indicados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação. Outros institutos, como o reforço da coisa julgada de âmbito nacional e a expressa possibilidade de controle difuso da constitucionalidade pela via da ação coletiva, levarão ainda mais o processo coletivo a – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – “molecularizar” os litígios, evitando o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, “atomizadas”.

5.2 A atuação do Ministério Público: garantia técnica e maior participação da sociedade

Um dos legitimados para a propositura das Ações Coletivas, o Ministério Público, é um grande aliado para a melhoria da efetivação dos direitos sociais. Este órgão, que possui autonomia e independência funcional, possui variados mecanismos para o exame técnico das medidas a serem tomadas, no fito da implantação das políticas públicas de ordem social.

A sua legitimidade para atuação, baseada nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, bem como na Lei Complementar 75/1993 e Lei 8.625/1993, permiti-lhe a utilização de vários meios para o definido alcance.

⁴⁴ Ibid., p. 2

Um destes é o Inquérito Civil, definido pelo Ministro do STF Celso de Mello Filho como⁴⁵:

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública.

Assim, através da utilização do inquérito civil, o *Parquet* pode realizar várias diligências, dentre elas: requerer exames, perícias, inspeções, requisitar documentos de autoridades da Administração Pública como um todo, requisitar meios materiais para realização de atividades específicas. Tudo isso irá auxiliar na compreensão das circunstâncias em que foram adotadas certas políticas públicas ou os motivos que levaram a omissão do poder público.

Estas diligências ajudarão a delimitar o pedido a ser formulado quando do momento da propositura de ação civil pública, se for o caso, pois, por se tratar de procedimento extrajudicial, pode ocorrer de não ser preciso nem mesmo o acionamento da máquina judiciária.

Ocorre que o Ministério Público pode se valer, também, de Recomendação e compromissos de ajustamento de condutas, garantindo a satisfação das políticas públicas de maneira mais ágil sem a necessidade de percorrer todo o processo da ação civil pública⁴⁶.

O compromisso de ajustamento de conduta, descrito pelo § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, pode ser firmado tanto no período de Inquérito Civil, como ao longo da ação civil pública. Este termo, também conhecido como TCAC, tem como

⁴⁵ Citado em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 225

⁴⁶ GONÇALVES, Leonardo Augusto. O Ministério Público e a tutela dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/130307.pdf>>. Acesso em 10 de julho de 2012

finalidade fazer com que órgãos públicos e privados atuem em conformidade com os preceitos legais, tendo força de título judicial.

Outro meio que pode o MP utilizar é a audiência pública, da qual participem a população e especialistas na matéria e, neste ponto, vale fazer uma ressalva sobre o instituto.

A audiência pública pode ser utilizada pelo citado órgão, conforme explicado pelo artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei 8625/1993, aqui transcrito⁴⁷:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:
(...)

IV - promover *audiências públicas* e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito

O objeto da Audiência pública, neste caso, não será o mesmo quando da realização pela Administração Pública, visto que não tem caráter político-governamental, mas sim para esclarecimentos das necessidades da coletividade⁴⁸.

Segundo expõe Hugo Nigro Mazzilli⁴⁹:

(...) apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo

⁴⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>

⁴⁸ SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 326-327. APUD SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

do interesse público e na defesa de interesses metaindividuais (como o efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, o adequado funcionamento dos serviços de relevância pública, o respeito ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores, aos direitos das crianças e adolescentes, à produção e programação das emissoras de rádio e televisão, etc.)

Tal instituto permite a discussão sobre a execução dos direitos fundamentais, a fim de subsidiar os membros do Ministério público com informações, além de possibilitarem a participação da sociedade na tomada de suas decisões.

Assim, resta claro que há maior participação da comunidade na discussão dos direitos a serem concretizados.

5.3 Menor desorganização da Administração Pública

Explicita-se, por fim, que uma propagação de decisões em demandas individuais, diferentes umas das outras, compromete a organização do Estado e seu orçamento. Isso acaba por gerar uma impossibilidade na implantação de Políticas Públicas para a população.

Neste sentido, a Ação Coletiva, com o devido estudo técnico posterior, que definirá o alcance de atuação, não deixará de causar impacto no orçamento público, contudo, o referido será de cunho muito menor.

Daniel Sarmiento também comenta o tema, conforme segue⁵⁰:

Por outro lado, a multiplicação de decisões em casos individuais, muitas vezes desconstruídas, pode criar um cenário caótico para o administrador, comprometendo a possibilidade do Estado de implementar com eficiência

⁵⁰ SARMENTO, op. cit., p. 585

as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população. Sob este ângulo, o tratamento judicial coletivo é preferível, por reduzir a entropia e fornecer critérios claros e gerais para a eventual correção das políticas públicas, visando à sua adequação à Constituição.

Desta forma, resta evidente que o litígio, quando concedido de forma coletiva, é benéfico tanto à sociedade, que tem seus direitos sociais garantidos, quanto à Administração, que pode ser organizada na implantação das Políticas Públicas a serem concedidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a inserção dos direitos sociais dentre aqueles necessários de efetivação, o que se vê, após as primeiras decisões neste sentido, é uma crescente tendência para tal atuação.

Este aspecto não surge de questões esparsas, mas sim de um conjunto de pensamentos e construções debatidas sobre a abrangência e eficácia dos direitos sociais, aliado ao fato de estarem eles dentre os de caráter fundamental, que devem ser prioritariamente tratados pelos poderes públicos como um todo.

Contudo, este fenômeno acaba por trazer consigo as disfunções quando da aplicação do Controle Judicial na prática, visto que das pesquisas já feitas quanto ao tema, muitas demonstram o demasiado número de ações de caráter individual, denotando que a prestação está sendo entregue, em sua grande maioria, à classe média, deixando de lado a inclusão dos menos abastados. Junto a isto, está a desorganização da Administração Pública que, muitas vezes, não consegue implantar as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população.

Mais ainda, visualiza-se que a falta de estudo técnico por parte do judiciário acaba por apresentar litígios modelos, com ações que se baseiam nos mesmo pedidos, mesmas contestações e mesmas sentenças.

Entretanto, nenhuma destas críticas chega a negar o instituto. O que se vê é que podem ser utilizadas positivamente na nova tendência, no sentido de parametrizar a aplicação judicial, pois por mais que seja ela positiva e cheia de boas intenções, a questão é que existem outros poderes, com tarefas específicas, que não podem ser subtraídas a qualquer tempo, sob qualquer argumentação.

Faz-se necessário, então, o respeito a certos critérios para que o controle judicial não se transforme de solução dos problemas em uso arbitrário do poder. Neste sentido, explicita-se que dentre tantos aspectos limitadores ao poder de atuação judicial, faz-se necessário, principalmente, a prioridade de tratamento ao

titular incapaz de arcar com os custos da efetivação de seus direitos sociais. Ademais, que tal atividade prime pela opção técnica oferecida pelo Poder Administrativo, bem como pela solução mais econômica ao caso. Além do que, o controle judicial deve estar atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas fornecidos pela Administração, fazendo com que a efetivação judicial aconteça na medida em que os outros Poderes deixam de oferecer aplicações no campo social. Por fim, há que acontecer, ainda, a priorização às ações coletivas, pois além de todos os argumentos expostos, garantem a universalidade da medida, não se esquecendo da necessidade da ampliação do diálogo entre Poder Judiciário, os outros Poderes e sociedade, realizando, dessa forma, o controle judicial das questões sociais aos que realmente necessitam de tal atuação.

Assim, vale explicitar a atualidade do tema e sua variada discussão, estando o formato do Controle Judicial dos direitos sociais e a de sua aplicação processual ainda sem acabamento perfeito e totalmente positivado. Por conseguinte, as questões aqui trazidas são partes do grande debate que envolve o tema.

Portanto, justifica-se que o que aqui tratado foi assim decidido após uma série de leituras sobre o tema, sendo os tópicos aqueles necessários para o entendimento e compreensão da discussão. Desta forma, fica esclarecido que para uma ampliação do acesso aos direitos sociais, após toda a análise empreendida neste trabalho, faz-se necessária a priorização das Ações Coletivas face às demandas de cunho individual.

6. BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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, 2002.

MOUSINHO, Ileana Neiva. **A necessidade de políticas públicas para tornar efetivos os direitos sociais**. In O MPT como promotor dos direitos fundamentais. Juliana Vignoli Cordeiro, Sebastião Vieira Caixeta, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2006. p. 146.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os Direitos Sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

Textos Eletrônicos

ANTEPROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf> Acesso em: 10 de julho de 2012.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS (CBPC-UERJ/UNESA) Disponível em: <http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>> Acesso em: 10 de julho de 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 177965. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800423427&data=23/08/1999>>. Acesso em: 10 de julho de 2012.

BRUGNERA, Tatiana. A Prioridade de Processamento das Ações Coletivas e o Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1890.html> Acesso em julho de 2012

GRINOVER, Ada Pellegrini. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO. Disponível em: http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_p_rincipios.pdf> Acesso em; 10 de julho de 2012.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>. P. 4. Acesso em 10 de julho de 2012

SILVA, José Afonso da. Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto110.htm>. Acesso em 25 de julho de 2009.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 10 jul. 2012.