

COORDENADORES

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
GILBERTO GIACOIA
EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

ORGANIZADORES

ADRIANE GARCEL
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA



EJUD-PR

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

DIREITO, JUSTIÇA & SOCIEDADE

Estudos em homenagem à criação
da Escola Judicial do Paraná





COORDENADORES

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
GILBERTO GIACOIA
EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

ORGANIZADORES

RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
ADRIANE GARCEL

DIREITO, JUSTIÇA & SOCIEDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM À CRIAÇÃO
DA ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL
DE
JUSTIÇA

CIO DA JUSTIÇA





CÚPULA DIRETIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ BIÊNIO 2021/2022



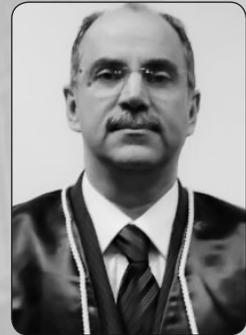
DESEMBARGADOR
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

1º VICE - PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
LUIZ CEZAR NICOLAU

**CORREGEDOR - GERAL
DA JUSTIÇA**



DESEMBARGADORA
JOECI MACHADO CAMARGO

2º VICE - PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
ESPEDITO REIS DO AMARAL

**CORREGEDOR DA
DA JUSTIÇA**



ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
OBRA: DIREITO, JUSTIÇA & SOCIEDADE
ORGANIZAÇÃO



RAMOM DE MEDEIROS NOGUEIRA

**DESEMBARGADOR E
DIRETOR GERAL DA EJUD**



RUY ALVES HENRIQUES FILHO

**JUIZ E VICE - DIRETOR
ESCOLA JUDICIAL - EJUD**



ANDERSON RICARDO FOGAÇA

**JUIZ AUXILIAR
PRESIDÊNCIA**



ADRIANE GARCEL

**ASSESSORA JURÍDICA
PRESIDÊNCIA**



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



Escola
Superior
do MPPR

DIREITO, JUSTIÇA & SOCIEDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM À CRIAÇÃO
DA ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

2021 | Curitiba





AUTORES

ADRIANE GARCEL
ACCÁCIO CAMBI
ALBERTO LUIZ HANEMANN BASTOS
ALESSANDRA MENDES SPALDING
ALEXANDRE CORREA NASSER DE MELO
ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI
ALINE ALBIERI FRANCISCO
ALINE KONER
AMANDA BORTOLI DE CASTRO
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
ANDRÉ LUÍS BORTOLINI
ANNA FERNANDA SCALLA MENOTTI
ANTONIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO
ANTÔNIO MARTELOZZO
BRUNO RINALDIN
BRUNO SMOLAREK DIAS
CÉSAR GHIZONI
CHEDE MAMEDIO BARK
CLAUDIA MARIA BARBOSA
DANIEL MARINHO CORRÊA
DENISE HAMMERSCHMIDT
Diogo de Araujo Lima
DOMINGOS THADEU RIBEIRO DA FONSECA
EDILSON VITORELLI
EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI
EDUARDO RESSETTI P. M. VIANNA
ELEONORA LAURINDO DE SOUZA NETTO
FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI
FERNANDO B. S. FISCHER
FERNANDO KNOERR
FLÁVIA JEANNE FERRARI
FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA
GABRIEL VICENTE FRANCISCON ELIAS
GABRIELA B. CHAMBERLAIN NUNES
GABRIELA M. H. DE BARROS DONATE
GILBERTO GIACOIA
GLEISON DO PRADO DE OLIVEIRA
GUILHERME CÉSAR PINHEIRO
GUILHERME DEGRAF
GUSTAVO CALIXTO GUILHERME
HERMES ZANETI JR.
HENRIQUE KURSCHIEDT
IRENE PORTELA
JAIME DOMINGUES BRITO
JORGE DE OLIVEIRA VARGAS
JOSÉ GUILHERME XAVIER MILANEZI
JORGE GUILHERME PACHECO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PALÁCIO DA JUSTIÇA

AUTORES

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
JOSÉ DE ARIMATÉIA BARBOSA
KAREN PAIVA HIPPERT
KLAUS ALMEIDA STRUECKER
LETÍCIA DE ANDRADE PORTO
LILIAN CRISTINA PINHEIRO GOTO
LUCAS GABRIEL TROYAN RODRIGUES
LUCIANA LINERO
LUIZ EDUARDO GUNTHER
LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK
LUIZ RODRIGUES WAMBIER
MARCELO GUIMARÃES RODRIGUES
MÁRCIA ASSUMPTÃO LIMA MOMM
MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS
MARIANA SARTORI NOVAK
MÁRIO HELTON JORGE
MELINA GIRARDI FACHIN
MIGUEL DE GUALANO GODOY
MIGUEL KFOURI NETO
MURILO CARRARA GUEDES
NATAN GALVES SANTANA
NATASHA MARYENE GUAGNINI INÁCIO
NATHALY GABRIELA PICOLI
PAULO RICARDO SCHIER
RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA
REGINA MARTINELLO GONÇALVES LINS
RENATA MARTINS DE SOUSA
RICARDO HASSON SAYEG
RODRIGO SÁNCHEZ RIOS
ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI
RUY ALVES HENRIQUES FILHO
SABRINA ESTEFAN NUNES ANDRADE
SANDRO GORSKI SILVA
SARA ZOLANDEK
TAÍS DE PAULA SCHEER
TAIS MARTINS
THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA
THOMIRES E. PAULIV BADARÓ DE LIMA
TIAGO DOMINGUES BRITO
TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO
VALTER FOLETO SANTIN
VANESSA MILENE DE SANTANA
VERA KARAM DE CHUEIRI
VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS-KNOERR
VLADIMIR BREGA FILHO
WELLINGTON A. PRADO CARVALHO
ZENO LUIS QUADROS JUNIOR





EJUD-PR

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

DIREITO, JUSTIÇA & SOCIEDADE

**ESTUDOS EM HOMENAGEM À CRIAÇÃO
DA ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ**





HINO DA ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ - EJUD

Autor: SÉRGIO JUSTEN

Honra, retidão e consciência
Busca intensa, sob as luzes da ciência
Dos caminhos da justiça e da verdade
Num labor para a posteridade

Pelos campos generosos da cultura
Desvendar nos umbrais do conhecer
O ideal que nossa mente emoldura
E nesta casa há de sempre florescer

Temos tanto e tanto a conhecer
Escola de virtudes e do saber,
Da liberdade, do alvorecer
Escola Judicial do Paraná



EJUD-PR

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ





“Direito, Justiça e Sociedade”

– Estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná –

A obra que chega às mãos do leitor marca a instalação da Escola Judicial do Paraná e tem como objetivo contribuir para a análise e discussão da aplicação de temas jurídicos atuais e polêmicos, com destaque para os direitos e garantias fundamentais, funcionamento e eficiência das instituições que compõem o sistema de justiça, bem como da importância do conhecimento para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

A elaboração de uma obra coletiva de autores com atuação e conhecimento na área temática do livro colabora na exegese dos avanços, principais problemas e desafios que envolvem a aplicação do direito e a promoção da justiça, chegando em bom tempo para atender aos anseios da comunidade jurídica.

A iniciativa teve o apoio da Procuradoria-Geral do Justiça por intermédio da Escola Superior do Ministério Público do Paraná com ampla adesão dos integrantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e da Academia.

Nesse sentido, o livro reúne em uma única obra 60 artigos elaborados a partir de experiências acadêmicas, teóricas e práticas de autores, pesquisadores e profissionais com vivência institucional e domínio da temática proposta, cujos objetivos correlatos são disseminar o conhecimento, a prática e a cultura jurídica acumuladas pelos autores e suas reflexões, com ênfase na atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da advocacia.

O lançamento de uma obra com essa magnitude para comemorar a instalação da Escola Judicial do Paraná, conforme decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atende às diretrizes estabelecidas pela Resolução nº 159/2012 do Conselho Nacional da Justiça (CNJ) e pela Resolução nº 2/2016 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), e é motivo de honra e orgulho para todos os 94 autores que contribuíram com a concretização desse trabalho.

No mesmo sentido, a satisfação se faz tamanha para todos aqueles que se dedicaram e se empenharam para a instalação da Escola Judicial do Paraná- EJUD.

A EJUD constitui uma unidade administrativa integrante da estrutura do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, vinculada à Presidência e tem como objetivo profícuo a capacitação e o treinamento dos Magistrados e Servidores para o exercício do serviço público. A qualificação contínua dos integrantes do quadro funcional tende a refletir em todas as atividades institucionais. É intrínseca aos demais valores de gestão apresentados do Plano de Gestão Biênio 2021/2022, pois valoriza o ser humano, aumenta a eficiência, a utilização racional dos recursos e aproxima o Judiciário da sociedade.

A Escola Judicial será o órgão oficial de capacitação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com competência para definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores em âmbito estadual, fomentar pesquisas, estudos e debates sobre temas importantes para o aprimoramento da prestação jurisdicional, promover cursos nas mais diversas áreas do conhecimento, com ênfase na formação humanística.

É isso que precisamos nesse momento de transformação rápida e de modificação do processo civilizatório pelo qual passamos, para que tenhamos resiliência institucional.

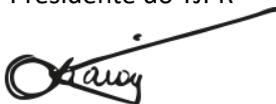
A educação e a capacitação são os maiores instrumentos de transformação do ser humano para uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna.

Boa leitura a todos!



Curitiba, 31 de maio de 2021.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
Presidente do TJPR



GILBERTO GIACOIA
Procurador-Geral de Justiça



EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI
Coordenador-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Paraná



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



Escola
Superior
do MPPR

DIREITO, JUSTIÇA & SOCIEDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM À CRIAÇÃO
DA ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

2021 | Curitiba





Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP

CEP: 01.003-001

Acesse: www.editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

<http://www.facebook.com/EditoraClassica>

Twitter:

<https://twitter.com/EditoraClassica>

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP - BRASIL)

J83

Direito, Justiça & Sociedade : Estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná. Neto, José Laurindo de Souza, Nogueira, Ramon de Medeiros. Giacoia, Gilberto, Cambi, Eduardo Augusto Salomão, Garcel, Adriane, Fogaça, Anderson Ricardo, Filho, Ruy Alves Henriques... [Et al.]. Coordenadores: Neto, José Laurindo de Souza. Giacoia, Gilberto. Cambi, Eduardo Augusto Salomão. Organizadores: Nogueira, Ramon de Medeiros, Fogaça, Anderson Ricardo, Garcel, Adriane – Curitiba: Editora Clássica. 2021. 13.515 KB.

ISBN – 978-65-87965-28-4

1. Escola. 2. Educação. 3. Direito. 4. Justiça. 5. Sociedade. I. Neto, José Laurindo de Souza. II. Giacoia, Gilberto. III. Cambi, Eduardo Augusto Salomão. IV. Garcel, Adriane. V. Fogaça, Anderson Ricardo. VI. Filho, Ruy Alves Henriques. VII. Título.

CDD 347.9
CDU 347.96

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Adriane Garcel
Alessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
José Edmilson de Souza-Lima
Jonathan Barros Vita
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayette Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão

Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Maria Lucia de Barros Rodrigues
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Coelho de Séllos-Knoerr
Vladimir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Produção Editorial: Editora Clássica

Capa: Editora Clássica

Revisão Ortográfica: Luciane de Araujo Pereira

PREFÁCIO	27
MEDIAÇÃO PENAL (<i>Antônio Martelozzo</i>)	31
CONCILIAÇÃO: LEGISLAÇÃO, TÉCNICAS QUE AUXILIAM NA CONDUÇÃO DA AUDIÊNCIA, VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MÉTODO E EXEMPLOS PRÁTICOS DE ATUAÇÃO DO CONCILIADOR (<i>Accácio Cambi</i>)...	55
O IMPACTO DOS MECANISMOS PROCESSUAIS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA TUTELA DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL FEDERAL (<i>Luiz Rodrigues Wambier</i>)	61
A IMPRESCINDIBILIDADE DE BOAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ENFRENTAR QUESTÕES RELACIONADAS À ATUALIDADE PANDÊMICA DO NOVO CORONAVÍRUS COVID-19 (<i>Chede Mamedio Bark</i>)	75
A PANDEMIA, O JUDICIÁRIO E O EXECUTIVO: NA CORDA BAMBA DA EXCEÇÃO (<i>Vera Karam de Chueiri & Miguel de Gualano Godoy</i>)	91
UM CAPITALISMO PARA O POVO BRASILEIRO EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA E SOCIAL (<i>Klaus Almeida Struecker, Fernando Knoerr & Ricardo Hasson Sayeg</i>)	101
CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS: COMENTÁRIOS SOBRE O PRECEDENTE, FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 600.811/SP (<i>Alessandra Mendes Spalding & Eduardo Cambi</i>)	115
A INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO DE TIPOS DE LITÍGIOS: ANÁLISE A PARTIR DOS DESASTRES DO RIO DOCE E DE BRUMADINHO (<i>Edilson Vitorelli</i>)	125

A ACCOUNTABILITY SOCIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO (<i>Lucas Gabriel Troyan Rodrigues & Claudia Maria Barbosa</i>)	147
PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO SUSTENTÁVEL DO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE (<i>José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel & Miguel Kfoury Neto</i>)	165
PODER ECONÔMICO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PARÂMETROS PARA O INTÉRPRETE-JULGADOR NA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL (<i>Daniel Marinho Corrêa</i>)	189
FEMINICÍDIO E SUA HEDIONDEZ (<i>Denise Hammerschmidt & Gilberto Giacoia</i>)	203
HOMEM MÉDIO DO DIREITO PENAL: A CARACTERÍSTICA ORGÂNICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITO EQUÂNIME (<i>Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna & Regina Martinello Gonçalves Lins</i>)	225
VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19, PROPRIEDADE INTELECTUAL E LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO (<i>Anderson Ricardo Fogaça, Eduardo Augusto Salomão Cambi, José Laurindo de Souza Netto & Letícia de Andrade Porto</i>)	239
TEORIA DO PRODUTO MITIGADO: NOVA LEITURA DO DANO AO ERÁRIO PARA A PROTEÇÃO SUFICIENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA (<i>André Luís Bortolini & Bruno Rinaldin</i>)	257
RESPONSABILIDADE CIVIL E CIBERCRIMES (<i>Aline Koner, Eleonora Laurindo de Souza Netto, José Guilherme Xavier Milanezi & José Laurindo de Souza Netto</i>) ...	281
A EVOLUÇÃO DA MEDIAÇÃO: A NEUROCIÊNCIA E OS ASPECTOS FACIAIS EM AUDIÊNCIAS VIRTUAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA (<i>José Laurindo de Souza Netto, Bruno Smolarek Dias, Lilian Pinheiro Goto & Anna Fernanda Scalla Menotti</i>)	299
RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PODER JUDICIÁRIO (<i>Antonio Evangelista de Souza Netto, Flávia Jeanne Ferrari & Francisco Cardozo Oliveira</i>)	309
FEMINISMO E CRIMONOLOGIA CRÍTICA: UM DIÁLOGO POSSÍVEL (<i>Taís de Paula Scheer</i>)	333
DEMOCRACIA ILIBERAL E A SUPRESSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (<i>Gleison do Prado de Oliveira & Nathaly Gabriela Picoli</i>)	347

O PROTAGONISMO JUDICIAL DIANTE DE DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E DE PRELÚDIOS DE LIBERALISMO AUTOCRÁTICO (<i>Murilo Carrara Guedes</i>) .	359
O PENSAMENTO SOCIAL DE MAURIZIO LAZZARATO E A TEORIA DO CIDADÃO ENDIVIDADO (<i>Márcia Assumpção Lima Momm, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr & Irene Portela</i>)	385
A MOTIVAÇÃO COMO CONTROLE DA RAZÃO DO JUIZ (<i>José Laurindo de Souza Netto, Adriane Garcel, Karen Paiva Hippert & Aline Koner</i>)	399
PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: SUCESSO OU DECEPÇÃO? PRECISAMOS DE UMA NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA? (<i>Hermes Zaneti Jr.</i>)	429
A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO ESPAÇO PARA CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DE SOLUÇÕES AUTOCOMPOSITIVAS SOBRE LITÍGIOS COLETIVOS (<i>Guilherme César Pinheiro</i>)	463
O DEVER JUDICIÁRIO DE COMPOR A LIDE DE FORMA TEMPESTIVA E ADEQUADA (<i>Jorge de Oliveira Vargas</i>)	477
MACROCRIMINALIDADE NO BRASIL: PANORAMA E DESAFIOS AO SISTEMA DE JUSTIÇA (<i>Thadeu Augimeri de Goes Lima</i>)	485
A SUCUMBÊNCIA E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (<i>Mário Helton Jorge</i>) ..	519
SEGURANÇA NA MUDANÇA E PROCESSO CIVIL: NOVO PARADIGMA PARA A SEGURANÇA JURÍDICA (<i>Marcus Aurélio de Freitas Barros</i>)	525
O PROTAGONISMO JUDICIAL DIANTE DE DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E DE PRELÚDIOS DE LIBERALISMO AUTOCRÁTICO (<i>Murilo Carrara Guedes</i>) ...	547
CRIMES HEDIONDOS: CONCEITO, TAXATIVIDADE E MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO (<i>Denise Hammerschmidt</i>)	573
A PENA COMO MANIFESTAÇÃO DAS INTUIÇÕES SOCIAIS DE JUSTIÇA (<i>Fernando B. S. Fischer</i>)	585
SEPARAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ATRAVÉS DO RECURSO ESPECIAL CIVIL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO (<i>Ruy Alves Henriques Filho & Gabriel Vicente Franciscan Elias</i>)	605

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA: UMA ANÁLISE PRECEDENTISTA ACERCA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL (<i>Jaime Domingues Brito, Tiago Domingues Brito & Wellington Aparecido Prado Carvalho</i>)..	623
O SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS E A AUSÊNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR O SISTEMA ITALIANO (<i>Amanda Bortoli de Castro & Melina Girardi Fachin</i>)	641
A COGNIÇÃO PROBATÓRIA NO MANDADO DE SEGURANÇA: A COMPLEXIDADE DAS QUESTÕES DE FATO IMPORTA PARA A ADMISSÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL? (<i>Alberto Luiz Hanemann Bastos</i>)	659
TUTELA DA EVIDÊNCIA CONTRA O EXCESSO DE TEMPO: QUANDO ESPERAR NÃO É SABER (<i>Rogéria Fagundes Dotti</i>)	679
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: AUTONOMIA PARA O FIM DA VIDA (<i>César Ghizoni</i>)	693
PARA ALÉM DA PRISÃO: ALTERNATIVAS PARA O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO A PARTIR DA VISÃO INTERNACIONAL (<i>Aline Albieri Francisco & Vladimir Brega Filho</i>)	723
TIPOLOGIA DE CASOS E TÉCNICAS DECISÓRIAS (<i>Tiago Gagliano Pinto Alberto</i>)	739
O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL DO MUNDO ANTIGO, REVISITADO SOB ENFOQUE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS QUE DEFINEM O ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO: PROCESSOS A QUE SE SUBMETERAM JESUS DE NAZARÉ E SÉRVIO SULPÍCIO GALBA – O QUE MUDA E O QUE REMANESCE (<i>Domingos Thadeu Ribeiro da Fonseca</i>)	757
SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: ESTADO DA ARTE E ALGUNS APONTAMENTOS PARA MODIFICAÇÕES ESTRUTURAIS (<i>Guilherme Degraf, Valter Foleto Santin & Luiz Fernando Kazmierczak</i>)	775
INTERAMERICANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE: O POTENCIAL TRANSFORMADOR DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DO OBSERVATÓRIO INTERINSTITUCIONAL DE DIREITOS HUMANOS DO TJPR (<i>Sandro Gorski Silva</i>)	793
O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COMO INSTRUMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E PACIFICAÇÃO SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA (<i>Jorge Guilherme Pacheco</i>)	809

CRISE SANITÁRIA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: SALVAGUARDA DA SOCIEDADE E DA DEMOCRACIA (<i>Natasha Maryene Guagnini Inácio</i>)	823
NO CAMINHO DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ, MEDIANTE A APROXIMAÇÃO E O DIÁLOGO COM OUTRAS INSTITUIÇÕES E COM A SOCIEDAD (<i>Renata Martins de Sousa</i>)	841
APLICABILIDADE DOS MECANISMOS DO PROCESSO ESTRUTURAL ÀS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE PLANOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS DEMANDAS PROPOSTAS NO TJ/PR POR PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN E AUTISMO (<i>Sara Zolandek</i>)	863
A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PELA LEI N.º 13.964/2019: A PERSECUÇÃO CRIMINAL NO LEITO DE PROCRUSTO (<i>Gabriela Bulcão Chamberlain Nunes</i>)	879
DA NECESSIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL SOB A LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL (<i>Natan Galves Santana</i>) ...	895
STALKING E O DIREITO (<i>Denise Hammerschmidt & Zeno Luis Quadros Junior</i>)	909
TELETRABALHO NO MEIO AMBIENTE EDUCACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA E O NECESSÁRIO DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO (<i>Gabriela M. H. de Barros Donate, Thomires E. Pauliv Badaró de Lima & Luiz Eduardo Gunther</i>)	929
O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR À LUZ DOS DEVERES LEGAIS DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA (<i>Henrique Kurscheidt</i>)	945
O OPERADOR NACIONAL DO REGISTRO ELETRÔNICO DE IMÓVEIS - ONR E A IMPLANAÇÃO DO SREI EM TODAS AS UNIDADES DO SRI DO BRASIL (<i>José de Arimatéia Barbosa & Marcelo Guimarães Rodrigues</i>)	955
O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS, O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 (<i>Alexandre Coutinho Pagliarini</i>).....	969
OBESIDADE E A ISONOMIA – UMA LEITURA RAWLSIANA SOBRE A OBESIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (<i>Paulo Ricardo Schier & Tais Martins</i>)	985
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (<i>Eduardo Augusto Salomão Cambi, Diogo de Araujo Lima & Mariana Sartori Novak</i>)	1007

LEI Nº 13.431/2017: CONSIDERAÇÕES PARA SUA CONCRETIZAÇÃO NO ESTADO DO PARANÁ (<i>Luciana Linero & Vanessa Milene de Santana</i>)	1031
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DIREITO PENAL ECONÔMICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REQUISITOS PARA INCIDÊNCIA DO ART. 28-A NOS DELITOS ECONÔMICOS (<i>Adriane Garcel, Fábio André Guaragni & José Laurindo de Souza Netto</i>)	1049
LIMITES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E A SUA REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA (<i>Rodrigo Sánchez Rios</i>)	1071
PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA LEI 11.101/2005 PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL (<i>Ramon de Medeiros Nogueira & Alexandre Correa Nasser de Melo</i>)	1094



Por trás do portentoso edifício do Tribunal de Justiça do Paraná, que abriga mulheres e homens de notável saber jurídico, existe uma bonita história que começou no século XIX, com a sua criação pela Lei nº 3, de 12 de junho de 1891 e, desde então, cresce e se fortalece, sendo hoje uma das mais destacadas Cortes de Justiça do Brasil.

Tenho a honra de ser o Reitor do Centro Universitário Curitiba-UniCuritiba e, por isto, conheço bem a história de cooperação entre as duas Instituições, pois enquanto Faculdade de Direito de Curitiba, nossa antiga denominação, seu primeiro Diretor foi o então Desembargador Francisco Cunha Pereira, que atuou por um longo período e, por intermédio dele, outros Ilustres membros do Tribunal de Justiça do nosso Estado compuseram nosso respeitável e competente quadro de docentes, tradição que se mantém hoje em dia.

Tem aí a origem da grande satisfação do UniCuritiba em estar presente prefaciando esta obra, a qual marca um momento tão especial na vida do Tribunal, qual seja a inauguração da Escola Judicial do Paraná.

Talvez não haja, na história de nosso País, um período no qual os Operadores do Direito tenham tanta importância no processo de construção de uma sociedade justa, equânime e democrática.

Isso exige um grande esforço de todos para o fortalecimento do preparo técnico e intelectual de tais agentes. A Academia vem procurando cumprir o seu papel de formação, pesquisa e geração de conhecimento. Mas só isso não basta. E quando o Poder Judiciário do Paraná abre atenção para implementar uma Escola Judicial de alto nível, isso certamente contribuirá para o desenvolvimento da magistratura e dos servidores do Judiciário Estadual, propiciando à Sociedade Paranaense uma Justiça ainda mais competente e ágil.

Como educador, penso que não poderia ser mais feliz a iniciativa do egrégio Tribunal em, ao inaugurar a Escola Judicial do Paraná, o fazer lançando uma notável obra que colige 60 artigos científicos de altíssima qualidade produzidos por 94 autores, em sua grande maioria pertencentes ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, muitos dos quais professores do UniCuritiba.

Certamente esta será uma obra de grande valia para a pesquisa nos mais diversos campos do Direito, analisando e dissecando relevantes aspectos da prática jurídica contemporânea.

Louve-se a iniciativa do Presidente do TJPR, Desembargador José Laurindo de Souza Netto, em proporcionar esta extraordinária oportunidade de, através dos honrados autores, todos de inquestionável saber jurídico, compartilhar com os que combatem o bom combate da justiça seus conhecimentos teóricos, embasando-os nas suas múltiplas experiências da pesquisa e operacionalidade do Direito.

Por força de ofício, tive o privilégio de conhecer boa parte dos autores e, por isto, testemunhar a qualidade da obra. Ela é fruto de trabalho sério, de pesquisa profunda, debates, aulas ministradas, conferências realizadas, enfim, a somatória de ricas experiências vividas, e que agora seus autores compartilham com os que militam a boa obra do Direito.

Honra-me grandemente poder prefaciá-la tão respeitável obra, resultado de trabalho sério e de muitas pesquisas no campo do direito.

Ao amigo Desembargador José Laurindo de Souza Netto, Ilustre Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, nossos cumprimentos pela concretização da Escola Judicial do Paraná, marco indelével de sua pródiga gestão frente à Excelsa Corte de Justiça do nosso Estado, tão bem administrada por Vossa Excelência.

“Cui honorem, honorem.”

ARNALDO REBELLO
Reitor – UniCuritiba
Curitiba, 31 de maio de 2021



EJUD-PR

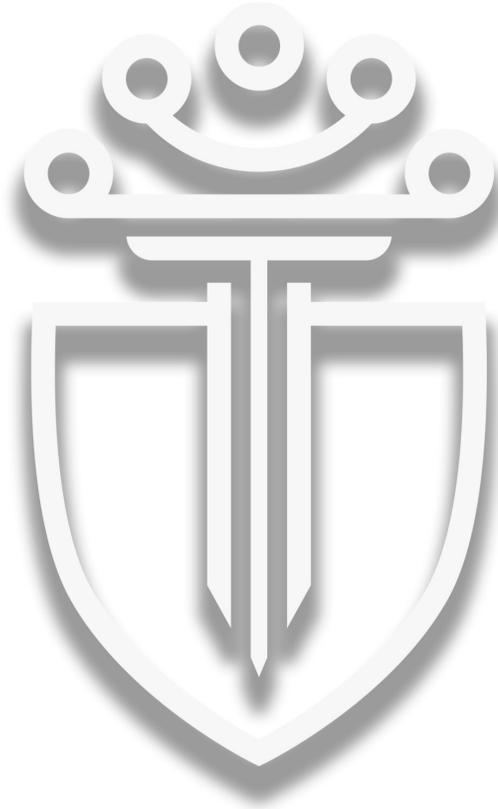
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

DIREITO, JUSTIÇA & SOCIEDADE

**ESTUDOS EM HOMENAGEM À CRIAÇÃO
DA ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ**

2021 | Curitiba





TJPR

MEDIAÇÃO PENAL

CRIMINAL MEDIATION

Antônio Martelozzo¹

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é realizar o estudo do instituto da mediação penal com o intuito não só com vista a conhecê-lo melhor, mas também, buscar suscitar o debate a respeito, em que se valoriza o consenso na área penal; outro objetivo é poder trazer a estudo conceitos teóricos.

Tratando-se de um mecanismo hábil a resolver conflitos, far-se-á estudo doutrinário utilizando-se de obras nacionais e estrangeiras, além do existente na legislação, incluindo-se a Lei de Mediação, fazendo-se menção a crimes que possibilitarão submissão à mediação penal.

Justifica-se a escolha do tema, também, diante de sua importância, na seara da resolução de conflitos, via consensual, na qual a literatura pátria é escassa, ainda.

Será abordada, no trabalho, a figura dos mediadores e sua qualificação para o cargo.

O Direito Comparado exportou seu entendimento fazendo-o desde os primeiros passos no sentido que a mediação penal é, hoje, entendida e será objeto de estudo.

O instituto em si, que poderá mudar a cultura do litígio para outro – a do consenso, será estudado em capítulos, dos quais alguns subdivididos, focalizando-se, inclusive, o Brasil, ainda embrionário no setor.

Os crimes a que aludem as Leis nº 9.099/95 e na 10.259/2001, respectivamente, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Comum e no âmbito da Justiça Federal, receberão tratamento conducente à possibilidade de serem solucionados via mediação; também, ainda, certos crimes previstos no Código Penal e em leis extravagantes.

Na elaboração desta pesquisa adotar-se-á o método teórico e dedutivo, onde se utilizará de doutrina e legislação nacionais e estrangeiras, incluindo-se atos administrativos de Tribunais de Segundo Grau, bem como do Conselho Nacional de Justiça.

¹ Desembargador aposentado e conciliador voluntário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7742084910434443>.

1 MEDIAÇÃO

1.1 CONCEITO

A mediação é um instituto que se inclui dentre os denominados meios alternativos de solução consensual de conflitos, contemplada na Lei nº 13.140/2015, no Código de Processo Civil nos arts. 3º, §§ 2º e 3º, 165-175, além de outros dispositivos.

A Lei que rege o instituto definindo-o, dispõe no art. 1º, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Segundo o ensinamento de Lilia Maria de Moraes Sales (BRASIL, 2015, p. 121):

a mediação é um mecanismo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça.

Como se vê, ela envolve a ação do terceiro que é estranho ao conflito de interesses, o qual procura ajudar as partes para chegar a um desfecho satisfatório desse conflito: é o mediador.

A mediação preocupa-se com uma maior participação dos envolvidos. É sempre voluntária e a transação é o resultado da mediação que atingiu seu objetivo: o consenso entre os contendores.

Se comparado com o processo judicial, é célere a mediação.

No tocante aos advogados, têm eles o dever ético de estimular e utilizar os meios disponíveis em busca da solução de conflitos, segundo a dicção do art. 2º, parágrafo único, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

1.2 DO CONFLITO

Partindo de uma análise etimológica, conforme nos afirma Cappi (2003, p. 28), a palavra conflito deriva do latim *conflictus*, participio passado do verbo *conflictere*, por sua vez, composto do prefixo “com” – que significa junto – e “fligere”, que quer dizer colidir, chocar-se, trombar.

Do latim *conflictu*, significa desavença, colisão, choque, enfrentamento.

O crime é ato que viola ou ofende um bem jurídico tutelado causando um dano.

A mediação, sendo um meio de solução envolvendo conflitos, preocupa-se com a vítima e o ofensor levando à reparação do dano.

O conflito passível de solução é apenas aquele que versa “sobre

direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (art. 3º, *caput*, Lei de Mediação).

No Estado democrático de Direito, o sistema que mais se ajusta à sua natureza é o Direito Penal que visa ressocializar o delinquente, reparar o dano sofrido pela vítima e prevenir o delito.

Em sede de conflito dito jurídico, “a mediação ensina a falar pouco e ouvir muito para sentir o outro... mas quando ouvimos, pelo simples motivo de querer ouvir, ampliamos nossa capacidade de sentir e de criar” (Grosman, Brasil, 2011, p. 109).

1.3 DOS MEIOS ALTERNATIVOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A valorização desses meios – conciliação, mediação, arbitragem, além de outros (aplicável no crime apenas os dois primeiros), levou o Conselho Nacional de Justiça a instituir uma “Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos de Interesses”, com o objetivo de “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (Resolução 125, de 29.11.2010, art. 1º, *caput* (Brasil, 2010).

Nas palavras de Cândido R. Dinamarco (Brasil, 2017, p. 214), “tão valorizados estão esses meios na doutrina moderna, que já se chega a negar que sejam alternativos, mas paralelos à atuação dos juízes”.

Aplicando-se ambos institutos, que são procedimentos autocompositivos, as partes é que envidarão esforços no sentido de resolver o impasse existente entre elas, sendo intermediadas pelo mediador ou mediadores que não possuem poder decisório.

A solução é a rigor alcançada pelas próprias partes.

Para Teresa Arruda Alvim, em sua obra *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (Brasil, 2015, p. 59), “diz-se que o Estado deve provocar e estimular a resolução dos conflitos por meio da conciliação, da mediação e de outros métodos consensuais, o que envolve, naturalmente, a criação de escolas em que se aprendam estas técnicas e de centros onde sejam aplicadas”.

O artigo 167 do Código de Processo Civil exige para “os mediadores judiciais capacitação mínima para registro profissional” (os cursos devem ser promovidos por entidades credenciadas pelos tribunais, com currículo definido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2019, p. 287).

Menção especial aqui deve se fazer ao disposto no § 2º do art. 3º do CPC, nos termos: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

O artigo 139, V, do mesmo Estatuto legal, reafirma o dever de estímulo à solução consensual.

É oportuno frisar que o Código de Processo Civil (e aqui vale também para a área penal), reservou uma seção inteira (a V, do Capítulo III (dos auxiliares da justiça), para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais (arts. 165 a 175).

Os métodos autocompositivos de solução de conflitos – principalmente a mediação e a conciliação, para Ruiz (Brasil, 2009, p. 277), “são vistos hoje como uma forma de universalização do acesso à justiça”.

Ao contrário dos processos adversariais, segundo o ensinamento de Padilha (Brasil, 2004, p. 65), na obra *Mediação Sistêmico – Integrativa*, o instituto da mediação “não busca inocentes e culpados, ganhadores e perdedores”.

A vantagem do procedimento mediatório consiste no fato de que as pessoas são colocadas frente a frente para discutir e resolver seus problemas, por meio de uma comunicação direta e objetiva e que, portanto, resulta em maior eficácia, havendo a possibilidade de harmonização de interesses (p. 280, *A Reforma silenciosa da Justiça*).

1.4 O PRINCÍPIO DA MEDIAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União de 5 de outubro de 1988, fez constar em seu preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático... fundada na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos...” (Brasil, 2010, p. 3).

No que se refere às relações internacionais, aparece a menção à solução pacífica dos conflitos no art. 4º, inciso VII, da mesma Carta.

Segundo Guilherme (2018, p. 71), “a mediação é tida como instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios”.

Com referência aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e integridade psicológica, lembra Tania Almeida (Brasil, 2016, p. 55), em sua obra *Caixa de Ferramentas em mediação*, “não podem ser desconsiderados em face de desejos pessoais e deverão ser igualmente respeitados por mediandos, mediadores, advogados e defensores públicos”.

1.5 POLÍTICAS PÚBLICAS

Há alguns anos, sente-se o estímulo às soluções consensuais de conflitos. Foram instituídas como políticas públicas no Brasil (Res. 125, 2010, CNJ). O Novo Código de Processo Civil abraça esta tendência, dedicando 11 (onze) artigos, compondo toda uma seção (seção V – Dos conciliadores e Mediadores Judiciais).

Em o Manual de Mediação Judicial editado pelo Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2016), lê-se: “a criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito

– seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos” (Souza, 2016, p. 37).

A mesma obra nomina o capítulo ao qual aqui se refere como políticas públicas em razão de “a criação da Resolução 125 do CNJ ser decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais” (BRASIL, 2016).

Dentre os considerandos dessa Resolução, dentre outros, estão: que o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas; que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer políticas públicas de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga escala... em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos Tribunais, resolve:

Capítulo I – Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses;

Capítulo II – Das atribuições do Conselho Nacional de Justiça etc.

2 FUNDAMENTOS DE NEGOCIAÇÃO

Em o Manual de Mediação Judicial editado pelo Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2016, p. 73), lê-se que “se a mediação é amplamente definida como uma negociação assistida por um terceiro, alguns fundamentos da negociação se mostram essenciais em um treinamento de técnicas e habilidades de mediação”.

A negociação, no caso, consiste em uma comunicação voltada à persuasão.

Daniela Monteiro Gabbay, no artigo negociação, leciona que “a negociação é uma forma de autocomposição direta entre as partes, diferentemente da mediação e conciliação, que são formas de autocomposição assistidas por terceiro – o mediador e o conciliador” (BRASIL, 2019, p. 129). Diz a autora que nesses institutos “é indispensável conhecer as técnicas e ferramentas da negociação”.

Como se depreende até mesmo dos conceitos de mediação, as partes são protagonistas da negociação e serão assistidas por um terceiro – o mediador. Este não tem a missão de decidir, de arbitrar. Também deve ser neutro, portanto, não pode se posicionar no lado de qualquer das partes.

Como a mediação é um dos instrumentos de autocomposição, quer valendo para as causas cíveis quer para as penais, a ela “admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição” (CPC, art. 166, § 3º).

2.1 DO CONSENSO

O vocábulo consenso, nas palavras contidas no Dicionário Houaiss da língua portuguesa, significa “harmonia, anuência, consentimento” (AURÉLIO, 2020, p. 807).

A busca do consenso está incluída como um dos princípios da mediação pela Lei 13.140/2015, onde, segundo Luiz Antonio Scavone Júnior (2019, p. 286), a transação é o resultado útil da mediação.

Constata-se, já, que na busca de um novo modelo de justiça criminal, assume especial relevância o consenso.

O consentimento constitui uma das expressões mais marcantes da autonomia pessoal, que encontra garantia da Constituição.

“Não resta dúvida de que o consenso também deve atuar no processo penal, ainda que de forma limitada”, ensina Márcio Franklin Nogueira (2001, p. 60).

Por oportuno, pode-se afirmar que com a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criou-se um espaço de consenso, ao lado do conflituoso, imperante na justiça criminal brasileira.

3 DIREITOS SUSCETÍVEIS DE MEDIAÇÃO

O art. 3º da Lei de Mediação prevê que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Direitos disponíveis são aqueles que podem ou não ser exercidos por seu titular.

Em princípio, as questões relativas ao Direito Penal não estão incluídas no âmbito dos direitos disponíveis. Elas estão fora dos limites onde a autonomia da vontade dos contendentes pode ocorrer.

O tema da indisponibilidade dos direitos, segundo Fernanda Tartuce (2018, p. 29), em Mediação nos Conflitos Cíveis, “já foi tratado como verdadeiro “tabu” impeditivo da celebração de acordos”. Ditos direitos podem ou não admitir autocomposição, via mediação: os disponíveis, por seu turno, são sempre transacionáveis.

Quando disputas recaem sobre direitos indisponíveis comportam mediação se houver previsão legal para transação ou conciliação em controvérsias, pois é esse, na verdade, o espírito da lei.

Por lei, “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (Lei de Mediação, art. 3º, § 2º).

Tratando-se de direitos indisponíveis não transacionáveis, proíbe-se o acordo.

No que diz respeito aos crimes ambientais, alguns são passíveis de transação (quando a pena prevista seja até 2 (dois) anos, cuja competência está afeta aos Juizados Especiais Criminais), os quais podem ser encaminhados

à mediação penal. Sua exigência: precisa haver prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade (art. 27, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

4 MEDIAÇÃO E PRINCÍPIOS

Os princípios que regem a mediação são vários e estão previstos no Código de Processo Civil (também aplicáveis à área penal), no art. 166 e na Lei nº 13.140/2015. Dentre outros estão os princípios da confidencialidade, da busca do consenso, da informalidade, da autonomia da vontade das partes e a imparcialidade do mediador.

O princípio da confidencialidade diz respeito a que o que for “narrado, conversado, discutido mantém-se em sigilo, não podendo ser divulgado pelo mediador, nem utilizado por qualquer das partes como argumento ou defesa em eventual disputa judicial posterior” (CUNHA, 2018, p. 14), caso não se obtenha êxito na mediação.

O princípio que diz respeito ao consenso preconiza que as partes o busquem a fim de resolver as disputas que as envolve.

O princípio da informalidade prega que a mediação deve ser realizada em ambiente informal, utilizando-se linguagem simples e de fácil compreensão.

O princípio da autonomia das partes refere-se à exigência de se respeitar a vontade das partes, que podem até mesmo não querer “permanecer em procedimento de mediação” (Lei nº 13.140/2015, art. 2º, § 20º) (CUNHA, 2018, p. 13).

Quanto à imparcialidade, é princípio que prega que o mediador deve ser imparcial diante das partes envolvidas, não podendo ter interesse em favor de qualquer uma delas.

Por conduta inadequada – conciliadores e mediadores poderão ser excluídos do cadastro atinente às funções.

Diante da importância da matéria que rege os princípios que orientam a mediação previstos no art. 2º da Resolução 125/10 (CNJ), mister faz-se citar outros princípios a ela aplicáveis, constantes do art. 1º do Anexo III, à resolução, que são: competência, decisão informada, independência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação (os quais regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais).

5 DAS ATRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já criou os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Os primeiros são “compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com atribuições previstas no art. 7º da Resolução 125/2010”.

Os Centros constituem-se em unidades do Poder Judiciário onde são realizadas as sessões de mediação, havendo neles atendimento e orientação ao cidadão. Excepciona a resolução que poderá ser realizada ditas sessões nos próprios Juízos, Juizados ou Varas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal.

No Estado, ambos os órgãos foram criados pela Resolução nº 59 de 03 de setembro de 2012.

A regulamentação do NUPEMEC e de sua instalação deu-se com a edição da Resolução nº 002/2016 do Tribunal de Justiça do Paraná.

5.1 DOS MEDIADORES

Necessitam preencher o requisito da capacitação mínima, dispõe o art. 167, § 1º, do Código de Processo Civil, “por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal”.

O art. 12 da Lei de Mediação estatui que “os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial” (*caput*).

Os mediadores judiciais precisam ser graduados em curso de ensino superior há pelo menos dois anos, em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que a teor do art. 11 da lei por último citada, “tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

O curso superior a que a lei alude não precisa ser de formação jurídica. É que na mediação, dentre os que nela trabalham, há profissionais de diferentes áreas (há interdisciplinaridade).

As diretrizes curriculares para a devida capacitação vêm disciplinadas no Anexo I da Resolução 125/2010 do CNJ. Contêm elas informações teóricas gerais para a mediação e também possui uma parte prática.

O curso é dividido em módulos teóricos e práticos.

No tocante à “remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos Tribunais e custeada: a) na área cível pelas partes; na área criminal pelo réu.

A própria lei deixa claro que “aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação” (art. 4º, § 2º).

No Estado do Paraná, os mediadores que atuam nos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) prestam serviços voluntariamente. Seus integrantes, dentre outros profissionais, estão Desembargadores e Juízes aposentados.

5.2 MEDIAÇÃO E SESSÕES

A Lei de Mediação, em seu art. 14, refere-se à primeira reunião (sessão ou audiência) de mediação, deixando claro que poderão existir mais reuniões, caso seja necessário.

Ainda a Lei prevê que “iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência” (art. 18). Nisso se tem em consideração a autonomia da vontade, a teor do art. 421 do Código Civil.

A expressão “com a sua anuência” refere-se ao mediador e não às partes.

Discorrendo sobre esse dispositivo legal, Mario de Camargo Sobrinho (Brasil, 2016) escreve que “este artigo garantiu a autonomia de vontades, a autonomia privada, outorgando às partes o direito de controlar com liberdade, para estipular as cláusulas mediante acordo de vontades” (Brasil, 2016, p. 366).

Empiricamente pode-se afiançar que quase na totalidade das mediações necessita-se mais de uma reunião.

5.3 COMEDIAÇÃO

Tem-se a comediação quando, numa sessão de mediação, haverá necessidade de atuação de mais de um mediador.

O vigente Código de Processo Civil, no art. 168, § 3º, dispõe que “sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador”. Esta particularidade também é prevista no art. 15 da Lei n. 13.140/2015, com os seguintes dizeres: “O requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito”.

Para Rogério Licastro Torres de Mello (Brasil, 2015, p. 318), em alguns casos é possível “a nomeação de vários conciliadores ou mediadores, para atuarem conjuntamente, quando assim demandar o litígio”.

Pode-se até ocorrer dar-se a comediação com profissional de área diversa (há, na mediação, a considerar o fenômeno interdisciplinaridade).

Na mediação penal dificilmente ter-se-á necessidade de comediação.

6 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em razão dos poderes que lhe foram conferidos pela Constituição Federal vigente, o Ministério Público é hoje uma das instituições mais respeitadas do país. É a instituição estatal, nas palavras de Cândido R. Dinamarco (2017, p. 881), “destinada ao zelo do interesse público no processo”.

Nos feitos submetidos à mediação penal, realizado o acordo, este deve ser-lhe encaminhado para manifestação em 48h (quarenta e oito horas).

Detém ele autoridade para intervir com eficiência na pacificação de conflitos.

No que concerne à mediação em que há consenso das partes envolve direitos “indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público” (Lei de Mediação, art. 3º, § 2º).

7 PARTICIPAÇÃO DOS ADVOGADOS E DEFENSORES PÚBLICOS

Os advogados, juízes, defensores públicos e membros do Ministério Público, deverão estimular a mediação, a conciliação e outros métodos de solução consensual de conflitos, nos termos do § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil (valendo também para a esfera penal).

Segundo o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, constitui dever do advogado “estimular a adoção de meios consensuais entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (Código de Ética, art. 2º, parágrafo único, Resolução nº 02/2015 da OAB).

Na mediação judicial, a presença, tanto do causídico quanto dos defensores públicos, é obrigatória (art. 26 da Lei 13.140/2015), ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis 9.099/95 e 10.259/2001.

A questão é de capacidade postulatória, no afã de que sejam garantidos os direitos dos mediandos.

Também a Constituição Federal de 1988 preconiza ser o advogado “indispensável à administração da justiça” (art. 133) e ser a Defensoria Pública “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Caso o réu, na esfera criminal, não conte com advogado, é que o defensor público intervirá na mediação. Sempre também, o réu terá assegurada assistência pela Defensoria Pública quando comprovar insuficiência de recursos.

Sendo o advogado o responsável pela orientação jurídica, aconselha, se necessário, o cliente, particularidade que é vedada ao mediador.

Pela felicidade a frase que segue é que se a transcreve: “bons advogados são importantes para o processo de mediação na medida em que apresentam propostas e alternativas muitas vezes não vislumbradas pelos próprios clientes (p. 256, Manual de Mediação Judicial do CNJ, 2016).

8 MEDIAÇÃO PENAL – GENERALIDADES

Para Adolfo Braga Neto (2019, p. 166), em capítulo que denominou de Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas, na obra Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragens, “não há limitação para o espaço da mediação de conflitos”.

A mediação trata-se de um meio destinado à obtenção de autocomposição, onde o mediador intermedia as partes, “auxiliando-as para

que cheguem a uma solução consensual de conflito”, não importando seja na esfera cível seja na criminal.

A vítima, que é deixada de lado, na maior parte das vezes pelo processo penal tradicional, que pode ter sofrido violência até por algumas vezes, é colocada em lugar proeminente na mediação penal.

Com efeito, como explica Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (2018, p. 43), quando discorre sobre a redescoberta da vítima na justiça restaurativa (que vale também para a mediação penal), ela (vítima) “passa a ter voz, a ser considerada como pessoa titular de direitos, e não puramente objeto de uma infração penal”.

Ao direito penal não interessa eliminar o sofrimento (da vítima), mas eliminar o mal (cuja definição se encontra nos distintos tipos delitivos. E é tanta a inquietude que o sofrimento da vítima fica postergado ou mesmo esquecido” (2018, p. 76).

Lilia Maria de Moraes Sales (2007, p. 123), em Mediação de Conflitos, discorre: “A mediação penal configura o diálogo construtivo entre a vítima e o infrator, apresentando o mediador como o facilitador dessa comunicação... fazendo com que a vítima perceba o infrator como um ser humano e não apenas como um ser brutal, insensível ao seu sofrimento”. E prossegue: o infrator escuta sobre o mal-estar (raiva, tristeza, dor, perda) que causou à vítima... buscando a reparação”.

Discorrendo acerca do tema na obra Mediação Penal e Justiça, Cristina Rego de Oliveira (2013, p. 82) cataloga os requisitos da mediação penal, enumerando-os: a) a existência de um conflito; b) a presença de pessoas que se opõem a essa realidade e que se identificam perante a ela como autor/vítima, e, ainda, c) o envolvimento de um terceiro.

Messuti discorrendo sobre o tema, na seara penal, assevera que no modelo penal herdado da Modernidade, a preocupação é “defenestrar o mal”, representado pelo infrator, sem que haja preocupação com o dano”.

A mediação penal tem sido adotada em muitos países nos últimos anos.

Só para exemplificar, citam-se apenas dois países onde a adotaram (a seguir, discorrer-se-á sobre outros países, em capítulo à parte): a Inglaterra com o *mediation uk* estribada numa experiência norteamericana em mediação de conflitos. E em 1985 implantou-se em Northampton o Adult Reparation Bureau (para avaliar se poderia ser adequado à mediação penal); a França, com Le Centre de Médiation et de Formation à la Médiation (CMFM), iniciando as primeiras experiências com a mediação penal em 1984-1985.

8.1 A MEDIAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Preleciona Adolfo Braga Neto (2018, p. 167), no artigo Mediação de Conflitos: conceito e técnicas, que “a mediação de conflitos possui suas origens nos tempos antigos”, mencionando que Confúcio a defendia por volta do ano 700 a.C.

Porém, o berço dos movimentos alternativos de resolução de conflitos, como tal se concebe hoje, registrou-se nos Estados Unidos da América, onde, nas palavras de Marcelo Malizia Cabral (2013), “esses métodos de resolução de controvérsias tornaram-se mais pujantes”.

Essa prática começou a ser desenvolvida nos anos setenta do século XX. O movimento de resoluções alternativas de conflitos que lá se desenvolveu (EUA), nos anos setenta do século passado, compreendia procedimentos criminais de pequena lesão ao bem jurídico, penas de medidas diversificadas, a fim de fazer menor uso da pena de prisão.

As Filipinas e o Sri Lanka desenvolveram programas de mediação de base comunitária extremamente elaboradas para a resolução de disputas cíveis e algumas disputas criminais menores.

A Nova Zelândia, nas palavras de Moore (1988, p. 44), “desenvolveu serviços de mediação para lidar com uma variedade de disputas comerciais, cíveis, pequenas queixas, criminais, familiares etc. “.

Discorrendo sobre o tema: Mediação: estudo comparativo, Débora Lúcia Lobo Muniz (2009, p. 315), traz-nos a informação de que na “Nova Zelândia, os avanços da mediação lidam com causas cíveis, e pequenas questões criminais”.

No tocante à Inglaterra, Françoise Tulkens (2005, p. 44), referindo-se à chamada justiça negociada, escreve que “certamente tem alguma ligação com a mediação, particularmente nos programas de mediação entre ofensores e vítimas, que se desenvolveram lá, bem como com reparação, seja no contexto da compensação ou da reparação simbólica”.

Cristina Rego de Oliveira (2013, p. 90) refere, na obra Mediação Penal e Justiça, que funciona “na Inglaterra, desde 1984, o programa Mediation Uk, semelhantes a práticas efetuadas nos Estados Unidos da América, Canadá e Austrália desde a década de 70”.

Na Bélgica, a lei de 10 de fevereiro de 1954, criou um procedimento para a mediação criminal, que existe, na dicção de Françoise Tulkens (França, 1994), “à sombra do procedimento que permite a composição da infração” (p. 690).

O país, em meados de 1993, criou o programa “Projeto Mediação para Reparação”, em Lovaina, reservado a crimes mais graves, voltando-se toda sua orientação à vítima do delito (além do projeto realizado no interior das unidades penais, em Leuven).

A experiência da mediação de adultos na Bélgica, em sede da denominada Mediation for redress (em tradução livre, mediação para reparação), “influenciou, não só Portugal como a União Europeia, devendo ser entendida como complementar, não substituta, do processo criminal convencional”.

Sobre a mediação na Argentina, na esfera penal, Juan Carlos Vezzulla (2007, p. 63), quando presidente do Instituto de Mediação e de Arbitragem do Brasil, salienta que “todas estas experiências (ainda incluindo os Estados Unidos e a Catalunha – esta uma comunidade autônoma da Espanha), têm demonstrado um grande serviço à sociedade com a inclusão definitiva das vítimas como participantes fundamentais, na abordagem dos delitos de que foram padecentes”.

Na França, durante muito tempo a política criminal não havia sido concebida realmente como uma política pública; hoje, porém se pode falar em uma construção política da mediação penal.

No dizer de Y. Mény e J.C. Thoenig (1989, p. 11), quando trata da construção política da *Médiation pénale*, fala que elle constitue pourtant una politique publique en tant que programme d'action "produit de l'activité d'une autorité investie da puissance publique et de la légitimité gouvernementale".

Uma lei de 4 de janeiro de 1996 disciplina uma mediação para maiores e para menores.

Jacques Faget, em *La Médiation Essai de Politique Pénale* (1977, p. 11), reporta-se a razões exógenas e endógenas, as quais levaram muitas partes a fazerem a opção pela mediação penal na França.

Lilia Maria de Moraes Sales (2007, p. 1251), transmite-nos que na França, "em 1996 foi publicado o Decreto n. 96.30 que modificou o Código Penal Francês, o qual passou a prever a mediação penal".

Tratando do enquadramento legal do sistema de mediação penal em Portugal, Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo (Portugal, 2012, p. 21-22), afirmam que apesar de o desenvolvimento de modelos da mediação penal apresentar nos diferentes países características diferentes e apelar a conceitos nem sempre unívocos (por exemplo, os de justiça restaurativa ou de mediação), todos apresentam em comum a ideia de o resultado desejado do processo de mediação ser a reparação dos danos causados pelo facto ilícito".

A forma dessa modalidade, em sede de mediação, é a restaurativa.

Em Portugal a Lei n. 21/2007, de 12 de junho, introduziu o regime de mediação penal, "em execução do art. 10º da Decisão Quadro nº 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal" (BELEZA; MELO, 2012, p. 9). Em seu art. 1º tem-se como objeto que a presente lei cria o regime da mediação em processo penal.

O âmbito da Lei limita que "a mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou acusação particular, onde "o tipo legal de crime preveja pena de prisão não superior a 5 anos."

A Lei exclui do âmbito da mediação, dentre outros crimes, os seguintes: sexuais, de peculato, corrupção e tráfico de influências.

Cristina Rego de Oliveira (2013, p. 51), discorrendo acerca da mediação em Portugal ensina que "a mediação não se traduz em fenômeno recente, visto que sua utilização remonta à forma da resolução de conflitos das comunidades antigas... promulgou-se em Portugal a Lei 21/2007, que inseriu no procedimento penal tradicional a possibilidade de resolução alternativa do conflito através da mediação, disciplinando os requisitos autorizadores da sua prática. A análise da mediação pode ser feita sob dois aspectos: em relação ao seu âmbito de aplicação temporal... e quanto ao âmbito material, correlacionando-a aos tipos legais de crime" (2013, p. 91).

A Lei que instituiu a mediação penal em Portugal n. 21/2007, de 12 de junho, dispõe no art. 2º: “A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trata de crime contra as pessoas ou de crime contra o patrimônio”.

Como exemplo de crimes no primeiro caso, dentre outros, citam-se: difamação, injúria, introdução em lugar vedado ao público, violação de segredo, dano, violação de obrigação de alimentos e violação de segredo por funcionário. Como exemplo no segundo caso, dentre outros, estão: ameaça, fraude sexual, devassa da vida privada, ofensa à integridade física por negligência e procriação artificial não consentida.

Cristina Rego de Oliveira (2013, p. 92) refere que “a mediação não pode ocorrer antes de iniciado o procedimento formal (seja em fase inquisitiva ou judicial”.

Essa autora reporta-se na obra *Mediação Penal e Justiça*, uma mediação de tipo integrado e outra de tipo alternativo, encontrando-se no primeiro grupo a Áustria, Bélgica, Inglaterra, França e Portugal; no segundo, acham-se a Noruega e a Holanda. Menciona também o tipo tido por adicional.

Na Espanha, pela definição apresentada por Marta Blanco Carrasco (2009), a seguir transcrita, vem-nos transmitir também que o país adota a mediação penal: “cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los tribunales de justicia” ou como “aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar una controversia jurídica de tal forma que se impida a las partes, plantearla en vía judicial o se ponga término a un proceso ya comenzado” (p. 37).

Também no Japão foram implantadas experiências de práticas restaurativas, nos últimos anos, sempre fundamentadas na humanização da prestação penal. Nesse país, segundo Claudine Lang S. Fankhauser (2013, p. 71), “a técnica da mediação é muito mais aplicada do que os instrumentos tradicionais de composição de conflitos”.

Oportuno é que se diga que outros países se servem da mediação penal, inclusive o Brasil.

8.2 A MEDIAÇÃO PENAL E A UNIÃO EUROPEIA

Com o intuito de consolidar a mediação penal nos Estados-membros da União Europeia, citam-se como principais instrumentos: a Recomendação 19 do Conselho da Europa (1999), a Decisão – Quadro 2001/220/JAI (2001, p. 91) do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

A Decisão-Quadro aludida estabelece disposições regulamentares, além de administrativas, que se apresentam como necessárias para promover a mediação como complemento do processo penal (art. 10), relativa ao estatuto da vítima, dizendo respeito a elas, estimulando a realização de acordos que permitam atenuar os efeitos do crime (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2001).

Ipsis litteris estatui o art. 10º da Decisão – Quadro: “I. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais

relativos a infrações que considera adequadas para este tipo de medida. 2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação em processos penais”.

Na obra *A Mediação Penal em Portugal* (2020, p. 14) consta que a referida decisão é o primeiro instrumento internacional vinculativo sobre a matéria que regula, “teve a sua origem nessa proposta do Governo Português em 2000, no âmbito da Presidência Portuguesa da União Europeia”.

8.3 A MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL

Rômulo Rhemo Palitot Braga e Tássio Túlio Braz Bezerra (2015), na obra *Direito Penal da Vítima*, no capítulo que denominou de *A Mediação Penal no Brasil*, fazem uma indagação: “É juridicamente possível a mediação penal no Brasil? De plano, podemos responder afirmativamente à questão apresentando seus fundamentos jurídicos, bem como retratando o projeto de mediação penal do Núcleo Bandeirante no Distrito Federal”.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual instituiu a Polícia Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, sofreu alteração em sua redação no artigo 7º, dispondo seu §3º: “Nos termos do art. 73 da Lei 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução 2002/12 do Conselho econômico e Social da Organização das Nações Unidas em participação do titular da ação penal em todos os atos” (redação dada pela Emenda 01 de 2013 à Resolução 125/2010).

Afirmam Rômulo Rhemo P. Braga e Tássio Braz Bezerra que inexistem “qualquer óbice à mediação penal”, no Brasil, portanto.

Nalini (2017, p. 743) chega a dizer que se “abre no campo penal um certo espaço para o consenso”, quando se refere ao tema.

No tocante ao Estado do Paraná, Roberto Portugal Bacellar (2004, p. 880) afirma que “nosso Juizado Especial de Curitiba está desenvolvendo a mediação criminal que já tem apresentado resultados promissores”. O mesmo fez referência ao seu Estado e ao de Goiás, os quais têm aplicado técnicas alternativas para a resolução de conflitos.

Porém, a primeira experiência em mediação penal, no país, ocorreu no Estado de Santa Catarina, no município de Joinville em 2003. A iniciativa partiu do juiz Alexandre Moraes da Rosa e de Juan Carlos Vezzulla, um mediador, e foi exitosa.

Dos projetos-piloto que surgiram em 2005, em número de três, só o implementado em Brasília-DF, utilizou a mediação penal na aplicação para casos de infração de menor potencial jurídico e envolvendo ofensores adultos.

O ato normativo (do CNJ) estabelece que os Tribunais de Justiça deverão criar “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Conflitos”, e estes

poderão implementar e estimular a implementação de programas de mediação penal ou outras práticas restaurativas, visando sua utilização nos conflitos que sejam dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados da Infância e da Juventude.

Rafaela da Porciuncula Pallamolla, no artigo que nominou de “Justiça Restaurativa e Mediação Penal: afinal, qual a relação entre elas?” Alude que “o interessante é que a Resolução confere lugar de destaque para a mediação penal, pois é a única justiça restaurativa que é especificada”².

Para Câmara (2008, p. 201), em casos de que se fala “em reparação, não pode ser pensado como simples compensação do dano patrimonial causado pelo crime, antes como uma oportunidade em direção à resolução do conflito penal”.

No Brasil, as práticas restaurativas iniciaram-se a partir de 2004, ano em que ocorreu a Reforma do Judiciário, conduzindo a uma mudança de paradigmas no Poder Judiciário.

Entre nós, não existe ainda uma legislação específica que regule a mediação penal.

Nalini (2017, p. 743), chega a dizer, referindo-se ao tema no Brasil, que se “abre no campo penal um certo espaço para o consenso”.

No tocante ao Estado do Paraná, Roberto Portugal Bacellar afirma que “nosso Juizado Especial de Curitiba está desenvolvendo a mediação criminal que já tem apresentado resultados promissores” (2004, p. 880). Em seu artigo há ainda referência ao seu Estado e ao de Goiás, os quais têm aplicado técnicas alternativas para a resolução de conflitos.

Oportuno, aqui, é mencionar que no Estado do Paraná, os Centros Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos foram regulamentados pela Resolução n. 002/2016 – NUPEMEC, do Tribunal de Justiça, por intermédio da 2ª Vice-Presidência.

A mediação penal, é oportuno dizer, constitui-se em uma das principais formas para alcançar a justiça restaurativa.

Ainda das experiências, no Brasil, relativas à Justiça restaurativa foram implementadas em 2005, isso através do Projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileira”, organizado e financiado pelo Ministério da Justiça (Secretaria da Reforma do Judiciário), Secretaria Nacional de Direitos Humanos e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Dos projetos-piloto que surgiram em 2005, em número de três, só o implementado em Brasília – DF, utilizou a mediação penal na aplicação para casos de infração de menor potencial jurídico e envolvendo ofensores adultos.

As práticas tidas por restaurativas, com o advento da Emenda n. 1 à Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), receberam novamente impulso.

O ato normativo (do CNJ) estabelece que os Tribunais de Justiça deverão criar “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Conflitos”, e estes poderão implementar e estimular a implementação de programas

² Disponível em: <http://conscienciascriminais.com.br/artigo/justicarestaurativaemediaçãoemgeral>.

de mediação penal ou outras práticas restaurativas, visando sua utilização nos conflitos que sejam dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados da Infância e da Juventude.

Nas ações penais privadas e nas ações condicionadas à representação do ofendido estatuídas na Lei 9.099/95, a mediação pode ser oferecida às partes como oportunidade de autocomposição dos danos evitando as medidas judiciais, conforme prevê o art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95.

Como a Lei dos Crimes Ambientais em certas circunstâncias admite a transação penal, são passíveis de serem levados à mediação penal.

Nos Juizados Especiais como há a possibilidade de transação, tem sido aplicado medidas de caráter não-penal.

Para Câmara (2008, p. 201), em casos em que se fala “em reparação não pode ser pensado como simples compensação do dano patrimonial causado pelo crime, antes como uma oportunidade em direção à resolução do conflito penal” (Programa de Política Criminal orientado para a vítima de crime).

8.4 A MEDIAÇÃO PENAL E CRIMES NO BRASIL

Hoje, consoante fora dito no número anterior, há regramento legal para que se realize e se cumpra programas de mediação penal no país.

Poucos estados, porém, contam com Resoluções de seus Tribunais regulando a atividade de mediação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, cumpriu seu papel editando a Resolução de n. 1124/2016 – COMAG, dispondo no art. 2º, § 1º: “O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ... instalará CEJUSCS ... com competência nos juizados especiais criminais, além de outros.

Em seu artigo 4º estatui:

ARTIGO 4: OS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA ATENDERÃO DEMANDA PROCESSUAL E PRÉ-PROCESSUAL E ATUARÃO NA PREVENÇÃO, NO TRATAMENTO E NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE VERSEM QUALQUER MATÉRIA, JUDICIALIZADA OU NÃO, SEMPRE QUE ADMITIDA A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA POR MÉTODOS CONSENSUAIS, PODENDO TER ABRANGÊNCIA REGIONAL, A CRITÉRIO DO NUPEMEC.

Outro Tribunal de Justiça que editou Resolução foi o do Estado do Rio de Janeiro, a qual leva o n. 19/2009, e que prevê em seu artigo 2º:

Artigo 2º A mediação pode ter lugar antes mesmo da distribuição da ação e ainda que na pendência de recursos interpostos pelas partes, e não se limita aos processos

de natureza civil, aí incluídas, preferencialmente, as questões referentes a consumo, família e relações de vizinhança e todas as demais de trato continuado, mas se estende, também, às ações penais privadas; às públicas que versem sobre infrações de menor potencial ofensivo ou não, quando sujeitas à representação: as públicas incondicionadas de infrações de menor potencial ofensivo quando houver vítima direta, sujeita, entretanto, à apreciação do MP e do Juiz a aceitação do acordo como forma de encerramento do processo por falta de justa causa, e bem assim às demais ações penais públicas, como cláusula ou condição de eventual suspensão do cumprimento da pena ou do processo.

No Estado do Paraná sabe-se que nos Juizados Especiais Criminais desenvolve-se a mediação criminal e também nos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania). Em sua maior parte, são submetidos à mediação as contravenções penais e os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a dois anos (lapso temporal elevado de um ano previsto na Lei dos Juizados Especiais sob nº 9.099/1995, com a vigência da Lei 10.259/2001, que rege o Juizado Especial Federal Criminal).

A título de exemplificação pode-se citar os seguintes crimes capitulados no Código Penal, cuja pena privativa de liberdade prevista seja de até 1 (um) ano, os quais poderão ser encaminhados à mediação: lesão corporal (129, *caput*), perigo de contágio venéreo (130, *caput*), omissão de socorro (135, *caput*), difamação (139, *caput*), violação de correspondência (151), alteração de limites (161 e § 1º) e violação de direito autoral (184).

Com relação à pena privativa de até 2 (dois) anos e apenas para exemplificar (a enumeração de crimes não esgota nestes): subtração de incapazes (249), fraude à execução (179) e exercício de atividade com infração de decisão administrativa (205).

Também podem ser submetidos ao procedimento de mediação ações penais privadas, outras públicas, como cláusula ou condição de eventual suspensão do cumprimento da pena ou do processo.

Certas leis, como a dos crimes ambientais, admitindo em certas circunstâncias a transação penal, são passíveis de serem levados à mediação penal; também no tocante às infrações penais de trânsito previstas no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), os seguintes tipos penais comportam transação e, portanto, podem ser encaminhados a dito procedimento: os previstos nos artigos 303, 304, 305, 307, 308, 309, 311 e 312. Da mesma forma, há crimes capitulados na Lei 9.279, de 14 de maio de 1956, regulando direitos e obrigações relativas à propriedade industrial, dentre eles, os dos artigos 180, 184, 187, 188, 189, 190, 191 e parágrafo único, 192, 193, 194 e 195 (em nenhum deles a pena prevista vai além de 1 (um) ano.

Ainda: crimes previstos na Lei nº 8137 de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem econômica e contra relações de consumo, como os dos artigos 2º e 3º.

Oportuno faz-se lembrar que o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução sob nº 181, de 7 de agosto de 2017, a qual dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigativo criminal a cargo do Ministério Público acerca da não persecução penal (via acordo).

Embora não se tenha notícia da realização de mediação em casos que tais, pode a Resolução servir de subsídio às Resoluções dos Tribunais de 2º grau que ainda não as providenciaram, até mesmo porque ela se refere a acordo, desde que cumpridos certos requisitos.

A mesma não fazendo qualquer alusão ao instituto da mediação, dispõe, no entretanto, no § 1º do art. 18, que não se admitirá a proposta nos casos em que: I. “for cabível a transação penal, nos termos da lei” (o que equivale a dizer, ainda que em outras palavras, ser admissível a mediação).

9 CRIMES TRIBUTÁRIOS TRANSNACIONAIS E MEDIAÇÃO PENAL

Sustenta Fernanda Ravazzano L. Baqueiro que analisando as condutas descritas na Lei 8.137/1990, definindo crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, constata-se que a verdadeira finalidade da lei não é punir o infrator.

A preocupação é como recuperar o patrimônio público lesado (conclusão da letra “k”, à p. 254, obra Mediação Penal nos crimes tributários transnacionais no Mercosul).

A autora conclui pelos fundamentos que apresenta, ser plenamente cabível “a justiça restaurativa nos crimes contra a ordem tributária e que não há afronta à Constituição Federal acerca da existência da Câmara de Justiça Restaurativa [...], o art. 4º da Carta Magna traz dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil nas relações internacionais, a solução pacífica dos conflitos, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina” (p. 255-257).

Sugere a autora, como se vê das conclusões, que seja utilizado o procedimento restaurativo havendo ditos crimes, cuja Câmara deve “ser composta por três mediadores” (p. 257).

Uma de suas conclusões expressamente enuncia que os crimes tributários foram cunhados, não apenas no Brasil, como em diversos países, a exemplo específico das nações integrantes do Mercosul, a partir da real necessidade do fisco em arrecadar (p. 253).

9.1 TERMO FINAL

Uma mediação bem trabalhada conduzirá, “muitas vezes, ao encerramento com um acordo satisfatório para as partes” (Manual

de Mediação Judicial – CNJ, p. 244). Redigir-se-á, então, necessariamente o termo de acordo, por escrito, em linguagem clara, e no dizer de Tania Almeida (2014, p. 183), deve ser “redigido na linguagem dos envolvidos – com ausência de expressões técnicas”.

Devem ser evitadas expressões vagas, muito genéricas, “pois as partes precisam saber exatamente quais serão suas obrigações para a plena realização do acordo e para a satisfação delas mesmas” (Manual antes citado, p. 244).

A acessibilidade às pessoas para as quais se dirige exige clareza na redação.

Não pode o termo omitir pontos relevantes.

Na mediação penal anota-se o que restou solucionado quando nela se chegou a bom termo, brevemente. Também se redige termo quando as partes não acordaram a respeito da resolução do caso levado à apreciação, onde o mediador fará constar que a mediação foi infrutífera.

Lembra Hildebrando de Castro Marques (2017), comentando o aludido artigo 20, à p. 123, que “a mediação se encerra quando as partes chegam a um consenso ou quando se conclui que esse consenso não será alcançado, sendo inútil envidar mais esforços nesse sentido”.

10 TERMO FINAL DE MEDIAÇÃO E TÍTULO EXECUTIVO

Dispõe o art. 20, parágrafo único, da Lei de Mediação, que “o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

O art. 515 do Código de Processo Civil, apontando os títulos judiciais, dentre outros, menciona: a decisão homologatória de autocomposição judicial (inc. II) e a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza” (inc. III).

Evidentemente que um acordo é celebrado para ser cumprido espontaneamente.

O respectivo termo deve sempre expressar obrigações líquidas, certas e exigíveis. Em assim sendo, escumprido poderá ser objeto de execução forçada.

Nas palavras de Francisco José Cahali (2012, p. 50), “eventual descumprimento da transação autoriza a execução segundo as regras de competência específica para tanto”.

CONCLUSÃO

Através do estudo ora realizado pode-se constatar que o instituto da mediação veio em boa hora, justamente quando se tem um Poder Judiciário com sobrecarga de trabalho, que não está conseguindo cumprir a proclamada duração razoável do processo.

A mediação trata-se de uma atividade técnica autocompositiva exercida por um terceiro neutro – o mediador – sem poder de decidir, que trabalha no sentido de conduzir a soluções consensuais, auxiliando as partes.

Na esfera penal é, no Brasil, um setor embrionário; em muitos países, tanto do oriente quanto do ocidente, essa prática é adotada já há algum tempo, dentre outras, podendo ser citados a Bélgica, a França, o Sri Lanka e as Filipinas.

Em nosso país, no Direito Comparado, é que se pode obter subsídios.

Através do presente estudo verificou-se que nosso ordenamento jurídico, aos poucos, vem assimilando essa ideia de mediação no campo penal.

Inicialmente, trabalhou-se com os crimes e contravenções penais cuja pena não fosse superior a um ano; depois passou-se a trabalhar com os crimes cuja pena não fosse superior há dois anos; num caso e noutro, onde se tem infrações consideradas de menor potencial ofensivo (Leis sob nos. 9.099/1995 e 10.259/2001, respectivamente, atinentes aos Juizados Especiais Criminais (Justiça Ordinária) e Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal).

Conclui-se, também, que a mediação prima pela celeridade e pela informalidade; que ela privilegia o consenso, entregando às partes a resolução do conflito; que elas têm conseguido êxito na empreitada, sentindo-se empoderadas; que esse instituto (mediação) comporta interdisciplinaridade: que a mediação e os outros meios de resoluções consensuais de conflitos foram instituídos no Brasil como políticas públicas.

Ainda do estudo conclui-se: que a própria Constituição Federal, a Constituição cidadã, estimula a solução pacífica das controvérsias (no seu preâmbulo e no art. 4º, VII), que há, no mundo, tanto em países do Oriente quanto do Ocidente, um incremento dessa prática; que a pessoa do mediador necessita possuir curso superior e formação no setor; que os princípios que orientam a mediação precisam ser respeitados.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tania. Caixa de Ferramentas. São Paulo: Dash, 2014.
- ALVIM, Teresa Arruda (coord.) Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais. In: Doutrinas essenciais, arbitragem e mediação. Arnold Wald (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. Mediação penal nos crimes tributários transnacionais no Mercosul. Curitiba: Juruá, 2018
- BELEZA, Teresa Pizarro; MELO, Helena Pereira de. A mediação penal em Portugal. Coimbra: Edições Almedina, 2012.
- BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceito e técnicas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Antonio Garcia Lopes (coord.). Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; BEZERRA, Tássio Fábio Braz; SILVA, Maria Coelho Nobre da. (coord.). Curitiba: Juruá, 2015.
- BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Lei n. 9.503/1997.
- BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva com colaboração de Pinto, Antônio Luiz de Toledo et. alii. 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. (crimes ambientais).
- BRASIL. Lei n. 8.137, de 27/12/1990 (crimes contra a ordem tributária).
- BRASIL. Lei n. 10.259/2001 (Juizados Especiais Cíveis, Federais e Estaduais).
- BRASIL. Lei n. 9.099 de 26/09/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Comum).
- BRASIL. Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público de 07/08/2017.
- BRASIL. Resolução CNJ nº 125/2010 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STF/CNJ/Res_125_10.html. Acesso em: 01 ago. 2019.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 ago. 2019.
- BRASIL. Lei de Mediação nº 13.140 de 26/06/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 01/ago/2019.
- BRASIL. Resolução 02 do NUPEMEC de 21/03/2016.
- BRASIL. Resolução n. 59 de 03 de setembro de 2012. Criando os núcleos e os centros.
- BRASIL. Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2006.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.
- CABRAL, Marcelo Malizia. Coleção Administração Judiciária. Os meios de solução de conflitos. Porto Alegre: TJRS, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

- CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord.). Lei de Mediação comentada artigo por artigo. Indaiatuba, SP: Ed. Foco, 2018.
- CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, mediação e conciliação. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientada para a vítima de crime. Brasil: 2008.
- CAMARGO SOBRINHO, Mario de. Comentário ao art. 421 do Código Civil. In: COSTA MACHADO (org.); CHINELLATO, Silmara J. (coord.). Código Civil Interpretado. 9.ed. Barueri, SP: Manole, 2016.
- CARRASCO, Marta Blanco. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos – una visión jurídica. Madrid: Reus S.A., 2009.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-quadro do Conselho de 15 de março de 2001. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/baa3e644-164a-444f-9006-1a50f10bddda/language-pt>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DA OAB. Resolução n. 02 de 19/10/2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Da mediação. In: Lei de mediação comentada artigo por artigo. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1, 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- FAGET, Jacques. La médiation essai de politique pénale. Ramonville Saint-Agna: Editions Erès, 1997.
- FANKHAUSER, Claudine Lang Stümpfle. Origem e histórico da mediação. In: Alejandro Montrial et al; MARCO Felix Jobim (org.). Inquietações jurídicas contemporâneas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Salles, Carlos Alberto; Marco Antônio Garcia L. Lorencini; Paulo Eduardo A. da Silva (coord.) 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GROSMAN, Claudia Frankel et al. Mediação no Judiciário. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual de arbitragem e mediação. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. Dicionário de língua portuguesa. Rio: Objetiva, 2001.
- MARQUES, Hildebrando da Costa. Comentário do art. 20 da Lei de Mediação. In: Trícia Navarro Xavier Cabral e Cesar Felipe Cury. Lei de Mediação comentada artigo por artigo. Indaiatuba, São Paulo: Ed. Foco, 2018.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Comentário ao art. 168 do Código de Processo Civil. In: Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Tereza Arruda Alvim et al (coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- MÉRY, Y.; THOENIG, J.C. In: Politiques Publiques. Paris: Puf, 1983.
- MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2.ed. Porto Alegre: ARTmed, 1998.

- MESSUTI, Ana. O tempo como pena. Tradução de Antonio Dix Silva; Maria Clara Veronesi Toledo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- MUNIZ, Déborah Lúcia Lobo. Mediação: estudo comparativo. In: SOUZA, Luciane Moessa de (coord). Mediação de conflitos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- NALINI, José Roberto. O Brasil e a mediação geral. In: Doutrinas essenciais, arbitragem e mediação. Arnold Wald (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal e Justiça. Curitiba: Juruá, 2013.
- PADILHA, Rosemary Damaso. Mediação Sistêmico-Integrativa. Curitiba: Amanapaz, 2004.
- PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. Justiça restaurativa e mediação penal. Disponível em: [http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/justica restaurativa e mediação penal e qualarela](http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/justica%20restaurativa%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20qualarela).
- PARANÁ. Decreto Judiciário do TJPR n. 286, de 21/03/2016.
- PELIKAN, Christa. General principles of restorative justice. In: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal negociada. Curitiba: Juruá, 2016.
- PORTUGAL. Lei n. 21/2007 de 12/06 (Lei de Mediação de Portugal).
- RECOMENDAÇÃO 19 DO CONSELHO DA EUROPA. Disponível em: [http://www.medicadeconflitos.pt Area 6 e subárea 2 e ID=40](http://www.medicadeconflitos.pt/Area%206%20e%20sub%C3%A1rea%202%20e%20ID=40). Acesso em: fev. 2020.
- RIBEIRO, Jeancezar Dittz de Souza. Mercosul Direito da Integração e solução de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: Mediação de conflitos. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Arbitragem, mediação, conciliação e negociação. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SALES, Lília Maria de Moraes. Mediação de conflitos: família, escola, comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SALES, Lília Maria de Moraes. Mediare: um guia prático para mediadores. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- TULKENS, Françoise. In: Processos penais da Europa. MARTY, Mireille Delmas (org.). Tradução: Fauze Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- VEZZULLA, Juan Carlos. Comentários sobre a mediação em âmbito penal. In: Colóquio de Discussões Públicas do Anteprojeto de Proposta de mediação penal na Argentina. Buenos Aires, 2007.
- ZAPPAROLI, Célia Regina. Mediação em violências. In: Conciliação, mediação ensino em construção. BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (coord.) São Paulo: Enfam, 2016.

CONCILIAÇÃO: LEGISLAÇÃO, TÉCNICAS QUE AUXILIAM NA CONDUÇÃO DA AUDIÊNCIA, VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MÉTODO E EXEMPLOS PRÁTICOS DE ATUAÇÃO DO CONCILIADOR

CONCILIATION: LEGISLATION, TECHNIQUES TO ASSIST IN CONDUCTING THE AUDIENCE, ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF THE METHOD AND PRACTICAL EXAMPLES OF ACTION OF THE CONCILIATOR

Accácio Cambi³

INTRODUÇÃO

No Brasil, as leis que disciplinam a conciliação têm como marco inicial as Ordenações Filipinas/1603 (Livro III, título XX, parágrafo 1º); Constituição Imperial/1824 (arts. 161 e 162); Lei de 15.10.1827 (art. 5º, inc. I); Regulamento nº 737/1850 (art. 23); Consolidação das Leis de Processo Civil do Conselheiro Ribas (art. 185); na legislação de alguns Estados, autorizados pelo texto da Constituição de 1891; CPC de 1939 não acolheu o instituto da conciliação; CLT (Decreto-lei nº 5.452/1943, arts. 847/862); Lei nº 968/1949, nas ações de desquite e de alimentos; CPC de 1973 (arts. 125, inc. IV, e 447-449); Juizados Especiais (Lei nº 9099, arts. 2, 21 e 22); CPC/2015 (arts. 334; 334, par. 9º e 335.

O C. P. Civil, além de disciplinar o instituto, também facultou ao juiz, em todos os graus de jurisdição, a *“tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”* (inc. IV, do artigo 125, do CPC).

Portanto, antes de iniciar a audiência, após a instrução e até depois de proferir a sentença, ou mesmo em grau de recurso, SEMPRE o juiz deve tentar solucionar a questão amigavelmente. Essa é a intenção do legislador pátrio.

1 TÉCNICAS QUE AUXILIAM NA CONDUÇÃO DA AUDIÊNCIA

Existem algumas orientações que, observadas pelos juízes, advogados e partes, contribuirão para melhor encaminhar a conciliação e eventuais acordos:

a) Ao juiz

Para o sucesso da conciliação, é necessário que o magistrado conheça integralmente os autos, para sem ferir sua imparcialidade, demonstrar as vantagens de um acordo, expondo a posição legal e jurisprudencial sobre as questões controvertidas, permitindo que as partes reflitam à luz da lógica e do direito as vantagens da conciliação; cabe-lhe, também, envidar esforços no sentido de obter a composição amigável da lide, abstando-se, porém, de fazer pressão sobre qualquer das partes para que aceite um acordo em termos a que não se mostra disposta a anuir, devendo o juiz, especialmente,

³ Especialista em Processo Civil. Desembargador aposentado. Conciliador voluntário do TJPR.

evitar que transpareçam de sua intervenção indícios de um prejulgamento da causa (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 94).

b) Aos advogados e as partes

Os advogados podem presenciar a tentativa de conciliação, e às partes é lícito consultá-los reservadamente sobre quaisquer pontos a cujo respeito desejem esclarecer; não é necessária, porém, a mediação dos advogados no diálogo entre cada uma das partes e o juiz, que há de atender pessoalmente a todo pedido de esclarecimento que alma delas prefira dirigi-lhe (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 94).

2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA CONCILIAÇÃO

2.1 VANTAGENS

O texto bíblico (Mateus 5, 25) já recomendava a solução amigável dos conflitos: “Entre em acordo sem demora com o teu adversário, enquanto estás em caminho com ele, para que não suceda que esse adversário te entregue ao juiz e o juiz te entregue ao seu ministro, e seja posto em prisão”.

O instituto da conciliação é um meio eficiente de garantir a celeridade na tramitação dos processos, pois o acordo, firmado pelas partes, proporciona com mais rapidez e economia a solução das causas levadas a Juízo, quer porque põe fim ao litígio, pelo fato de que, desde logo, o autor recebe a contraprestação acordada, quer porque, também, restabelece a amizade, muitas vezes rompida pelo ajuizamento da ação. Mesmo na hipótese de não se obter um acordo total, na grande maioria dos casos se consegue diminuir os pontos controvertidos, tornando a prestação jurisdicional mais célere, pois a conciliação tem por finalidade apressar e facilitar a composição dos litígios. Além disso, propicia às partes pessoalmente expor sua visão dos fatos e até sua condição financeira, facilitando o diálogo direto entre os litigantes, a ponto de se chegar a um acordo amigável.

2.2 DESVANTAGENS

Em matéria de família, por exemplo, nem sempre o acordo, firmado pelo casal, em audiência surte efeito duradouro, porque, muitas vezes, existem, ressentimentos, frustrações, recalques que explicam o comportamento dos cônjuges o que acabam tornando cada processo com características muito particulares (ANDRIGHI, 2004).

Para contornar essa situação, é necessário que o juiz disponha de informações técnico-científicas capazes de trazer luzes, a fim de que o julgamento possa ser justo e adequado, bem como observe a individualidade de cada litigante e a relação matrimonial vivida (ANDRIGHI, 2004). Além disso, ocorre, às vezes, que a tentativa de salvar os matrimônios solapados pelos desajustes, nos quais estaria totalmente excluída a viabilidade de reconciliação, está estreitamente legada à antiga idéia de limitar a dissolução da sociedade conjugal, sem nefasta, estritamente aos casos em que a decomposição da família se revelasse extremada

e irreversível e, por isso, a experiência tem demonstrado o relativo ou inexpressivo êxito do expediente de recuperação (CAHALI, 2002).

Outra desvantagem, que tenho observado em algumas audiências de conciliação, refere-se aos honorários advocatícios: resolvido o conflito pelo acordo, a verba honorária fica a cargo de cada uma das partes, isto muitas vezes dificulta a concretização do acordo. Nos conflitos em geral, porém, como empréstimos bancários para aquisição de veículos, de bens imóveis, ou de contratos de mútuo, casos mais frequentes nas audiências de conciliação, verifica-se que o instituto é bem acolhido pelas partes, porque são os bancos, financeiras e outros credores, que selecionam as demandas e solicitam a sua inclusão na pauta de audiência, oferecendo, desde logo, propostas vantajosas de acordo.

3 EXEMPLOS PRÁTICOS DE ACORDOS REALIZADOS EM AUDIÊNCIA

Nesta sequência, seguem alguns exemplos de fatos ocorridos em audiências, por mim presididas, e que demonstram como o conciliador deve ser hábil para conduzir com acerto a audiência e, afinal, se possível, conduzir as partes para, amigavelmente, chegarem ao melhor acordo. São fatos inusitados ocorridos em audiência, quando o emocional das pessoas extrapolou de tal maneira, que exige do conciliador muita paciência e compreensão, para que possa, com tranquilidade e boa vontade, chegar a uma solução amigável para o conflito.

A audiência envolvia um banco credor e um médico devedor. Na presença das partes e de seus advogados, iniciei a audiência com as formalidades de praxe: apresentei-me; destaquei a importância de solucionar a demanda pela via da solução amigável; resaltei que o acordo traria benefícios a ambas as partes (solução rápida da ação, com redução das despesas: custas e honorários, entre outras). Logo no início, percebi que o médico era pessoa simples e de certa idade e que estava ansioso para resolver a questão, porque era o único imóvel que possuía e estava na iminência de perdê-lo. Tratava-se de uma ação de financiamento bancário; o réu atrasou no pagamento das prestações; a demanda foi julgada procedente e confirmada pelo Tribunal, e o imóvel, objeto da ação, já tinha sido adjudicado pelo banco, restando, apenas, o pedido de imissão na posse. Logo, se não houvesse uma solução amigável, o devedor teria que desocupar o imóvel imediatamente. No entanto, após várias tratativas e graças a cooperação do banco que compreendeu a situação difícil do médico, as partes acertaram: o banco refinanciou a dívida, desistiu da demanda, possibilitando, assim, que o devedor continuasse ocupando o imóvel. Assim, concluído o acordo, as partes deixaram a audiência felizes: a solução do conflito atendeu aos interesses de todos, inclusive da esposa do devedor que se encontrava presente na audiência.

Em outra ocasião, participei de uma audiência de conciliação, envolvendo uma empresa aérea e um casal, que pleiteava da empresa indenização por danos materiais e morais. O pedido estava baseado no fato de que, na realização de uma viagem de Curitiba para Maringá, onde o casal

e um filho menor iriam participar de um casamento, as malas foram extraviadas, de forma que eles não puderam participar da cerimônia do enlace. Na audiência, os ânimos ficaram muito exaltados, sobretudo a mulher que estava inconformada, por não ter participado do casamento, devido ao extravio das roupas do casal e do filho, ainda mais porque este seria pajem: deveria levar as alianças dos noivos na cerimônia religiosa. O emocional, a princípio, não permitiu que se chegasse a uma solução amigável. Então, apelei para o racional, insistindo para que houvesse uma composição, sobretudo dado às circunstâncias especiais em que ocorrem os fatos. Assim motivados, a empresa pedir desculpas ao casal e propôs pagar as despesas contraídas e a indenizar os danos morais pretendidos. Aceita a proposta, conflito encerrado.

As audiências de conciliação são realizadas, normalmente, sem qualquer incidente. Porém, participei de uma audiência que exigiu de mim todo empenho e experiência para pôr fim a audiência sem obter uma solução amigável, mas pacificamente. Tratava-se de uma ação de indenização: uma empresa pleiteava da outra aluguéis pela ocupação de um barracão e indenização pelos danos causados no móvel. Na audiência, presentes os diretores das empresas e seus advogados, após ouvir as versões das partes, apresentei várias soluções para solucionar a demanda, mas sem obtiver qualquer êxito. Em seguida, os diretores dialogaram sobre os fatos relacionados com a demanda, de forma pacífica. Porém, a seguir, passaram a agredir mutuamente com palavras. A agressão foi tão calorosa que, em certo momento, eles levantaram para se agredirem fisicamente. Nessa altura, coloquei-me de pé, com os nervos já abalados pelo “espetáculo” que assistia, e chamei a atenção de ambos. Disse-lhe que eles tinham sido convidados para participarem de uma audiência de conciliação e não para agredirem verbal ou fisicamente. Recordei-lhes que, na condição de conciliador, no exercício daquela função há mais de dez (10) anos, jamais tinha participado de uma audiência em as partes tivessem um comportamento tão inadequado e reprovável. Depois de reprovar a atitude, pouco educada das partes, antes de encerrar a audiência, as partes e seus advogados pediram desculpas pelo ocorrido.

CONCLUSÃO

Ao elaborar o presente texto, meu objetivo foi apresentar um pouco da experiência adquirida no exercício da função de conciliador e que venho exercendo desde a criação do serviço, ocorrida em 2008. Além disso, sempre mantive especial atenção pelo tema, não só pela sua importância no estudo do Processo Civil, mas também pela sua grande utilidade na solução dos conflitos de interesses, que, nem sempre, são resolvidos via decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- AURÉLIO, Dicionário. 11. ed. São Paulo: Editora Civilização Brasileira S.A.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novo Processo Civil Brasileiro. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 2002. Ed. Revista dos Tribunais.
- PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). Juizado Especial de Família. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Edição 2004.

O IMPACTO DOS MECANISMOS PROCESSUAIS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA TUTELA DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL FEDERAL

THE IMPACT OF SOCIAL PARTICIPATION PROCEDURAL MECHANISMS IN THE PROTECTION OF FEDERAL INFRACONSTITUTIONAL LAW

Luiz Rodrigues Wambier ⁴

1 O PAPEL DO STJ COMO TRIBUNAL DA CIDADANIA

No fim da década de 1980, o sistema judiciário brasileiro, que conferia a um único tribunal (Supremo Tribunal Federal) a responsabilidade pelo julgamento dos recursos de estrito direito, converteu-se para um cenário composto de duas cortes, cada qual com suas respectivas obrigações constitucionais: ao STF, a Constituição reservou o papel de corte constitucional; ao STJ, foi designada a tarefa, de grosso modo, uniformizar a aplicação do Direito Federal.

Essa fragmentação, que demandou certa adaptação da sociedade e dos operadores do direito, logo permitiu que o STJ contribuísse profundamente para a interpretação do direito federal, decidindo temas fundamentais no campo infraconstitucional. A apreciação desses temas consagrou o papel constitucional do STJ, conferindo-lhe, com razão, a designação de Tribunal da Cidadania.

A designação do STJ como órgão competente para a análise de matérias sensíveis ao exercício da cidadania se deve, ao menos, a dois fatores principais. Em primeiro lugar, a Constituição Federal lhe atribuiu competência antes pertencente ao STF: a de zelar, em última instância, pela integridade do direito infraconstitucional federal (art. 104, inciso III, Constituição Federal) (GALLOTTI; DANTAS apud FUX; FREIRE; DANTAS, 2014, p. 155). Além disso, o movimento de ampliação do acesso à justiça, iniciado na década de 1980, permitiu a discussão judicial de temas socialmente delicados que, em outro cenário, não chegariam à apreciação pelas Cortes Superiores.

O que importa ressaltar é a relevância da ampliação do acesso à justiça para a própria caracterização do STJ como Tribunal da Cidadania. Na medida em que aspectos técnicos e financeiros perdem força como obstáculos para o acesso ao Judiciário, questões atinentes ao cidadão comum passam a ser objeto de análise nas Cortes Superiores. Apesar da discussão sobre o acesso à justiça não se ter iniciado com a Constituição de 1988, foi através dela que o debate acerca do tema ganhou maior significância.

⁴ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor no programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado com intensa atuação no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Sócio do escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6038245889031645>.

O reconhecimento do aspecto substancial do princípio da igualdade se deve, especialmente, ao trabalho doutrinário desenvolvido na última metade do século passado. A partir desses estudos, a igualdade deixou de ser vista tão somente sob seu aspecto formal, consagrado pela concepção liberal de Estado. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, por exemplo, preocuparam-se em retratar, ainda na década de 1970, os entraves para o efetivo acesso à justiça ao redor do mundo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 1). Estudos teóricos e empíricos, unidos, demonstraram o caminho e as ferramentas capazes de dar concretude às teorias formuladas.

Em suma, assegurar a igualdade em sua perspectiva material implica tratar os desiguais de forma desigual, na proporção de sua desigualdade. Significa que a mera previsão legal de direitos é insuficiente para garantir a isonomia entre os cidadãos, sendo necessária a consideração de aspectos que afetam a eficácia legislativa, tais como as circunstâncias socioeconômicas dos destinatários da norma⁵.

Com isso se quer dizer que a previsão abstrata do direito ao acesso à justiça não garante, automaticamente, um acesso efetivo ao Poder Judiciário. Para que isso aconteça, é necessário que o ordenamento jurídico disponha de meios para operacionalizar esse direito.

Em estudo de Marc Galanter, publicado em 1974, destaca-se a necessidade de formulação de políticas judiciárias ajustadas à realidade socioeconômica. Após classificar os tipos de litigantes em eventuais (*one-shot litigator*) e habituais (*repeat players*), Galanter conclui que os cidadãos com melhores condições financeiras (*"haves"*), por disporem de mais recursos técnicos e econômicos, conseguem realizar melhor avaliação do custo da litigância que promovem. Na medida em que são litigantes habituais, adquirem mais experiência para exercê-la com excelência, de modo que podem assumir, com mais facilidade, os riscos do processo, o que os coloca em situação de vantagem em relação aos litigantes eventuais (GALANTER, 1974).

Por outro lado, os litigantes menos favorecidos (*"have nots"*) são os que mais se aproximam do que Galanter chamou de *"one-shot litigator"*, os litigantes eventuais. Para esses, o peso de uma demanda judicial é bem mais expressivo do que para os litigantes habituais. A ausência de recursos para custear advogados, peritos e despesas processuais, assim como a impossibilidade de suportar o tempo da demanda torna essa classe de litigantes mais propensa à desistência de suas ações.

Visualizar o processo civil sob o ponto de vista da igualdade material exige, essencialmente, estar ciente das assimetrias de ordem técnica e econômica que permeiam as relações sociais e influenciam a própria resolução das demandas. Levando essas alteridades em consideração, é necessário buscar meios para minimizá-las.

⁵ Nesse sentido, v. GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Émerson dos (orgs.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 19.

Nessa altura é que se revela a importância da pesquisa desenvolvida por Cappelletti e Garth acerca do tema do acesso à justiça. Nessa obra, investigando a evolução do direito ao acesso à justiça no mundo, Cappelletti e Garth identificam três principais movimentos relativos ao acesso à justiça: o primeiro, relacionado à garantia de assistência judiciária aos menos favorecidos; o segundo, que se refere à representação dos interesses difusos em juízo e aos obstáculos organizacionais ao acesso à justiça; e o terceiro movimento, denominado “ênfase do acesso à justiça”, que buscava a instituição de métodos alternativos de resolução de conflitos e a construção de uma nova mentalidade pelos juristas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Na Constituição de 1988, os dois primeiros movimentos relativos ao acesso à justiça foram absorvidos de forma mais intensa. A instituição, por exemplo, da Defensoria Pública e da assistência jurídica integral aos hipossuficientes – nítidas expressões do primeiro movimento – permitiu, e têm permitido, que considerável parte das assimetrias de ordem técnica e econômica sejam compensadas (ROCHA, 2016, p. 275).

A expansão do acesso à justiça também se deve, em grande parte, à atuação do STJ. Demandas que discutem questões sociais e econômicas sensíveis que, em outras circunstâncias, não seriam instauradas, são ajuizadas e chegam às Cortes Superiores. Nesse contexto, o STJ julga questões jurídicas provenientes de diversos cenários sociais, construindo a interpretação do direito infraconstitucional também a partir deles.⁶

Se, por um lado, a democratização do acesso à justiça contribuiu para a interposição massiva de recursos perante o STJ – o que compromete a efetividade jurisdicional –, por outro, as ações propostas por litigantes eventuais passaram a ser apreciadas e debatidas em nível nacional. Apesar dos problemas relativos à gestão da litigiosidade de massa, os benefícios para a democracia são inegáveis.

A proposta do Código de Processo Civil de 2015 foi a de potencializar o diálogo no âmbito do STJ, a partir do aprofundamento de mecanismos de participação e representatividade dos cidadãos no processo. O objetivo do legislador foi o de promover maior aproximação entre julgadores e jurisdicionados, ampliando o debate em casos de grande relevância social.

⁶ Confira-se, a propósito, passagem do Min. Nefi Cordeiro, no que diz respeito aos julgamentos, pelo STJ, de temas sensíveis aos social e economicamente desfavorecidos: “Aliás, destaco que por vezes se noticia o beneficiamento em recursos a acusados ricos, com advogados capazes de fazer chegar os processos à instância excepcional. Engano. A maioria dos nossos julgamentos é de crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas, por réus pobres, merecendo muitas vezes até atendimento pelas muito eficientes Defensorias Públicas. A todos a justiça se dá por igual.” In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC nº 509.030/RJ. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC509030%20Min.%20Nefi%20Cordeiro.pdf. Acesso em: 17 mai. 2019.

2 O NOVO SISTEMA PROCESSUAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STJ

Tendo em vista o papel do STJ enquanto tribunal responsável pela interpretação e aplicação em última instância de toda a legislação federal infraconstitucional, torna-se ainda mais evidente a função que exerce na manutenção da integridade do ordenamento jurídico. Embora a última palavra sobre a interpretação da legislação federal caiba ao STJ, o Código contém mecanismos que asseguram maior participação das partes e da própria população no processo decisório.

Há, em seu texto, exemplos contundentes dessa preocupação com a democratização do processo: (I) o sistema de precedentes, que reforça a função paradigmática das Cortes Superiores do país, em atenção à isonomia e segurança do jurisdicionado; (II) a previsão expressa, no art. 138, do *amicus curiae*, passando a admiti-lo em um elenco maior de circunstâncias, sobretudo naquelas que envolvam decisões de amplo alcance social; e (III) a adoção da concepção participativa de contraditório, que impõe ao juiz o dever de diálogo com as partes.

O tratamento exaustivo dos tópicos enumerados exigiria aprofundamento incompatível com a natureza deste ensaio. Serão feitas, então, breves anotações sobre os principais aspectos de cada assunto, todos necessários para compreensão do tema central.

Precedente judicial é tradicionalmente compreendido como a decisão que, decorrido certo tempo, passa a ser invocada e interpretada como parâmetro para a elaboração de decisões futuras. Ou seja, a qualidade de precedente apenas se verificaria em momento posterior ao julgamento no qual a decisão foi emanada. Mais recentemente, todavia, a expressão passou a ser utilizada no país como referência a decisões predestinadas a vincular a interpretação de determinada questão, antes mesmo de proferidas.⁷

O sentido original do termo continua sendo usado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Mas, de acordo com a segunda concepção, bastante difundida no direito brasileiro, precedentes são pronunciamentos judiciais que já nascem com a expressa finalidade de servir como base para outros julgamentos. Nos últimos anos, testemunhou-se a criação de novos instrumentos processuais designados à vinculação das decisões futuras. As decisões proferidas no bojo desses mecanismos passaram a ser chamadas, genericamente, de precedentes vinculantes.

Nesse contexto, o CPC/2015 veio não só dar maior concretude ao sistema de precedentes já existente, como também adicionar novas hipóteses de decisões vinculantes, cada qual com sua respectiva força. A criação de um microsistema de formação de precedentes, todavia, não conduz à conclusão de que a lei tenha deixado de ser a fonte primária de direito no ordenamento

⁷ Sobre o tema, conferir, com mais vagar: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 2, p. 735-737.

jurídico brasileiro. A aproximação dos sistemas da *common law* e *civil law*, com a valorização dos textos legais positivados e da jurisprudência, respectivamente, não justifica apressada equiparação.

Os precedentes, no sistema anglo-saxão, são fruto de tradição jurídica secular. Sua força vai muito além da mera eficácia prevista em lei, típica da *civil law*. A jurisprudência, ao lado dos costumes, compõe o ordenamento jurídico inglês há tempo suficiente para ser respeitada sem ameaça de sanção posterior. Já na tradição romano-germânica (2020, p. 695), o primado da lei foi gradualmente dando espaço à interpretação judicial, sem que os precedentes formados substituíssem a norma aplicada.

As diferenças estruturais entre ambos os sistemas jurídicos, bem como a constatação de que o irromper da valorização da jurisprudência nos tribunais brasileiros é anterior à atual legislação processual, não permitem dizer que o CPC/2015 tenha dado origem a um sistema de precedentes. O que fez o novo código foi reiterar e aprofundar sistema de julgamento já instituído, tanto por meio de alterações no regramento de institutos processuais já existentes quanto pela criação de outros novos.

Com o intuito de promover a uniformização da jurisprudência, o Código reforçou a necessidade de observância das decisões proferidas sob o rito dos julgamentos de recurso especial e extraordinário repetitivos, assim como dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Relativamente ao STJ, unificou-se a disciplina dos recursos especial e extraordinários repetitivos. Instituído pela Lei 11.672/2008, o recurso especial repetitivo teve sua eficácia ampliada na nova legislação processual. Se, anteriormente, apenas os recursos especiais referentes à mesma questão de direito ficavam sobrestados, atualmente, o código impõe a suspensão de todos os processos em trâmite no país, em qualquer instância.

Além disso, autoriza-se a instauração de reclamação constitucional caso tese fixada no julgamento do recurso especial repetitivo não seja aplicada, desde que esgotadas as instâncias ordinárias, conforme o art. 988, § 5.º, II, na redação dada pela Lei 13.256/2016. As teses fixadas sob o rito dos repetitivos somente poderão ser afastadas mediante a demonstração da distinção do caso concreto em face daquele julgado pela Corte (*distinguishing*) ou pela superação de seu entendimento (*overruling*).

3 O EFEITO VINCULANTE DOS “PRECEDENTES” E O CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A decisão judicial é dotada de força vinculante na medida em que possui algum grau de imperatividade. Ou seja, toda decisão do tribunal, em maior ou menor escala, possui força vinculante, mesmo que somente em relação à instância inferior, no bojo do processo onde emanada. Por exemplo: a decisão do órgão de segundo grau que dá provimento ao recurso de apelação, condenando o apelado à prestação de alimentos, vincula o juízo

que processou a causa no primeiro grau, que deverá, a pedido do exequente, intimar o executado para, no prazo de 3 dias, realizar o pagamento do débito.

A aferição da força vinculante de uma decisão judicial depende, portanto, da análise do grau de sua vinculação para além do processo no qual foi proferida. Tem-se, então, a vinculação padrão, a vinculação média e a vinculação forte (a que se pode também chamar de força vinculante em sentido estrito)⁸.

Trata-se a primeira, a vinculação padrão, da tradicional força persuasiva da jurisprudência, de modo geral, nos sistemas da civil law. Essa força decorre da orientação geral de que deve haver coerência e uniformidade na jurisprudência.

A vinculação média (ou eficácia vinculante), por sua vez, consiste na possibilidade de simplificação do procedimento, mediante a autorização que a lei confere ao Poder Judiciário e à Administração Pública, em razão da existência do precedente. É o caso da disposição do art. 932, IV e V, do CPC, que permite que o relator decida monocraticamente o recurso quando ancorado em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, em acórdão proferido no regime de julgamento de casos repetitivos ou em tese fixada em incidente de assunção de competência. Embora exista, nas hipóteses citadas, a obrigatoriedade de respeito ao precedente, como a seguir se verá, o cerne da *vinculação média* **não reside na sua autoridade, mas na possibilidade de abreviação do procedimento diante da aplicação do entendimento nele veiculado.**

Já a vinculação forte (ou força vinculante em sentido estrito) guarda em si a imperatividade da observância ao precedente. Coloca-se em causa o respeito à autoridade do órgão prolator da decisão, de modo que a lei autoriza a formulação de reclamação perante o tribunal.

As decisões do STJ, proferidas sob o regime dos repetitivos, revestem-se tanto de vinculação média quanto de força vinculante em sentido estrito. É que possibilitam a simplificação do procedimento (até mesmo para a Administração Pública, dispensando-se a remessa necessária, por exemplo) e também podem ser objeto de reclamação quando desrespeitadas, desde que tenha havido o prévio esgotamento das vias ordinárias de impugnação.

A redação original do inc. IV do art. 988 do CPC/15 dispunha o cabimento de reclamação para garantir a observância de “precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”. Isto é, diante da não aplicação da tese fixada tanto em incidente de assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas como em recursos repetitivos, a reclamação poderia ser imediatamente formulada.

⁸ Sobre o tema, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, volume 2. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 737 e seguintes. Ver também, de Eduardo Talamini, “Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’)”. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim (Coords), v. 12, p. 136-143.

A regra foi alterada pela Lei n. 13.256/16, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, que alterou também o § 5.º do art. 988, para estabelecer o cabimento da reclamação relativamente aos recursos repetitivos somente depois de esgotadas as instâncias ordinárias.

A imposição dessa etapa como requisito para o cabimento da reclamação ao STJ não significa que se tenha retirado dos recursos repetitivos a força vinculante em sentido estrito. Tratou-se, precisamente, de alteração legislativa que buscou evitar o aumento desnecessário do volume de trabalho nos Tribunais Superiores, na medida em que o próprio relator no tribunal de segundo grau, detectando que o precedente não foi respeitado, pode dar provimento ao recurso para monocraticamente aplicá-lo, depois de facultada a apresentação das contrarrazões (art. 932, V, b).

3.1 CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO

O contraditório, na qualidade de garantia de sede constitucional, passou por profunda ressignificação nos últimos tempos, de modo a desempenhar papel ainda mais relevante na construção democrática do direito. Por longo período, a garantia do contraditório foi circunscrita ao direito da parte à ciência acerca da existência de pedido contra si formulado e da prática de todos os atos processuais com a consequente concessão de oportunidade de resposta (binômio “ciência x reação”) (WAMBIER; TALAMINI, 2020, p. 74 - 75).⁹

Essa concepção, embora tenha sido amplamente admitida, mostrou-se insuficiente com o passar do tempo. A restrição do contraditório ao diálogo processual entre as partes acabava por deixar de lado dos contornos dessa garantia a participação do juiz. Concepções mais modernas passaram a questionar se essa exclusão garantiria efetivamente o contraditório, ou se estaria inserido no conteúdo dessa garantia verdadeiro dever de diálogo entre juiz e partes. Parte-se do pressuposto de que o contraditório não se concretiza substancialmente se às partes não for conferida a oportunidade de real influência na formação convicção judicial.

O legislador do CPC/2015, consciente dessa dimensão do contraditório, ajustou sua extensão às imposições do processo civil constitucional (DIAS, 2017, p. 1-13). A leitura acerca do contraditório, nesse contexto, deve ser feita a partir de duas dimensões: a formal e a material. Enquanto a primeira está associada à oportunidade de participar do processo, dele tendo ciência e nele se manifestando, a segunda diz respeito ao direito de efetiva influência no convencimento judicial. Não basta permitir que as partes saibam o que acontece e se manifestem no processo. É necessário garantir que sejam

⁹ Para Cândido Rangel Dinâmico, ressalve-se, dever-se-ia falar em um “trinômio”: “pedir-alegar-provar”, devendo ser dada a cada uma das partes a oportunidade de “participar pedindo, participar alegando e participar provando”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Processo Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I., p. 221 – 224.

ouvidas e tenham seus posicionamentos considerados, principalmente quando a decisão proferida lhes é desfavorável (FARIA, 2017, p. 209).

A fim de consagrar a dimensão material do princípio do contraditório, o legislador do CPC/2015 veiculou no § 1.º do art. 489 regras de metodologia a serem seguidas pelo magistrado para que se considerem fundamentadas as decisões judiciais. É que de nada adiantaria garantir às partes a oportunidade de efetivamente participar e influenciar a formação da convicção judicial se ao juiz não coubesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes trazidas ao processo.

Por isso, conforme prevê o dispositivo, não pode o juiz apenas indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem demonstrar a relação com a causa ou com a questão decidida. Da mesma forma, não pode utilizar conceitos jurídicos indeterminados, sem indicar a relação com a situação concreta. Proíbe-se, igualmente, a prolação de decisão abstrata, alicerçada em motivos que poderiam ser utilizados para qualquer outra situação. Exige-se que o juiz enfrente todos os argumentos postos que poderiam ser capazes de influenciar sua convicção. Ainda, reputa-se não fundamentada a decisão que aplica precedente ou enunciado de súmula sem identificar os respectivos fundamentos nem demonstrar a adequação deles ao caso. Em contrapartida, não pode o juiz deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, sem demonstrar os motivos pelos quais o caso se distingue do paradigma ou, ainda, as razões por que a tese fixada se encontra superada.

O dever de fundamentação também está presente no art. 20 da LINDB, inserido pela Lei 13.655/18, que estabelece que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se pode decidir com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Conforme dispõe o parágrafo único, na motivação da decisão, deve constar a demonstração da necessidade e da adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

O Decreto n. 9.830/2019, que regulamenta esse dispositivo, estabelece diretrizes que devem ser observadas na motivação das decisões. Em linhas gerais, determina que a decisão será motivada com a contextualização dos fatos e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos, apresentando a conformidade entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa. Impõe, ainda, o dever de indicação das normas, interpretação jurídica, jurisprudência e doutrina que fundamentam a decisão.

Em seu art. 3.º, veicula regra que estabelece que mesmo que a decisão seja respaldada exclusivamente por valores jurídicos abstratos, deverá observar as diretrizes acima tratadas, previstas no art. 2.º, indicando, ainda, as consequências práticas da decisão.

Valores jurídicos abstratos são aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração que, na prática, podem abrir amplo espaço para violação do dever de fundamentação. Portanto, dispõe o § 3.º desse artigo que a motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas

e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade.

A previsão expressa do contraditório, em sua perspectiva material, tornou clara a necessária posição do juiz como sujeito ativo da relação processual. É insuficiente somente zelar pela observância do contraditório entre as partes, cabendo ao juiz o dever expresso de efetivamente desse diálogo participar. E, para a concretização desse contraditório participativo, é imprescindível que as decisões judiciais sejam fundamentadas. Caso contrário, torna-se apenas uma norma programática.

Nos julgamentos de casos repetitivos, os novos contornos do contraditório assumem ainda maior importância. Como formular tese jurídica sobre determinada questão se as manifestações das partes forem superficiais e não houver a adequada representatividade dos potenciais interessados? A eficácia vinculante de julgamentos realizados sob o rito dos repetitivos torna ainda mais sensível a necessidade de observância do contraditório em sua roupagem substancial.

A abertura de espaço amplo e participativo, no julgamento de casos repetitivos, propiciou verdadeira pluralização do contraditório. A realização de audiências públicas e a participação de *amicus curiae*, que se tratará a seguir, são fruto dessa dimensão material do contraditório, a partir da influência que o diálogo processual é capaz de exercer sobre a decisão judicial.

3.2 OS MECANISMOS PROCESSUAIS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Considerando a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante dos casos julgados sob o rito dos repetitivos, o legislador do CPC/2015 se preocupou com a expressa garantia de representatividade adequada no procedimento decisório.

O *amicus curiae*, originário do sistema da *common law*, consiste na modalidade de intervenção de terceiros (ALVIM, 2019, p. 575) destinada ao fornecimento de subsídios ao julgador, no intuito de conferir maior qualidade à decisão judicial. Em linhas gerais, trata-se de terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios para a solução de causas com especial relevância ou complexidade, trazendo ao processo elementos capazes de auxiliar o órgão julgador a decidir.

Apesar da incontestável inspiração na *common law*, o *amicus curiae* do sistema brasileiro não guarda exata e absoluta correspondência com o instituto que lhe serviu de base. Há diversas peculiaridades que decorrem da própria necessidade de adaptação dessa figura à realidade e às necessidades do sistema em que é inserido.

Foi prevista pela primeira vez na Lei 6.385/76, na redação dada pela Lei 6.616/78, que admite a intervenção da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) em processos judiciais cujo objeto sejam matérias afetas à sua competência (art. 31). Daí em diante, passou a ser admitido em outras situações, como, por exemplo: nos processos de controle de constitucionalidade; no incidente de declaração de constitucionalidade, no processamento do recurso

extraordinário, em razão da análise de repercussão geral; no processamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, entre outros.

Na vigência do CPC revogado, não havia previsão expressa genérica de cabimento dessa figura como modalidade de intervenção de terceiro. O sistema anterior previa a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, mas somente em casos específicos, dispostos no Código e em leis esparsas.

O CPC/2015 preferiu estabelecer uma regra geral de admissibilidade do *amicus curiae*, no art. 138, no título em que regula a intervenção de terceiros, mas sem deixar de tratar da matéria nas hipóteses específicas, como no regramento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, na alteração de entendimento sumulado ou de tese fixada em julgamento de casos repetitivos, no incidente de arguição de inconstitucionalidade, na repercussão geral e no incidente de resolução de demandas repetitivas. Contudo, mesmo havendo previsões específicas, elas devem ser sempre aplicadas em conjunto com a regra geral do art. 138.

Conforme dispõe esse artigo, o juiz ou o relator, tendo em conta a relevância da matéria, a especificidade do tema versado na demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento (das partes ou de quem queira se manifestar), solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada.

Significa que podem ingressar no processo, na qualidade de *amicus curiae*, independentemente de sua natureza jurídica, terceiros com a concreta aptidão para efetivamente contribuir com elementos que auxiliem o órgão julgador a decidir. Trata-se de modalidade de intervenção de terceiros bastante distinta das demais previstas no Código, pois, embora possa o *amicus curiae* ter interesse no resultado do julgamento, na interpretação de determinada norma jurídica, na fixação de determinada tese de direito federal ou constitucional, como também possa ser afetado por esse resultado, o foco da sua admissão no feito não é o interesse, mas sua capacidade de efetivamente contribuir.

O legislador não estabeleceu momento específico para o ingresso desse terceiro, de modo que sua intervenção é admitida em qualquer fase ou grau de jurisdição. Há, contudo, exigência quanto à adequação e à utilidade desse ingresso. De nada adianta admitir a intervenção desse terceiro quando a apresentação de subsídios já não se fizer mais necessária.

Tendo em vista que, muitas vezes, nem as partes, nem o juiz gozam da melhor compreensão acerca da controvérsia judicial, o *amicus curiae* desempenha relevante função: contribuir qualitativamente para a justa construção da decisão judicial (ALVIM, 2019, p. 577). O alargamento do elenco de hipóteses de cabimento dessa intervenção resulta da preocupação do legislador quanto à qualidade das decisões judiciais. Considerando a relevância temática das questões levadas aos Tribunais Superiores, debatidas em controle de constitucionalidade ou no bojo do microsistema dos repetitivos, bem como a eficácia e os efeitos operados quanto a esses julgamentos, a intervenção de

pessoa ou entidade especializada que forneça subsídios aptos a auxiliar o órgão julgador é fundamental tanto para conferir maior qualidade a essas decisões quanto para que a garantia do contraditório seja plenamente concretizada, na medida em que os interesses daqueles que não puderam participar diretamente do processo (mas que serão afetados pelo seu resultado) são devidamente representados.

Além da cláusula geral de admissão da intervenção desse terceiro, prevista do *caput* do art. 138, o legislador conferiu-lhe relevante papel a ser desempenhado no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Conforme disposto no § 3.º do art. 138, há legitimidade recursal do *amicus curiae* em relação à decisão que julga o mérito do IRDR para interposição de recurso extraordinário ou especial.

Quanto ao julgamento de recursos repetitivos, o artigo 1.038, I, do CPC, previu que o relator poderá não somente admitir como também solicitar a manifestação de possíveis interessados na controvérsia (pessoas, órgãos ou entidades), considerada a relevância da matéria e as disposições do regimento interno. Essa disposição, somada àquela que autoriza a realização de audiências públicas (art. 1.038, II, CPC), visa ao amadurecimento da tese jurídica que será firmada com efeito vinculante a todo o território nacional e lhe confere legitimidade pela ampliação do contraditório.

É evidente que não pode figurar na qualidade de *amicus curiae* qualquer terceiro que seja parte em processo em que se discute questão jurídica semelhante à afetada para julgamento sob o regime dos recursos repetitivos. O principal escopo do microsistema é o de conferir isonomia e segurança jurídica, de modo que para idênticas questões jurídicas o Poder Judiciário dê semelhantes respostas. Por isso, somente se admite como *amicus curiae* terceiro efetivamente capaz de fornecer subsídios para a formação do entendimento judicial a respeito da questão a ser decidida.

Além do ingresso do *amicus curiae* como mecanismo de pluralização do contraditório no julgamento de recursos repetitivos, o art. 1.038, incisos I e II, do CPC, autoriza o relator a solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria, bem como a convocar audiências públicas, para que pessoas com experiência e conhecimento sobre o tema possam ser ouvidas.

No âmbito da justiça constitucional, realizou-se a primeira audiência pública no ano de 2007, no julgamento pelo STF acerca da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias¹⁰. No STJ, a primeira audiência pública foi realizada no segundo semestre de 2014. Estava em causa o uso do sistema *scoring*, ferramenta de pontuação do comportamento de consumidores, vendido a empresas por serviços de restrição ao crédito.

Consistem as audiências públicas em espaço que se abre para a oitiva de pessoas com amplo e comprovado conhecimento na área específica do tema

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 29/05/2008, DJe 27.05.2010.

em discussão, a respeito do qual se fixará tese com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Diferenciam-se da figura do *amicus curiae*, na medida em que não apresentam manifestação escrita, não estão autorizadas a fazer sustentações orais e também não possuem qualquer legitimidade recursal. Manifestam-se, todavia, durante as audiências públicas, prestando esclarecimentos e trazendo informações relevantes à solução da causa. Conquanto apenas pessoas com capacidade de contribuir possam se pronunciar nessas audiências, não deixa de se tratar de um mecanismo legítimo de participação da sociedade no julgamento dos repetitivos.

O Código prevê a realização de audiências públicas tanto para a discussão da questão afetado para julgamento sob o regime dos repetitivos, nos termos do mencionado art. 1.038, II, quanto para a modificação da tese fixada, na forma do art. 927, § 2.º, do CPC. O dispositivo legal prevê que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento sob o regime dos repetitivos *poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*

Embora a opção terminológica do legislador transpareça a facultatividade dessa convocação, os processualistas que participaram do III Encontro do FPPC concluíram que o relator tem o dever de fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgão ou entidades, assim como deve justificar a não realização de audiências públicas (enunciado n. 175) ¹¹.

Parece-me absolutamente correta a conclusão espelhada nesse enunciado, pois a pluralização do contraditório - ao lado da escolha de representativos de controvérsia que tratem de forma abrangente a questão a ser decidida - permite que os interesses de todos os que puderem ser afetados pelo resultado do julgamento do repetitivo sejam adequadamente considerados. Trata-se, portanto, de democratização e qualificação do debate.

CONCLUSÃO

Embora, em regra, não caiba aos Tribunais Superiores a tutela do direito subjetivo das partes, competindo-lhes a função precípua de zelar pela integridade do ordenamento jurídico, é a partir do julgamento por esses tribunais que se pode colher, com a segurança que se espera de tais juízos, o sentido da norma jurídica que se aplica aos casos individuais.

O STJ desempenha especial tarefa à ordem jurídica brasileira, na medida em que lhe compete a última palavra sobre temas sensíveis da legislação federal

¹¹ Trata-se o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) de um grupo de debates, aberto a todos os estudiosos da matéria, que promove encontros anuais para discutir as normas do CPC/2015. Em cada um desses encontros, há sempre um grande número de processualistas presentes, de modo que as conclusões aprovadas por unanimidade nos grupos temáticos e na reunião plenária são convertidas em enunciados. Embora não tenham qualquer valor de lei ou jurisprudência, possuem relevância na medida em que retratam, em cada tema, a interpretação uníssona de processualistas de todo o país.

infraconstitucional. Passados trinta anos desde sua instalação – e dez anos julgando recursos repetitivos, constitui uma das mais relevantes instituições implementadas pela Constituição Federal a favor do movimento de democratização social.

O STJ desempenha especial tarefa à ordem jurídica brasileira, na medida em que lhe compete a última palavra sobre temas sensíveis da legislação federal infraconstitucional. Passados trinta anos desde sua instalação – e dez anos julgando recursos repetitivos, constitui uma das mais relevantes instituições implementadas pela Constituição Federal a favor do movimento de democratização social.

O Código de Processo Civil de 2015, tendo sido gerado, gestado e aprovado em ambiente democrático, reconfigurou mecanismos já existentes no sistema anterior para aprofundar o diálogo processual e garantir a isonomia. Aliás, a necessidade de se outorgar maior isonomia à prestação da tutela jurisdicional, de modo que a idênticas situações seja dada uma mesma solução foi o vetor ideológico determinante da conduta legislativa. A segurança e a estabilidade na prestação jurisdicional são elementos intrínsecos à democracia, que é da essência do Estado de Direito. Decisões em sentidos diametralmente opostos para idênticas situações jurídicas não contribuem para a legitimidade social do sistema e, de certo modo, desencantam a sociedade.

Por meio da atribuição de forte vinculação aos acórdãos de repetitivos, através do cabimento de reclamação, assim como pela pluralização do contraditório, com a ampliação das hipóteses de admissão do *amicus curiae* – e realização de audiências públicas, conferiu-se a essas decisões não somente a tonificação de seus efeitos, como também maior representatividade dos interesses envolvidos, legitimando e qualificando a decisão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos, Precedentes. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Cooperação Processual e Contraditório no Código de Processo Civil Brasileiro. Porto: Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, n. 10, 2017, p. 1-13, out/2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Processo Civil. 6. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GALANTER, Marc. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limit of legal change. *Law and Society Review*. v. 9. n. 1. 1974.

GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno. Relevância da questão federal e a função constitucional do recurso especial. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno. Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Émerson dos (org.). Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, p. 111-125, 4º. Trim. 1978.

ROCHA, Jorge Bheron. O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. Os Novos Atores da Justiça Penal. Maria João Antunes; et al (coord.) Coimbra: Almedina Editora, 2016, p. 275.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim (Coord.), v. 12, p. 136-143.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, v. 1. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

A IMPRESCINDIBILIDADE DE BOAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ENFRENTAR QUESTÕES RELACIONADAS À ATUALIDADE PANDÊMICA DO NOVO CORONAVÍRUS COVID-19

THE IMPRESCINDIBILITY OF GOOD PUBLIC POLICIES TO ADDRESS ISSUES RELATED TO THE PANDEMIC CURRENT NEW CORONAVIRUS COVID-19

Chede Mamedio Bark ¹²

INTRODUÇÃO

A doença COVID-19, causada pelo Vírus Sars-Cov-2, originário da Província de WUHAN, na CHINA, foi declarada como pandêmica¹³, pela Organização Mundial da Saúde¹⁴, em data de 11 de março de 2020, cujo vírus ficou conhecido como NOVO CORONAVÍRUS, ou, simplesmente, CORONAVÍRUS, cuja expressão passou a representar a PANDEMIA que causou grande comoção mundial, gerando a necessidade de isolamento social, além de outras medidas preventivas.

No âmbito do Brasil, e da União, uma das primeiras medidas foi a promulgação da Lei nº 13.979, de 6.2.2020, Publicada no DOU de 7.2.2020 – que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Além da União, no âmbito do Estado do Paraná, foram realizadas diversas medidas preventivas, destacando-se a publicação do Decreto 4230, de 16 de março de 2020¹⁵, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente

¹² Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Ciências Sociais do Estado do Paraná – ICSP/PR com complementação em Metodologia de Ensino Superior, Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR/PR, Procurador de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: cmbark@mppr.mp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2911487967925743>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9792-2401>.

¹³ Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2. ed. revista e ampliada (13a impressão), Editora Nova Fronteira, página 1256, pandemia. [De pan- + dem (o) + ia.] S. f. Epidemia generalizada: “A última pandemia, a da espanhola, que foi terrível, poupou apenas os velhos, o que a fez terribilíssima.” (João Ribeiro, Cartas Devolvidas, P.174).

¹⁴ OMS que é órgão vinculado à ONU – Organização das Nações Unidas. Organização das Nações Unidas, ou simplesmente Nações Unidas, é uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional Fundação: 24 de outubro de 1945, São Francisco, Califórnia, EUA Sede: Nova Iorque, Nova York, EUA Subsidiárias: Organização Mundial da Saúde.

¹⁵ Disponível no site: http://www.cedca.pr.gov.br/arquivos/File/2020/DecretoEstadual4230_COVID19.pdf. Acessado em: 13 de setembro de 2020.

do Coronavírus – COVID-19, onde:

O GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ, no uso de suas atribuições que lhe confere os incisos V e VI do art. 87 da Constituição Estadual, tendo em vista o disposto na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e **Considerando** que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, na forma do artigo 196 da Constituição da República; **Considerando** a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências; **Considerando** o Decreto Federal nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020, que promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional; **Considerando** a Lei Estadual nº 13.331, de 23 de novembro de 2001, que dispõe sobre a organização, regulamentação, fiscalização e controle das ações dos serviços de saúde no âmbito do Estado do Paraná; **Considerando** a Portaria MS/GM nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde, que declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus; **Considerando** a Portaria MS/GM nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, que regulamentou e operacionalizou o disposto na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; **Considerando** o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19, publicado pelo Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, em fevereiro de 2020; **Considerando** o Plano de Contingência Estadual para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19, editado pela Secretaria de Estado de Saúde; **Considerando** o Plano Estadual da Saúde da Secretaria de Estado da Saúde 2020/2023; **Considerando** a Declaração da Organização Mundial da Saúde em 30 de janeiro de 2020, de que o surto do novo Coronavírus (COVID-19) constitui Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII); **Considerando** a classificação pela Organização Mundial

de Saúde, no dia 11 de março de 2020, como pandemia do COVID-19; **Considerando** que o momento atual é complexo, carecendo de um esforço conjunto na gestão e adoção das medidas necessárias aos riscos que a situação demanda e o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública;” estabeleceu medidas para o enfrentamento da emergência em saúde pública em decorrência da infecção humana pelo COVID-19, normatizando objetivos estratégicos¹⁶, além de medidas específicas¹⁷.

Tais iniciativas, tanto no âmbito federal, como estadual, que restaram reproduzidas, também, no âmbito municipal, não estão produzindo os efeitos desejados, na contenção desta epidemia (COVID-19), diante das discrepâncias das políticas públicas, adotadas pelos diferentes entes federativos, que se digladiam na busca de soluções alternativas impróprias e conflitantes.

Tal hesitação é sentida não somente pela população em geral, que assiste atônita a este embate, mas, também, pelos órgãos internacionais, que vislumbram com preocupação o avançar da pandemia em todo o Mundo.

1 DESENVOLVIMENTO

O artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, delimita que: **“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”**.

O princípio da solidariedade, inscrito expressamente no mencionado dispositivo legal, tem aplicação na classificação dos direitos humanos, pelo critério das gerações, mais precisamente, nos direitos de terceira geração, inspirados no ideal de fraternidade ou solidariedade.

Dispõe o artigo 196, da Constituição Federal, o seguinte:

Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de

¹⁶ I - limitar a transmissão humano a humano, incluindo as infecções secundárias entre contatos próximos e profissionais expostos aos riscos de infecção, prevenindo eventos de amplificação de transmissão; II - identificar, isolar e cuidar dos pacientes precocemente, fornecendo atendimento adequado às pessoas infectadas; III - comunicar informações críticas sobre riscos e eventos à sociedade e combater a desinformação; IV - organizar a resposta assistencial de forma a garantir o adequado atendimento da população na rede de saúde.

¹⁷ I - isolamento; II - quarentena; III - exames médicos; IV - testes laboratoriais; V - coleta de amostras clínicas; VI - vacinação e outras medidas profiláticas; VII - tratamentos médicos específicos; VIII - estudos ou investigação epidemiológica; IX - teletrabalho aos servidores públicos; X - demais medidas previstas na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifamos).

O artigo 197, da Constituição Federal, prescreve:

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

Ora, referidas normas legais, tratam-se de normas programáticas, portanto, são normas cogentes, ou seja, obrigatórias, impostas ao Estado, como um dever, não sendo, por conseguinte, uma faculdade do Poder Público.

A Constituição dirigente de 1988 vincula o legislador a uma série de tarefas constitucionais que devem ser realizadas, mediante programas normativos, possuindo forte cor comunitária (preâmbulo da CF/88¹⁸), sendo que na democracia REPUBLICANA há uma assimilação entre administração pública e sociedade¹⁹, havendo ênfase a projetos coletivos de felicidade.

A despeito do teor comunitário da CF/88 há elementos de democracia DELIBERATIVA num processo de autoentendimento comunitário, tendo foco na criação/ampliação de direitos e procedimentos, desde a esfera pública até a tomada da decisão política, que está racionalizada em discursos onde os direitos fundamentais são necessários para o processo deliberativo. Desse modo, a Constituição de 1988, estabelece projetos coletivos, além de projetos individuais de vida, com alguns direitos de teor universalista (direito à educação e saúde dotados de universalidade intersubjetiva).

Sabemos que a unidade, do sistema jurídico, tem por base de ordenamento uma norma fundamental, qual seja, uma unidade sistemática, onde o sistema é entendido como uma totalidade ordenada, ou seja, conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem, numa relação não só com o todo, mas de coerência, entre eles, conforme lição de Norberto Bobbio (2017), *in verbis*:

¹⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁹ Sendo que na visão de Hegel o Estado seria a sociedade politicamente organizada.

Acolhemos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria se presta a dar uma explicação sobre a unidade de um ordenamento jurídico complexo. O núcleo dessa teoria é que as normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores até aquelas que se encontram mais acima, chega-se enfim a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Todo o ordenamento possui uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; isto é, faz das normas esparsas e de variada proveniência um todo unitário, que se pode chamar, a justo título, de 'ordenamento'. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas, das quais falamos até agora, constituiriam um acúmulo de normas, não um ordenamento. Em outras palavras, conquanto sejam numerosas as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem ser deduzidas de uma única norma (BOBBIO, 2017, pp. 58 - 59).

Jürgen Habermas ²⁰ apresenta três modelos de democracia que seriam: 1º) A democracia LIBERAL; 2º) A democracia REPUBLICANA e; 3º) A democracia DELIBERATIVA, apontando que os discursos de justificação seriam aqueles criados para a construção das NORMAS JURÍDICAS, enfatizando que “a realização pessoal ocorre no processo político e não no mercado com a visão liberal” (HABERMAS, 2003)²¹.

Segundo o referido autor, a democracia LIBERAL existe num processo político de LUTA de POSIÇÕES para a programação da administração pública, sendo

²⁰ Jürgen Habermas (Düsseldorf, 18 de junho de 1929) é um filósofo e sociólogo alemão que participa da tradição da teoria crítica e do pragmatismo, sendo membro da Escola de Frankfurt. Dedicou sua vida ao estudo da democracia, especialmente por meio de suas teorias do agir comunicativo (ou teoria da ação comunicativa), da política deliberativa e da esfera pública. Ele é conhecido por suas teorias sobre a racionalidade comunicativa e a esfera pública, sendo considerado um dos mais importantes intelectuais contemporâneos.

²¹ Cf. HABERMAS, J. A era das transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; HABERMAS, J. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; HABERMAS, J. Direito e Democracia: entre faticidade e validade, VII, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

radicalmente separada da sociedade, onde os únicos argumentos são o autointeresse, havendo no processo político, um modelo individualizado de realização pessoal, onde o outro é visto como um potencial concorrente, donde o processo democrático serve para compatibilizar interesses, de molde a importar que a administração crie condições para o mercado resolver os interesses de cada um²².

O direito à saúde no Brasil²³ é justificado tendo fundamento, tanto no autointeresse (quero ser atendido), como no plano ético (uma promessa da comunidade brasileira), e, ainda, uma justificativa moral (o bem-estar é desejável a todos), onde, a Constituição Federal, não apresenta mera enunciação de um direito, mas, através de uma matriz deliberativa que estabelece linhas gerais da política pública de saúde no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um plano coletivo²⁴, onde será realizada a política pública de saúde por intermédio do Poder Público, mediante serviços públicos com a abertura para a iniciativa privada²⁵.

A execução do serviço público permite controles democráticos, e administrativos, pois regido pelo regime jurídico-administrativo, possuindo caráter de participação, onde, a partir da Emenda Constitucional nº 29, percentuais mínimos de recursos orçamentários, passam a ser previstos para o financiamento de políticas públicas de seguridade social²⁶.

Como um TODO a Constituição é adequadamente lida sob um prisma deliberativo quanto o direito à saúde, havendo um caráter histórico do direito à saúde e não metafísico; jusnaturalista e pré-político, pois tanto a sociedade, como o poder público, são responsáveis pela saúde (opondo-se à ideia liberal) e tendo um caráter ético de “missão” de TODOS os ENTES FEDERATIVOS num PROJETO COMUNITÁRIO de realização da saúde.

Destarte, a saúde não se dá pelo mercado, mas pela via do SERVIÇO PÚBLICO, onde o CIDADÃO é visto como um FORMULADOR DE POLÍTICAS e NÃO mero “CLIENTE” desse tipo de serviço público, sendo que o embasamento do direito à saúde não é só ético, mas mescla autointeresse, eticidade e moralidade universal, donde o regime de execução do direito à saúde atrai competências, parcerias, execução de serviços públicos de autointeresse, éticos e morais, pois conforme assevera LUHMANN (1997): “a decisão é a operação que acontece nos sistemas sociais e psíquicos, devendo ser explicada com a observação de um todo procedimental. A decisão é um processo

²² Tal posicionamento não se compatibiliza com a Constituição Federal do Brasil de 1988, a denominada Constituição Cidadã”.

²³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁴ Basicamente um programa coletivo.

²⁵ Um serviço público não privativo, conforme disposto no artigo 199 da CF: A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

²⁶ Abrangendo saúde, previdência e assistência social.

de geração de alternativas e sua escolha no tempo justificada por um discurso, onde o entendimento de uma situação interpretativa será compartilhada com a comunidade que se socializou numa cultura assemelhada, sendo que o controle será a substituição de uma decisão por outra, ocorrendo, no sistema jurídico, diversas decisões conectadas umas com as outras, formando a *autopoiesis* do sistema” (LUHMANN, 2016).

Nesta análise, há de se destacar que, a regra de direito, imposta aos governantes, é a mesma regra imposta aos governados, tanto no caso do direito público, como do direito privado, consoante escólio de Léon Duguit, em seus *Fundamentos do Direito*, Tradução Márcio Pugliesi, 3a edição, São Paulo, Editora Martin Claret, 2009, nestes termos: A regra de direito imposta aos governantes é a mesma para os governados. Nas relações dos governantes com os governados, e nas relações recíprocas entre governados, só pode haver uma regra de direito, que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social. O direito público e o direito privado têm, portanto, igual fundamento (DUGUIT, 2009, p. 10).

Na perspectiva sistêmica uma política pública é uma COMUNICAÇÃO, um sistema de interação, capaz de autorreferenciar e adquirir estabilidade no tempo, de molde que a política pública se instrumentaliza através do Direito, sendo um conceito do Direito e da Sociedade, entrelaçando discursos jurídicos e políticos (LUHMANN, 2001).

O conceito de política pública possui elementos variáveis, pois buscam fins e objetivos, sendo mutáveis de acordo com as necessidades sociais, mas devendo haver coerência entre si e com o resultado almejado. A análise do conceito de política pública não pode ser fragmentado, não podendo se isolar dos objetivos do Estado e da Sociedade, pois adquire “vida” a partir desses campos, de molde que a política pública seria um dos modos pelos quais os cidadãos atuam sobre si (LUHMANN, 2001).

As políticas públicas envolvem um ou mais objetivos, e órgãos de planejamento, não só por atores individuais, mas, também, em nível social nos processos de formação de opinião e deliberação.

O processo de formulação de uma política pública pode ser descrito como uma negociação de troca e de concessão, podendo ser realizado de maneira imediata, ou lenta e recorrente, com trocas entre os atores políticos nas possibilidades, e oportunidades, propiciadas pelo ambiente institucional.

O conceito de política pública deve encontrar respaldo numa “ação conjunta”, não podendo delegar a formulação de prioridades a um único gestor²⁷. A *priori* não há como distinguir, o interesse público do interesse geral, que deverá ser definido, e identificado, através de um procedimento democrático, sendo que, no âmbito das ciências sociais, os sistemas são ordens estruturadas de COMUNICAÇÃO, onde o fenômeno social é a comunicação que implica na ligação de um sistema psíquico a outro por intermédio da informação (LUHMANN, 2007).

²⁷ Dom do “interesse público”.

São três tipos de sistemas comunicativos: 1º) Sistemas Sociais, que se organizam em torno de funções, como o Direito, a Economia e a Política; 2º) Sistemas Organizacionais, que se organizam em forma de rede de tomada de decisão e; 3º) Sistema de Interação que seria um sistema comunicativo menos estável que os sociais, de molde que a noção de políticas públicas pode ser analisado a partir de todos os sistemas (LUHMANN,1997).

Uma análise complexa das políticas públicas conhecerá os sistemas sociais, com funções, códigos e programas. O Direito terá a função de manter as expectativas normativas; a Economia a determinação de preços e a Política, a fixação de programas vinculantes a toda comunidade.

Por organizações (entidades como entes federativos, administração indireta e organizações privadas) é essencial ter a noção de subsistemas, que seriam órgãos dentro dos órgãos²⁸, onde as organizações seriam sistemas comunicativos especializados em decidir.

A política pública é um sistema de interação que mantém expectativas normativas estabelecendo ações vinculantes para toda a comunidade, sendo um cruzamento de perspectivas jurídicas e políticas (LUHMANN,1997).

Por conseguinte, não podemos deixar de lado, que a questão ética na democracia, dos antigos e dos modernos, não passou despercebida por BOBBIO, que tem uma visão icônica acerca do tema, pois ao abordar o assunto, nos ensina que:

Como teoria do Estado (e também como chave de interpretação da história), o liberalismo é moderno, ao passo que a democracia, como forma de governo, é antiga. O pensamento político grego nos transmitiu uma célebre tipologia das formas de governo, das quais uma é a democracia, definida como governo de muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres (mas onde os pobres tomam a dianteira é sinal de que o poder pertence ao *pléthos*, à massa), em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de um [a Monarquia] ou de poucos [a Oligarquia]. Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, ainda que se tenha alterado, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos

²⁸ Exemplo: Secretarias, Delegacias, etc.

e vice-versa. O que se considera ter sido alterado na passagem da democracia dos antigos para a democracia dos modernos, ao menos no juízo dos que consideram ser útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o 'povo', entendido como o conjunto dos cidadãos a quem cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais amplo ou menos amplo) de exercer esse direito (BOBBIO, 2017, p. 56).

Não podemos nos iludir que a análise do assunto, não só envolve uma questão retórica, mas, também, uma certa dialética, que conforme ensinança de Arthur Schopenhauer, em sua obra *A arte de ter razão, 38 estratégias*, Tradução de Milton Camargo Mota, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2017, seria a seguinte:

Meu ponto de vista, portanto, é que a dialética deve ser separada da lógica mais nitidamente do que fez Aristóteles, deixando para a lógica a verdade objetiva, na medida em que ela é formal e restringindo a dialética a ter razão; mas não seria necessário separar a dialética da sofística e da erística como fez Aristóteles, pois essa diferença repousa na verdade objetiva material, sobre a qual não podemos ter clara certeza de antemão. Em vez disso, somos forçados a dizer com Pôncio Pilatos: o que é a verdade? - pois *veritas est in puteo [A verdade está nas profundidades]: máxima de Demócrito (Diógenes Laércio, IX,72)*. É fácil dizer que, numa discussão, não devemos buscar senão a promoção da verdade, só que ainda não sabemos onde ela se encontra; somos extraviados pelos argumentos do adversário e pelos nossos próprios. De resto, *re intellecta, ira verbis simas faciles [Entendido bem o assunto, sejamos claros nas palavras]* (SCHOPENHAUER, 2017, p. 57).

Ao mesmo tempo, ao analisar a questão, pertinente aos conceitos estritamente jurídicos, não poderíamos deixar de lado a denominada *Teoria Tridimensional do Direito*, idealizada por Miguel Reale (REALE, 1994), que leva em conta o fato, o valor e a norma. De acordo com a teoria, haverá sempre e necessariamente um fato subjacente (econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor que confere determinada significação a esse fato; e uma regra ou norma que, integrando o fato ao valor, representa a sua relação ou medida.

De acordo com Reale (1994, p. 120), "O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir."

Ademais, com base na teoria tridimensional do Direito (REALE, 1994), a Ciência do Direito visa atingir a norma, para interpretá-la e aplicá-la, através de um valor criado por um fato social (fato – valor – norma). Já na Sociologia do Direito o objetivo é o fato. O sociólogo quer conhecer o direito como fato social, fato jurídico, não se compreende sem referir-se a uma norma e ao valor que se visa realizar (norma – valor – fato). Por fim, a Filosofia do Direito é do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor justo (fato – norma – valor).

A importância de se avaliar uma situação jurídica, não somente do ponto de vista legal, ou seja, estritamente da lei, deve extrapolar o campo normativo, incidindo sobre as questões filosóficas, sociológicas, e devem ser inseridas na contextualização histórica do momento, sem descurar o aspecto legal.

Esta ampla visão, onde temos a ciência do Direito, a Sociologia, a Filosofia e a própria História, além de outros ramos das ciências humanas, não podem deixar de incidir, dentro de um olhar mais abrangente do Direito, mormente, nas relações que envolvem a questão ético- moral que permeia a situação das políticas públicas.

A política pública se utiliza do direito administrativo para a sua consecução²⁹, sendo que o conceito de contingência se insere na questão das políticas públicas, com a inexistência de relações ou decisões únicas, mas, sim, compartilhadas.

Para LUHMANN (2001)³⁰ o órgão é uma espécie de organização que decide de modo autorreferencial³¹, onde cada órgão possui sua autonomia, que estaria enlaçada em redes, com uma dinâmica própria de funcionamento.

O juiz ao aplicar o direito deve fazê-lo com o comprometimento da ordem jurídica e a tarefa de pacificação dos conflitos, agregado a ideia da máxima realização dos direitos fundamentais e sociais, devendo decidir em benefício da comunidade, mas sempre amparado por lei, tendo em mente a própria unidade do sistema jurídico e a emancipação do sujeito, envolvendo um conteúdo moral de concretização dos direitos fundamentais sociais, que deverá refletir as aspirações sociais legítimas de toda a sociedade (LUHMANN).

HABERMAS (2003) apresenta a formulação de uma teoria do direito capaz de descrever o processo político que envolve formas de argumentação e negociação, ou seja, a criação correta e legítima do direito dependerá dos processos e pressupostos de comunicação racional mediada pelo procedimento (HABERMAS, 2003).

Segundo referido autor, tal processo não necessita da cobertura de uma filosofia da história, pois está amparado pela premissa de que o modo de operar um sistema político, constituído pelo Estado de Direito, não poderá ser descrito, ainda que em nível empírico, sem que se considere a “dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito” (HABERMAS, 2003, p. 09).

²⁹ Fomento de bolsas, convênios, serviços públicos, poder de polícia, obras públicas, regulação, etc.

³⁰ Para Luhmann (2001), comunicação também é uma unidade procedimental que envolve emissão, informação e recepção. (LUHMANN, N. A improbabilidade da Comunicação. Lisboa: Vega, 2001).

³¹ Decidindo que é uma comunicação.

HABERMAS (2004, p. 31) fala de uma “construção comunicativa”, onde a missão de decidir, e fundamentar decisões, que envolvem a concretização de políticas públicas, nos moldes de uma teoria crítica, exige alto grau de maturação das ciências jurídicas, e de seus operadores, buscando a ideia de uma dimensão de validade, que seja “ideal” e/ou “universal”, não no sentido de fora da história (metafísico), mas de uma *comunicação construída*.

HABERMAS (2004, p. 31) prioriza três perspectivas para que o juiz possa agir corretamente, que seriam: 1º) O paradigma do Estado Democrático de Direito; 2º) Fundamentação argumentativa através de discursos de aplicação e; 3º) Legitimidade em termos de abertura à participação do processo de tomada de decisão.

Desse modo, a política pública é a forma pela qual os cidadãos atuam sobre si mesmos, devendo haver uma organização de ações no tempo, envolvendo um ou mais objetivos, órgãos, com atos de planejamento e execução num “caminho do fazer estatal”, no sentido de “modo de operar do Estado”, donde um procedimento democrático tem a função de produção de uma decisão mais legítima em termos sociais.

Segundo HABERMAS (2004) o conceito de ação comunicativa se retro liga com o de racionalidade discursiva, pressupondo que para uma ação comunicativa, mediante o uso de linguagem, os atores que interagem, devem ser capazes de se posicionar, frente às pretensões de validade, apresentadas pelos outros atores, devendo ocorrer uma contestação, mediante argumentos válidos relacionados à verdade, à justiça e à autenticidade, onde todas as verdades, consideradas válidas e inabaláveis, podem ser questionadas, respeitando-se a reciprocidade na busca do consenso e da negociação.

O ideal de legitimidade democrática é aquele que atende aos pressupostos de ação comunicativa, em cuja autorização do exercer estatal, deva emergir das decisões coletivas dos integrantes da sociedade, que dialogam entre si, devendo haver esta interlocução.

As sociedades democráticas têm o desafio central de assegurar três bens públicos: 1º) Legitimidade; 2º) Bem-estar econômico e; 3º) Sentimento viável de identidade coletiva. O modelo deliberativo de democracia, para alcançar legitimidade e racionalidade nos processos de tomada de decisão coletiva, está assentado na condição necessária de que suas instituições estejam arranjadas de modo que, o que é considerado do interesse comum de todos, resulte dos processos de deliberação coletiva conduzidos de maneira racional e equitativa, entre indivíduos livres e iguais.

Disso resulta que a construção de uma política pública deverá se dar comunicativamente entre Estado, comunidade e mercado, sendo que a nossa Constituição Federal não definiu *exaustivamente* um rol de políticas públicas de ação governamental, mormente porque uma política pública visa atender a uma necessidade a partir de uma realidade histórica, social e cultural.

Destarte, o conceito de política pública não pode ser feito de forma fragmentada, tampouco de modo a ser vista isoladamente dos objetivos

do Estado e da sociedade, máxime se é a partir do Estado e da sociedade é que passa a ter existência (“vida”), como resultado da própria política, sendo compreendida à luz das instituições e dos processos alicerçados aos interesses sociais.

O Estado tem o dever de procurar a realização plena, colocando em discussão essa questão da responsabilidade social, sob a busca do desenvolvimento socioeconômico e a busca de uma boa política pública atendendo aos anseios da vida plena e harmônica, significando a mudança da racionalidade estratégica para a racionalidade comunicativa, defendida por HABERMAS (HABERMAS, 1997).

Por fim, deve-se atentar que o Estado deverá desenvolver, não só em suas instituições, mas aos membros da sociedade civil, para a responsabilidade social quando da implementação de uma política pública, por meio da CONSCIENTIZAÇÃO e MOBILIZAÇÃO SOCIAL.

CONCLUSÃO

Não podemos olvidar que a história das políticas públicas está ligada com a história da moderna sociedade capitalista e a consolidação dos modernos Estados Nacionais, onde, neste encontro, houve o debate sobre o dever estatal, e o da sociedade civil, com a obrigação de formular, e concretizar, políticas públicas sociais.

De toda forma, a política pública é um dos modos pelos quais os cidadãos atuam sobre si, tendo como característica certa organização de ações no tempo, significando que a política pública envolve um ou mais objetivos, órgãos, atos de planejamento e execução, numa janela do tempo que não pode ser instantânea, mas com certa regularidade, remetendo à esfera do público, dizendo respeito ao plano das questões coletivas, ou seja, da *POLIS*, onde o público se distingue do estatal, por ser uma dimensão mais ampla que se desdobra em estatal e não-estatal, visando a busca de resultados que devem ser obtidos mediante um programa adremente estabelecido e compactuado.

O conceito de política pública deve encontrar respaldo numa “ação conjunta”, não podendo delegar a formulação de prioridades a um único gestor, devendo haver um espaço de interlocução por meio de uma ação comunicativa que envolva, e privilegia, o maior número de atores sociais, buscando uma construção comunicativa da coletividade pautada ao interesse público.

A construção da ideia de “interesse público” necessita da ação coletiva, entre os diversos setores e atores sociais, devendo haver, neste processo, um verdadeiro espaço de deliberação, entre a ação estatal e a sociedade civil, onde interesses e prioridades deverão ocorrer na esfera acessível a todos os interessados, que poderão atuar como interlocutores desta ação para a formulação de uma “boa política pública”, atendendo aos critérios de uma eficaz ação comunicativa com opiniões multifacetadas que serão fluídas e sobrepoem-se umas sobre as outras nas fronteiras reais, temporais e sociais,

numa convivência de solidariedade entre estranhos, “sem abandonar o direito de permanecerem estranhos entre si” (HABERMAS, 2003).

Destarte, a participação conjunta entre Estado, sociedade civil e mercado se mostra imperiosa, onde o debate público, na ação comunicativa entre os diversos atores interessados, promove a formação de uma “agenda” para avaliação de uma política pública eficaz.

Conclui-se a necessidade de que as políticas públicas sociais devem ser construídas a partir da comunicação entre Estado, comunidade e mercado, bem como, a abertura para a participação da comunidade atingida pelas políticas sociais agrega capital social e reduz significativamente os custos e as margens de erro, posto que estas comunidades conhecem as verdadeiras necessidades de seus integrantes.

Por fim, não podemos nos esquecer da importância da responsabilidade social das empresas nas ações em prol das políticas públicas sociais, máxime quando o debate com a comunidade mostra-se imprescindível, de molde a não configurar ação meramente instrumental do empresariado para a obtenção somente do lucro³², onde a atuação do empresariado nas ações sociais exsurge a partir das ideias de privatização da esfera pública e da publicização dos interesses privados³³, sendo essencial na **escolha** de uma **“boa política pública social”**, que seja formada a partir da **necessidade em prol do bem público** e de uma **genuína deliberação** entre **Estado, sociedade e mercado**.

³² Onde o lucro não é excluído, o chamado “capitalismo civilizado”.

³³ Ativismo social voluntário do setor privado, e das ONGs, onde passam a atuar em conjunto com o Estado.

REFERÊNCIAS

- ANGIONI, Lucas. Aristóteles Ética a Nicômaco Livro VI. Revista *Dissertatio de Filosofia*, v. 34, p. 285-300, 2011.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Editora Edipro, 2017.
- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Edipro, 2017.
- BRASIL. Decreto nº 4230, de 16 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus - COVID-19. COVID-19. Disponível no site: http://www.cedca.pr.gov.br/arquivos/File/2020/DecretoEstadual_4230_COVID19.pdf Acessado em 13 de setembro de 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COTRIM, Gilberto. Fundamentos da Filosofia, História e grandes temas. 16. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2006.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (E de Teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. A era das transições, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade, VII. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes Contendo A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude, Tradução: Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Editora Edipro, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveir. A Monografia Jurídica. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1987.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia Del Riesgo. Guadalajara: Universidade Ibero-americana, 1992.
- LUHMANN, Niklas. Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Anthropos: México, 1997.
- LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da Comunicação. Lisboa: Vega, 2001.
- LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A.
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Disponível em: <https://www.google.com/search?tbm=isch&q=fato+valor+e+>

norma&sa=X&ved=0ahUKEwIU_NTj8Z7IAhXcH7kGHSbcAmsQrNwCCEIoAw&biw=1920&bih=969&dpr=1. Acesso em: 5 nov. 2019.

REVISTA JURÍDICA DO UNICURITIBA, v. 2, n. 55, 2019.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Editora Record, 2006.

SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de ter razão, 38 estratégias. Tradução: Milton Camargo Mota. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2017.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SEN, Amartya. Sobre ética e economia. Tradução de Laura Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VÂZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. Tradução de João Dell'Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

A PANDEMIA, O JUDICIÁRIO E O EXECUTIVO: NA CORDA BAMBA DA EXCEÇÃO³⁴

*PANDEMIA, THE JUDICIARY AND THE EXECUTIVE: ON THE
BAMBA ROPE OF EXCEPTION*

Vera Karam de Chueiri³⁵
Miguel de Gualano Godoy³⁶

1 PRENÚNCIO: O SABOR AGRIDOCE

Em 2018 a Constituição brasileira completou trinta anos, ou melhor vinte oito mais dois se se considerar o binômio constitucionalismo-democracia.

O evento da sua celebração foi de sabor agridoce.

A sensação era a de que, apesar das muitas conquistas e avanços obtidos nesses trinta anos no amadurecimento das nossas instituições (e em cada um de nós), no fundo, bem no fundo, as instituições e, nós, o povo, estavam ainda frágeis relativamente aos seus compromissos democráticos e constitucionais (CHUEIRI; KOZICKI, 2018, p. 103)³⁷.

O que considerávamos estável se desmanchava. Nossos lugares seguros (a República, a Federação, e nelas a separação de poderes, o respeito às regras do jogo e o respeito aos direitos [mais-do-que] fundamentais) tornaram-se movediços. Que sensação de fracasso! Mas nem tanto, lembremos da “metade cheia desse copo”, de 1988 até aqui, e recobremos o ânimo, ou algum ânimo. Mas está difícil!

³⁴ Uma primeira versão deste artigo foi publicada no livro *A Pandemia e seus reflexos jurídicos*, organizado pelos Profs. Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira (Ed. Arraes, 2020). Vide: CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Breve ensaio sobre o Judiciário e o Executivo na Pandemia: a exceção, a regra e a exceção como regra. In.: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. *A Pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2021, pg. 361-371.

³⁵ Professora Associada dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR. Coordenadora Geral do Centro de Estudos da Constituição (CCONS/PPGD/UFPR). Pesquisadora do CNPq. Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) entre 2016-2020. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6091643712340626>.

³⁶ Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordenador Executivo do Centro de Estudos da Constituição (CCONS/PPGD/UFPR). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR, com período de estudos e pesquisas na Harvard Law School e Universidade de Buenos Aires (UBA). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da USP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5084161927220609>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3532-6468>.

³⁷ Nos últimos quatro anos, ou seja, desde 2016, a experiência constitucional e democrática brasileira pode ser referida como de excepcionalidades ou de um constitucionalismo fraco e de uma democracia mais fraca ainda, sob a vigência de uma Constituição cujos sentidos deixaram de estar numa salutar disputa para ser qualquer coisa: uma Constituição para chamar de sua.

Juliana Albuquerque (2020) em um artigo publicado recentemente na Folha de São Paulo diz que “a principal lição de Primo Levi [é] a de que devemos continuar atentos apesar de vivermos em sociedades democráticas”. De fato, ficamos desatentos. Ou baixamos a guarda ao confiar nos postos avançados conquistados pela nossa democracia-constitucional. Ou, ainda, sequer desconfiamos das intenções dos “homens e mulheres de boa vontade”.

E assim chegamos a essa pandemia com uma república pouco, ou nada, republicana, pouco ou nada democrática, pouco ou nada constitucional, na qual os eventos nos surpreendem negativamente a cada minuto.

Dos republicanos clássicos e contemporâneos e da defesa das virtudes cívicas, da participação política, da importância da constituição e do estado de direito, parece restar pouca coisa. Dos democratas clássicos e contemporâneos e da defesa da soberania popular, do exercício e da reinvenção cotidiana dos direitos, a começar pelo primeiro direito, o de protestar, sobra menos ainda.

A pandemia, seu processo, seus efeitos, nos provocam a pensar na “metade vazia do copo” da nossa democracia-constitucional, ou de que talvez não haja mais copo, nem líquido. Parece que tudo já foi ou está indo para o ralo: a forma e o conteúdo!

O poder executivo neste último mês tem governado por meio de decretos e medidas provisórias e exorbitado em seu poder normativo em muitas decisões. Não há constrangimento para burlar a Constituição, seja na forma ou no conteúdo. No sistema de *checks and balances*, seus excessos se submetem ao controle do judiciário que faz o exame da constitucionalidade e da legalidade. O judiciário é a garantia de que excessos ilegais e inconstitucionais não passarão (diante da incontinência generalizada do executivo, como diria Conrado Hübner Mendes (2020)).

No entanto, as respostas do judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, a este estado de coisas – agravado pelo evento da pandemia provocada pela disseminação em escala global do Coronavírus – parecem assimilar tanto esse rompimento da forma quanto o esvaziamento do conteúdo.

2 AS RESPOSTAS DO STF À CRISE: O QUE ELAS PROMOVEM?

Há três recentes decisões do STF à crise provocada pela pandemia que evidenciam a nossa hipótese de que as excepcionalidades estão no limite entre a normalidade e o caos, ou dito de outra maneira, entre a regra e a exceção propriamente dita.

A primeira decisão é a que afastou exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Nos referimos aqui à cautelar monocrática do ministro Alexandre de Moraes na ADI 6.357³⁸, prolatada em 29/03/2020, num domingo, e que permitiu uma atuação ampla do Estado sem as exigências e formalidades da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

³⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>

Ainda que no mérito a decisão seja razoável, ela é controversa em forma e no que informa.

Primeiro porque é uma decisão cautelar monocrática em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), algo que não encontra amparo na Constituição, que, nesse ponto, não concedeu nenhum poder individual aos ministros do STF. Tampouco na Lei 9.868/99, que determina que cautelar em ADI seja sempre colegiada, podendo ser monocrática apenas no período do recesso. Também não encontra amparo no Código de Processo Civil (CPC) e nem mesmo no Regimento Interno do STF.

Aliás, a justificativa que os ministros do STF têm dado à aplicação do CPC (poder geral de cautela, previsto no art. 139, IV) ou do RISTF (art. 21, V, sobre poderes individuais do relator) é feito em desacordo com o que dispõe a Constituição e se valendo de normas gerais dessas legislações, quando em verdade elas já possuem normas específicas, suficientes e em sentido oposto.

A decisão poderia ter sido colegiada. Mesmo num domingo. Afinal, dias antes o STF havia ampliado o uso do plenário virtual pelos ministros. E ampliado para todo e qualquer processo ou decisão do STF. Ora, se agora o STF pode julgar tudo pelo plenário virtual, então por que não julgar também uma medida cautelar urgente como essa num período de pandemia?

Se a decisão não parece errada em conteúdo, ela erra na forma. E nesse erro formal, ela leva o STF diretamente para a gestão do dia a dia da crise financeira e orçamentária do País, “substituindo” o Poder Executivo. De quebra, isenta o Presidente de presidir o País e liderar o combate à crise, especialmente no que lhe diz respeito – a gestão financeira e orçamentária, com impactos gerais para os outros entes da Federação. É fato que o presidente da república tem governado muito mal a crise e vem extrapolando as suas competências constitucionais. Mas isso não autoriza o Poder Judiciário, especialmente o STF, a fazer o mesmo. Ou autoriza?

Uma outra resposta significativa à pandemia foi a iniciativa do Presidente do Supremo – ministro Dias Toffoli para a elaboração de um projeto de lei que define um regime jurídico emergencial para o direito privado durante a pandemia.

A iniciativa do Presidente do STF contou com a coordenação do ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Carlos Ferreira e ainda com a colaboração de diversos juristas de renome do direito privado. Entre outras medidas, o PL prevê a suspensão de prazos de prescrição, usucapião e aplicação do CDC.

O projeto de lei foi então protocolado no Senado pelo Senador Antonio Anastasia (PSD/MG), no dia 30/03/2020 – PL 1.179/2020³⁹.

Parece uma resposta legislativa tão importante quanto corriqueira. Todavia, a aparência de normalidade traz em si algo que sequer deveria ser excepcional: magistrados atuando como legisladores.

O PL é necessário? Sem dúvida. Oportuno? Claro que sim. Deveria ter sido de iniciativa, coordenação e elaboração de magistrados, que podem

³⁹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>.

ter de vir a julgar a constitucionalidade desse mesmo PL? Evidentemente que não. Afinal, ministros são magistrados. Não são legisladores. Tampouco são consultores legislativos (formais ou informais).

Se ministros e juízes querem dar suas contribuições e sugestões, devem fazê-lo dentro dos quadrantes e possibilidades que o STF, o STJ, a magistratura, lhes permite. Isso pode ser feito com informações sobre os entendimentos prevaletentes, ou com dados existentes sobre as controvérsias mais comuns, ou ainda sobre as que estão pendentes de julgamento.

Adiantar soluções através da iniciativa, coordenação e elaboração de projeto de lei, ou dizendo como o Legislativo deve conformar as relações privadas na crise, nos parece afronta à separação de poderes, ainda que cheio de boas e honestas intenções.

Esse modo de atuar ainda tem um efeito secundário mais nefasto. A mensagem que o Presidente do STF pode passar com esse tipo de iniciativa é a de que os problemas do País passam, antes de tudo, por uma conversa com o Presidente do STF. Uma discussão prévia, consultiva, sobre medidas adequadas, sobre a constitucionalidade dessas medidas.

Não à toa uma das manchetes do jornal Folha de São Paulo do dia 27/04/2020⁴⁰, deram notícia de que o Presidente da República sondou ministros do STF para ter aval prévio para a nomeação controversa do novo Diretor Geral da Polícia Federal. Afinal, se os ministros são consultados para fazer leis, também não valeria a pena consulta-los anteriormente a nomeações que possam ser impugnadas futuramente?

Essa é uma forma perniciosa de se estabelecer diálogo com os outros Poderes, pois desinstitucionaliza o Supremo, politiza indevidamente a Presidência do Tribunal e ainda se funda num personalismo individual, voluntário e voluntarista.

Uma atuação que também acaba por isentar os legisladores do seu ônus de agir, de legislar adequadamente. E que faz do STF um consultor legislativo informal e *ad hoc*. De forma semelhante à LRF, ninguém vai discordar que o mérito do PL 1.179/2020 é relevante e urgente. Mas então, cabe isso mesmo: um projeto de lei, uma medida provisória, não juízes atuando como legisladores.

A terceira decisão significativa do STF à pandemia foi dada na ADPF 663⁴¹, que autorizou a Câmara dos Deputados e o Senado Federal a alterarem o regime de tramitação das medidas provisórias.

Uma decisão monocrática, novamente prolatada pelo ministro Alexandre de Moraes, autorizou a alteração do rito de edição e análise das medidas provisórias que tratam sobre a pandemia. Em sua decisão, o ministro autorizou a dispensa de análise das medidas provisórias por comissão mista, podendo ser analisadas direto pelo plenário de cada Casa Legislativa. E também autorizou

⁴⁰ Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor.do?numero=49141&anchor=6411518&p d=193f1188a43ba0bba9003b91726dc702>.

⁴¹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881118>.

a diminuição do prazo de análise das MPs, conforme o sistema de deliberação remoto da Câmara e do Senado.

Mais do que depressa, a Câmara e o Senado encaparam essa autorização e editaram o Ato Conjunto nº 01/2020⁴², que alterou o rito de tramitação e votação das medidas provisórias.

Convém perguntar: é possível alterar o rito constitucional de medida provisória por decisão do STF ou por ato conjunto das Casas Legislativas?

A resposta não é complexa.

Aquilo que foi definido pela Constituição, não. E o que não foi, sim.

Comissão mista e prazo são temas constitucionais. Fazem parte do rito definido pela Constituição. Não estão ao dispor do STF por decisão judicial, nem estão ao dispor por ato conjunto da Câmara e do Senado. São temas que, para serem modificados, exigem alteração da Constituição. Emenda à Constituição. Apenas o que não está na Constituição poderia ser disposto pelo próprio Congresso.

Essa alteração, da forma como foi feita, seja por autorização judicial, seja por ato conjunto da Câmara e Senado, afronta a Constituição e ainda inventa um rito constitucional temporário para as medidas provisórias. Nada mais excepcional. Mas agora tido como regra.

Ah! claro. Não nos esquecemos da boa decisão do STF que reconheceu aos estados e municípios a competência para também manejarem ações de proteção à saúde (ADI 6341)⁴³.

Contrapeso exercido pelo federalismo brasileiro, disseram alguns. É verdade. Mas, uma meia verdade.

Um lampejo de bom federalismo. Mas que ainda veio sem explicar a virada jurisprudencial que concentra(va) competências na União; sem desmitificar ou superar o velho e nebuloso critério da preponderância dos interesses; sem enfrentar proposições que vêm sendo feitas sobre como lidar com leis multitemáticas e que trazem consigo aparente conflito de competências, como as que há tempos vêm defendendo, por exemplo, o ministro Edson Fachin ou o ministro Ricardo Lewandowski, com formas mais arrojadas e critérios mais rigorosos sobre a repartição de competências.

3 ESTRANHOS TEMPOS: (N)O STF [MAS TAMBÉM (N)O EXECUTIVO]

Vivemos tempos estranhos, diz sempre um ministro do STF, ao que afirmamos, reiterando, sim, estranhos, mais do que estranhos.

Qual o limite dessa estranheza? A qual nível de excepcionalidade ela se relaciona? A de uma excepcionalidade com “e” minúsculo ou ao Estado de Exceção com dois “Es” maiúsculos? Ou seja, as três atuações mencionadas podem ser uma amostragem de qual excepcionalidade?

⁴² Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/ato-conjunto-das-mesas-da-camara-dos-deputadose-do-senado-federal-n-1-de-2020-250639870>

⁴³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>

Nosso argumento quer sublinhar as fronteiras entre o caos e a normalidade, na medida em que a pandemia traz o argumento do caos, da não normalidade ou da E/exceção.

A exceção pode ser pensada, a partir do “xadrez democrático-constitucional” ou fora dele. Se as peças se mexem a partir do tabuleiro da Constituição, as excepcionalidades podem ser justificadas, mas seguem sendo excepcionalidades, como o estado de defesa e o estado de sítio - em maior proporção -, como também o estado de calamidade pública - em menor proporção.

Em um artigo publicado no JOTA (2020), os professores Egon Bockmann Moreira e Heloisa Câmara (2020) afirmam que “sem o direito público não há exceção a ele”, premissa essa com a qual concordamos. Ou seja, sem o parâmetro normativo, não há como aferir a E/exceção. Os limites até onde a corda da política se estica são dados pelo direito. Carl Schmitt torcia essa premissa ao entender que a exceção é a própria condição de possibilidade do direito (enquanto ordem posta) e o sentido próprio da autoridade estatal. Se soberano é quem decide sobre a exceção (SCHMITT, 1988, p. 15) e se esse é um conceito limítrofe, fica evidenciada a linha divisória que Schmitt traça entre a exceção (do Estado de Exceção) e a situação excepcional ou de urgência, como a que justifica o estado de sítio.

Entretanto, há em Schmitt, um fundamento para que a autoridade (que tem a força) - e não exatamente o homem singular- decida sobre a ordem. Isso nos leva a crer que mesmo uma leitura -chamemos de tradicional- de Schmitt não atrela, necessariamente, a exceção ao abuso do poder, da autoridade e da força.

No entanto, a experiência histórica mostra o contrário, isto é, a íntima relação entre a Exceção e o abuso do poder, da autoridade e da força. Isto evidencia a linha limítrofe entre Exceção e regra, caos e normalidade, não-ordem e ordem.

A exceção com “E”, no sentido de que fala Schmitt, significa a suspensão das regras constitucionais (e da própria Constituição). Nesse sentido, se decide por suspender a ordem e a justificação aqui está fora do direito. É força, é a política de altíssima temperatura, já não mais o caso das excepcionalidades previstas pela própria constituição, mas da sua total suspensão. O fundamento para que a autoridade (que tem a força) decida sobre a ordem está, segundo Alexandre Franco Sá (2009, p. 95 - 6), “no resultado inevitável de um combate racionalmente justificado, de um combate argumentativo pela mediação”. Isto é, a mediação está na decisão de uma autoridade; a que representa o Estado e a faz em relação ao direito.

Walter Benjamin que no ano de 1930 troca correspondência com Carl Schmitt⁴⁴ e desde 1933 se exila em Paris, escreve em 1940, no auge do nazismo, as “teses sobre filosofia da história” (1968, p. 253-64). Na oitava tese ele diz que “a tradição do oprimido nos ensina que o “estado de emergência”

⁴⁴ Ver WEBER, Samuel. Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt. *Diacritics*. v. 22, No. 3/4, Commemorating Walter Benjamin (Autumn - Winter, 1992), p. 5-18. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/465262>. Acesso em: 26 abr. 2021.

no qual vivemos não é a exceção, mas a regra (...) e que é nossa tarefa provocar um real estado de emergência, pois isso melhorará nossa posição na luta contra o Fascismo”.⁴⁵ Sua percepção era a de que o fascismo levava às últimas consequências a ideia do progresso e da técnica.

Jean Luc Nancy (2020), por sua vez, na coletânea chamada a *Sopa de Wuhan*, na interlocução com Giorgio Agamben e outros, disse que a “exceção se converte, em realidade, na regra, em um mundo no qual as interconexões técnicas de todas as espécies (movimentos, traslados, exposição ou difusão de substancias, etc.) alcançam uma intensidade até agora desconhecida”. Afirma ele que há uma espécie de exceção viral – biológica, informática e cultural – que nos coloca nessa situação de pandemia e que os governos não são mais que os executores. Ou seja, a situação da pandemia expõe um sentido de Exceção (que tem se tornado regra) que está além da autoridade do Estado.

Essa breve digressão sobre a E/exceção é para ressaltar a zona fronteira à qual as crises podem nos levar. No caso específico do Brasil neste momento, à crise pandêmica provocada pelo COVID-19 some-se a crise política desencadeada desde 2016. Estamos experimentando o limiar entre a E/exceção e a regra, o qual é muitíssimo tênue: seja no terrível contexto da experiência totalitária do século passado, seja nas experiências contemporâneas e, reiteramos, sobretudo nesta da pandemia do COVID-19.

É nesse sentido que, diante da pandemia, as decisões que vem sendo tomadas pelo Poder Executivo federal e pelo STF se estrutural na fronteira entre a Exceção em maiúsculo e a exceção em minúsculo, esta das excepcionalidades que se justificam durante um tempo, até que as razões fáticas que lhe deram causa não existam mais.

Essa última possibilidade – a exceção (em minúsculo) – é a que se lê no mérito da primeira decisão monocrática que mencionamos. Isto é, a permissão ao Executivo para gastar sem prévia exigência de custeio, a fim de custear o combate à pandemia entre outras coisas.

A decisão sublinha que, diante da calamidade pública e “a considerar a excepcionalidade do atual estado de pandemia de Covid-19”, se justifica ir além da flexibilização do art. 65 da LRF, na medida em que ela é insuficiente para atender as políticas emergenciais de saúde pública. Ou seja, a decisão vai além da ressalva do art. 65 e afasta a incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, “durante o estado de calamidade pública” e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19.

Sua forma monocrática, em sede de ADI, todavia, não é apenas excepcional, uma decisão atípica em razão das circunstâncias e da pandemia. Antes, é mais um exemplo de uma atuação que se tornou permanente no STF. E que com a pandemia parece também se normalizar. É, assim, uma decisão que parece entrar na categoria de Exceção (com E maiúsculo), pois não encontra amparo na Constituição ou em qualquer norma infraconstitucional (Lei 9.868/99, CPC ou RISTF), mas existe

⁴⁵ Benjamin, *Illuminations*, 257.

e se aplica apesar delas. Vale dizer, a Constituição vige, as leis também, mas não se aplicam. E a decisão se impõe, rompendo forma e arrastando conteúdo (ainda que nesse caso, como vimos insistindo, o mérito seja louvável).

Se as decisões monocráticas são a maior expressão do STF nos últimos anos, essa atuação individual e individualista de ministros, esvazia o colegiado, enfraquece a instituição, corrói a autoridade e a legitimidade do Supremo, agride a Constituição e, assim, coloca em xeque a própria democracia.

As duas outras atuações do STF parecem seguir o mesmo caminho de Exceção. Ao atuar com iniciativa de proposição legislativa, o presidente do Supremo larga a toga e assume a caneta de legislador. Magistrados atuando como legisladores, ou consultores legislativos, usurpam a separação de Poderes, ou na melhor das hipóteses inauguram um diálogo institucional pernicioso. Aqui também a Constituição vige, mas não se aplica e a atuação em nome do STF acontece apesar do que dispõe a Constituição.

Em nesse mesmo compasso a decisão, também monocrática, que autorizou um rito diverso para as medidas provisórias. Uma decisão que, sozinha, criou um novo tempo e espaço excepcionais: tramitação das MPs não mais em comissão mista, mas diretamente no Plenário. E num prazo também diferente daquele estabelecido pela Constituição. O que era excepcional foi logo consolidado pelo Legislativo.

A decisão ainda está em discussão no Plenário do STF e ao tempo de escrita deste texto não sabemos se será referendada pelo Supremo. De todo modo, o modo de atuação excepcional (em forma e conteúdo) parece já ter se normalizado e a controvérsia agora é apenas sobre a extensão de quanto se pode reescrever a Constituição, sempre sob a justificativa de ser temporariamente e durante a pandemia, ou não.

O Poder Executivo federal, sobretudo este que está aí, se move com mais desenvoltura do que o Judiciário nessa fronteira entre o caos e a ordem. Ou melhor, ele já se movia nesta fronteira, ora de maneira justificada, ora sem quaisquer argumentos, senão a sua vontade ou a sua estratégia.

Citamos aqui o artigo do professor Rodrigo Kanayama (2020), nos Cadernos Jurídicos da OAB, no qual ele faz uma cronologia das medidas fiscais adotadas desde fevereiro no combate à pandemia. Decretos, Medidas Provisórias, decisões do STF e Proposta de Emenda à Constituição que trata do orçamento de guerra, que prevê a inaplicabilidade da regra de ouro e que tem vigência durante o estado de calamidade. Só estes exemplos já são suficientes para acusar o esgarçamento entre a normalidade e o caos, a regra e a exceção, mas temos à disposição ainda inúmeros outros exemplos.

O que esses exemplos todos nos mostram é que, conforme anteriormente explicitado, a excepcionalidade está escancarada na forma de atuação e na forma da tomada de decisão. E assim se “estica a corda” em relação ao sentido das normas constitucionais aplicáveis, tanto no que concerne ao conteúdo quanto ao procedimento. Esse esgarçamento aguenta até que ponto da força?

4 A EXCEÇÃO COMO REGRA?

Aqui há um ponto de inflexão entre a nossa posição e a que está expressa no artigo dos professores Egon Bockmann Moreira e Heloísa Câmara (2020) – já mencionado –, na medida em que eles afirmam que a pandemia vem sendo debelada por meio de instrumentos jurídicos que respeitam a Constituição.

Sim e não, diríamos.

Há nos decretos, nas MPs, na PEC do orçamento de guerra e nas decisões do STF relacionadas à pandemia algo que escapa ao respeito à Constituição. Seja na forma, ou no conteúdo, ou em ambos, como vimos demonstrando.

Em relação ao STF, como diz Conrado Hübner Mendes (2020), o Estado de Direito pede mais: coerência, transparência, parâmetros e o carimbo do colegiado. Ou seja, mais argumentos e menos voluntarismo; mais normalidade, mais regras e menos excepcionalidades. No entanto, como aponta Conrado, além da exceção que marca os procedimentos nas tomadas de decisão de alguns ministros, há ainda o movimento explícito de alguns, agravado pelas circunstâncias de agora, como a participação, aparentemente desinteressada, em reuniões com bancos, com entidades como a FIESP e com as instituições de governo, sobre agendas que não têm relação direta com sua função institucional de defensores da Constituição. Sem falar da incontinência em falas e aparições públicas abrindo para algo mais-do-que excepcional e que está além das próprias decisões, suas formas e conteúdos, na medida em que as condiciona.

Ou seja, tudo isso é muito, mas muito delicado e se torna ainda mais, quando é dado ao STF fazer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos do governo, o qual, por sua vez, também se move entre o caos e a normalidade. Isto é, se move sobre as linhas das excepcionalidades com “e” minúsculo, e que podem conduzir à Exceção com E maiúsculo.

Eis o nosso argumento: o esgarçamento da corda pode levar ao seu rompimento e aí o “remédio mata o doente!”.

O Estado de Exceção era um dispositivo provisório para situações de perigo e, como diz Benjamin e, mais contemporaneamente Agamben (2004), se tornou um instrumento normal de governo.

A pandemia pode ser o pretexto para que as situações excepcionais se convertam em Estado de Exceção. O STF tem um papel fundamental, desde que ele mesmo não normalize ou naturalize em suas práticas a exceção e nem produza ou aceite a Exceção.

Nosso argumento neste texto, em sua urgência, digamos assim, é um alerta, mas também o acionar de um botão de alarme. Afinal, no limiar entre o caos e a normalidade, a E/exceção e a regra, não é possível dizer que as instituições estão funcionando normalmente. Justamente elas, que deveriam ser a garantia de freio e contrapeso diante da irracionalidade ou monstruosidade de quem, atualmente, governa este país.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Tradução: Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBUQUERQUE, Juliana de. Primo Levi reproduz com clareza complexidade da vida em situações-limite. Folha de São Paulo, São Paulo, 07 abr. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/coluna_s/juliana-de-albuquerque/2020/04/primo-levi-reproduz-com-clareza-complexidade-da-vida-em-situacoes-limite.shtml.

BENJAMIN, Walter. Illuminations. Trad. Harry Zohn. New York : Schocken Books, 1969.

CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya. Vinte e oito anos de constitucionalismo e democracia mais dois de excepcionalidades: diálogos entre a teoria constitucional e a teoria do direito. In: LEITE, Glauco S.; SANTOS, Gustavo; ALLAIN, João Paulo; ARAÚJO, Marcelo Labanca C. de. Trinta anos da constituição brasileira. Balanço crítico e desafios à (re)constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

KANAYAMA, Rodrigo. Crise Fiscal em tempos de pandemia: quais as soluções jurídicas necessárias?. Cadernos Jurídicos da OAB/PR, v. 99, abril, 2020.

MENDES, Conrado Hübner. Quem vai conter o medalhão do STF?. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/04/quem-vai-conter-o-medalhao-do-stf.shtml>

MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloísa. Entre exceções, estado de exceção e normalidade. JOTA, 26 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-excecoes-estado-de-excecao-e-normalidade-26042020>

NANCY, Jean Luc. Excepción viral. In: AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco 'Bifo'; PETIT, Santiago López; BUTLES, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECCHI, Raúl; GALINDO, Maria; GABRIEL, Markus; GONZÁLEZ, Gustavo Yañez; MANRIQUE, Patrícia; PRECIADO, Paul B. Sopa de Wuhan. Buenos Aires: ASPO, 2020.

SCHMITT, Carl. Théologie Politique. Tradução: Jean-Louis Schlegel. Paris: Éditions Gallimard, 1988.

UM CAPITALISMO PARA O POVO BRASILEIRO EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA E SOCIAL

*CAPITALISM FOR THE BRAZILIAN PEOPLE IN TIMES
OF ECONOMIC AND SOCIAL CRISIS*

Klaus Almeida Struecker⁴⁶

Fernando Knoerr⁴⁷

Ricardo Hasson Sayeg⁴⁸

INTRODUÇÃO

É notório que o processo de aperfeiçoamento capitalista brasileiro se constituiu assentado na atuação estatal, principalmente pela natureza das formações sociais ambientadas na tradição autoritária e de transição tardia.

Um dos papéis relevantes do Estado no capitalismo é a garantia da propriedade privada, uma vez que o Estado reconhece juridicamente a propriedade dos bens dos indivíduos. No que se refere à função do Estado, alguns países adotam um modelo mais capitalista, com pouca interferência estatal e vários serviços privatizados, aproximando-se do liberalismo econômico.

O processo de globalização, por sua vez, viabiliza mudanças no mundo do consumo mediante estratégias que reorganizam as formas de acesso a uma diversidade crescente de produtos através da extensão do crédito e da materialização de equipamentos urbanos articulados por meio de conexões constituídas em torno de centros de interesse que unem forças particulares de mercado. Estas mudanças socioeconômicas e culturais que vão para além de sua aparência funcional e objetiva, contribuem para a identificação de um capitalismo contemporâneo.

Outros optam por maior interferência do Estado e garantia de serviços básicos à população, o que se denomina de Estado de bem-estar social. São temas

⁴⁶ Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET-SP). Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania na Unicuritiba. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0131797804667339>.

⁴⁷ Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA - PR. Professor do Mestrado na UCAM - RJ. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juiz do TRE-PR. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. Escritor, pesquisador e palestrante. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1635076591951363>.

⁴⁸ Bibliografia Ricardo: Conselheiro do Conselho Superior da CAPES. Jurista do Ano 2017, pela Ordem dos Economistas do Brasil. 1º Professor Livre-Docente em Direito Econômico da Faculdade de Direito da PUC-SP. Diretor do Doutorado da UNINOVE. Gest Professor da CALWEST School of Law (EUA). Doutor e Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. Recebeu seu primeiro título de Doutor Honoris Causa aos 28 anos de idade. Graduado em Direito pela PUC-SP. Coordenador da Disciplina de Direito Econômico do Departamento de Ciências Tributárias, Econômicas e Comerciais da Faculdade de Direito da PUC-SP. Líder do Núcleo de Pesquisa Capitalismo Humanista atuante na PUC-SP. Imortalizado na Cadeira 32, da Academia Paulista de Direito.

recorrentes, no debate econômico brasileiro, as ideias do progresso econômico e da desigualdade e a forma da inserção externa da economia brasileira. O Brasil, por sua vez, passou por diversas mudanças econômicas, com ênfase para a passagem da economia agrário-exportadora para a economia industrial, ao longo do século XX.

Apesar do elevado crescimento econômico ocorrido ao longo desse período, preservou-se uma alta desigualdade econômica e social. As mudanças não foram acompanhadas por uma distribuição equânime dos seus benefícios. Com a era da globalização, o modelo capitalista tornou-se predominante em praticamente todo o mundo. Todavia, as suas feições e níveis de desenvolvimento não ocorrem de forma igualitária na totalidade do espaço mundial, isso porque a sua lógica de produção e reprodução é altamente desigual. Com efeito, certos países apresentam estágios mais avançados de capitalismo e outros apresentam os seus aspectos ainda iniciais.

O capitalismo é o sistema econômico predominante atualmente. Neste sentido, ele recebe algumas críticas, especialmente pela existência de crises que afetam a economia de tempos em tempos e pelo quadro de desigualdade social que ele auxiliou a concretizar. Desta maneira, a evolução econômica no capitalismo ficou marcada historicamente por ciclos de recessão econômica que ocasionaram incertezas e levaram diversos indivíduos ao desemprego.

Nesta seara, destaca-se o caráter dependente do desenvolvimento econômico brasileiro, respondendo a mudanças na divisão internacional do trabalho e da maneira como este foi internalizado no país a partir das contradições entre as classes dominantes e dominadas.

1 DEFINIÇÕES E OBJETIVOS

A investigação acadêmica ora proposta será baseada pelo método dedutivo, a ser empreendida a partir de uma revisão bibliográfica multidisciplinar de livros e artigos científicos, tendo natureza essencialmente teórica, focada na análise doutrinária e, no que couber, também legislativa do tema.

Proceder-se-á a um estudo que envolva as principais obras jurídicas sobre o tema e que enfrentem devidamente a complexidade do objeto de estudo em questão. Com este método, será possível, num primeiro momento, revelar-se conceitos teóricos pertinentes e necessários ao entendimento do tema.

Neste sentido, é necessário destacar que o objetivo deste trabalho é analisar a configuração atual do capitalismo no Brasil. Com efeito, é possível afirmar que atualmente ela é marcada por um elevado grau de concentração e centralização de capitais, em que os setores que produzem valor e os setores que portam juros – vulgarmente chamados de capital produtivo e capital “financeiro” (os bancos) –, assim como as faces nacional, internacional e associada das empresas capitalistas, estão interligados e interpenetrados na conjuntura social.

O atual estágio do capitalismo, que a partir da década de 60, adquiriu uma feição globalizada e se serviu do progresso das novas tecnologias da informação e da comunicação, tanto nos processos produtivos quanto nas relações sociais, apontam para o que, de uma maneira geral, se chama de capitalismo contemporâneo. Este modelo se assenta por uma nova economia

política que substitui, em parte, o modelo de produção e consumo em massa por um novo modelo de reprodução do mundo que valoriza o indivíduo e os segmentos de consumo especializados do mercado.

Assim, para além dos compromissos do Estado com o aperfeiçoamento das forças produtivas e a divisão técnica do trabalho, há também a politização da dominação capitalista que envolve a esfera estatal em resposta aos conflitos sociais com vista à regulação pública do mínimo para manter a existência humana e a participação cidadã. Deste modo, pela expansão capitalista, o Estado se transforma paulatinamente com o avanço e diferenciação das classes sociais e suas frações em disputa pelo controle do aparelho estatal e de atuação na economia e na sociedade nacional.

A sustentação teórica capitalista foi lançada por Locke, quando este centrou a argumentação de seu liberalismo no direito inalienável à propriedade, observando está como uma extensão da liberdade mediada pelo trabalho. A modernização capitalista começou a ser lapidada por Locke e teve em Adam Smith a sua consecução teórica na forma mercado, o qual também, segundo Smith, tem como embasamento o direito inalienável à propriedade, sob a mediação da lei da oferta e da procura, isto é, da “mão invisível”.

Com efeito, a privatização trouxe a criação de órgãos reguladores autônomos, que substituiriam a incapacidade estatal de regular eficientemente diversos setores da economia. A garantia da concorrência e da defesa dos direitos dos consumidores seriam os grandes objetivos visados, tanto na regulação das atividades econômicas propriamente ditas, como na regulação dos serviços públicos.

O Estado, por sua vez, permanece atuante na conjuntura do capitalismo brasileiro. Os empréstimos e financiamentos concedidos pelo BNDES e a atuação dos fundos de pensão dos servidores das empresas estatais demonstram a existência de um Estado forte e atuante, que conforma e orienta o mercado.

2 AS DESIGUALDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS

O capitalismo traz consigo a desigualdade de renda. O público costuma aceitar essa desigualdade desde que não seja excessiva, seja vista como parte de um sistema que beneficia a todos e, mais importante, seja justificada por um princípio que boa parte da população considere como “justo” (ZINGALES, 2015, p. 26).

Prevê a Constituição que constituem objetivos fundamentais da República erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III). O Brasil, nas últimas décadas, vem confirmando uma tendência de grande desigualdade na distribuição de renda e elevados níveis de pobreza. Um país desigual, exposto ao desafio histórico de enfrentar uma herança de injustiça social que exclui parte significativa de sua população do acesso a condições mínimas de dignidade e cidadania.

No Brasil, a desigualdade social está presente desde seu surgimento, em diversas dimensões (política, econômica, social, racial, regional e cultural), de forma exacerbada ao longo da história da sociedade. No período colonial,

foi imposto o modelo econômico escravocrata, no qual o escravo era a principal mão de obra e, por ser ele comprado, não tinha participação na renda. Os demais trabalhadores pobres foram excluídos já na divisão das terras brasileiras; pelo Estatuto da Terra, negros, índios e pobres não recebiam terra para trabalhar. No primeiro período republicano (1889-1930), o país adotou o modelo econômico agroexportador, que fortaleceu sobremaneira o nascente capitalismo brasileiro com trabalho assalariado nas fazendas de café e nas primeiras indústrias têxteis e tipografias. O valor e o tempo do trabalho assalariado não eram regulamentados, cabendo ao empregador determinar esses fatores. O modelo político era oligárquico, com oligarquias rurais aliadas à nascente burguesia industrial urbana; a pobreza e desigualdade social eram casos de polícia (FERREIRA, 2003).

Entende-se por desigualdade social sendo uma condição de acesso desigual aos recursos, sejam eles materiais ou simbólicos (SANTOS, 2010). Todo o aperfeiçoamento do capitalismo, desde a sua primeira fase, mercantilista, passando posteriormente pelo liberalismo até o presente modelo vigente, financeiro globalizado, passou por diversas alterações e adaptações para conseguir superar suas constantes crises ao longo da história. Como a sua dinâmica não é a distribuição dos recursos para compilar a justiça, mas a concentração de capitais para ampliar o lucro, o capitalismo em diversas ocasiões provocou desigualdade e exclusão social.

O processo de construção histórica das formas de dominação burguesa e sua contínua adequação aos interesses gerais dos capitais foi analisada por Karl Marx, em seu estudo de conjuntura sobre o desfecho da revolução francesa a partir de 1848, nas obras “As lutas de classes na França” e em “O 18 de Brumário de Luís Bonaparte” (ENGELS, 2015). Com base nestas referências, é possível afirmar que as formas de dominação burguesa não nasceram prontas como hoje se apresentam, mas se tratam de construções históricas determinadas pela luta de classes.

A teoria social de Marx e seu método crítico-dialético permite uma visão dessa política no movimento da sociedade burguesa, reconstruindo suas características a partir de um conjunto de determinações que vão além das sugestões imediatas.

Esta dependência, entretanto, não é algo que se sobrepõe externamente aos países periféricos; antes, ela se constitui econômica e politicamente no interior desses países, através das alianças de classe que compõem os blocos no poder. Isto ocorre porque a dependência não se limita à “deterioração dos termos de troca” ou à “troca desigual” evidenciadas no comércio internacional. Para além da circulação de mercadorias e capitais, é a totalidade do ciclo de reprodução do capital nos países periféricos que está subordinada e determinada, direta ou indiretamente, pelo ciclo de reprodução do capital em escala mundial, com o domínio dos capitais estrangeiros sobre os principais e mais dinâmicos setores produtivos nacionais.

Falar da desigualdade social é falar da questão social e fundiária do Brasil, sendo que a concentração de renda perpassa a concentração de terras. Isto tem ligação com o fato mais determinante para a nossa desigualdade: o do Brasil ter sido o último a abolir a escravatura, em 1888. Até os dias atuais

a questão se desdobra no reconhecimento das comunidades remanescentes de quilombos e suas terras (FIGUEIREDO, 2020, p. 136).

A pobreza não pode ser definida de forma única e universal. Todavia, é possível afirmar que se refere a situações de carência em que os indivíduos não conseguem manter um padrão mínimo de vida condizente com as referências socialmente estabelecidas em cada contexto histórico. Com efeito, a pobreza remete à escassez agregada de recursos e à má distribuição dos recursos existentes.

Nesta lógica, a dependência é um fenômeno endógeno aos países periféricos, que se efetiva econômica e politicamente por meio da articulação, orgânica ou não, de determinadas frações de capitais nacionais com o capital estrangeiro, imprimindo sua marca na natureza dos padrões de desenvolvimento.

A partir daí são definidos os blocos no poder que controlam o Estado, condicionando o financiamento desses padrões, regulando a introdução e difusão do progresso tecnológico. Tudo isso circunscreve e limita, ou mesmo impõe e dirige a implementação de “reformas” e políticas econômicas que reproduzem a situação de subdesenvolvimento e dependência dos países periféricos (FILGUEIRAS, 2014, p. 32-38).

A desigualdade impede a retomada do progresso econômico, pois reduz a renda disponível que tem papel imprescindível para ativar a demanda agregada. Ao mesmo tempo, fragiliza a democracia uma vez que o Estado passa a ser refém de uma pequena parcela de grandes corporações que impõem as políticas de austeridade e de redução de direitos, as quais aprofundam a crise econômica e social e que objetivam a desconstitucionalização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Equidade social é a justa distribuição de renda (riqueza produzida pelo trabalho) na sociedade, compreendida como o direito de as pessoas participarem não “só da atividade política e econômica, mas também o direito de contar com os meios de subsistência (adequada segundo suas necessidades) e com o acesso a um conjunto de serviços públicos que permitam manter um nível adequado de vida (DIAS, 2001, p. 152).

Nesta ocasião, o futuro do Estado social aprovado na Constituição, cujos direitos fundamentais estão previstos no art. 6º, depende da organização da sociedade civil em favor da adoção de políticas que se afastam da austeridade (corte de gastos) e se afastem da aceitação acrítica de que a política tributária deve ser neutra e se afastar dos objetivos distributivos.

É imperativo reduzir a desigualdade tanto por razões morais, como por motivações relativas à implementação de políticas eficazes para erradicar a pobreza. A tradição brasileira, entretanto, tem reforçado a via singular do progresso econômico, sem gerar resultados satisfatórios no que se refere à redução da pobreza. É evidente que se reconhece a importância crucial de estimular políticas de crescimento para fomentar a dinâmica econômica e social do país. Todavia, para erradicar a pobreza no Brasil é essencial definir uma estratégia que garanta prioridade à redução da desigualdade.

3 O MERCADO ECONÔMICO E O POVO

Originalmente, os economistas que se interessaram pelo progresso manifestavam grande ceticismo quanto à capacidade do mercado em promover uma acumulação regular do capital nas economias desenvolvidas, e mais ainda, a convergência em relação a estas por parte dos outros países (MEIER, 1987). Para os marxistas como, posteriormente, os estruturalistas, a esfera do mercado deve ser limitada, não abrangendo nem os bens de equipamento, nem o crédito. Ao contrário, cabe ao planejamento e/ou à intervenção pública promover um crescimento respeitoso da autonomia nacional e de um mínimo de justiça social.

A vinculação da desigualdade e da pobreza às trajetórias de progresso e desenvolvimento marcou de forma expressiva a discussão sobre os problemas econômicos e sociais da América Latina. O objetivo da análise se remeteu para o modelo de desenvolvimento econômico seguido no pós-guerra, ocasião em que vários países da região fizeram um esforço ponderável de ampliação da sua base industrial.

A abordagem do Consenso de Washington para a crise na América Latina se solidificou nos anos de 1980. Nesta ocasião, como causa da crise houve o excessivo crescimento do Estado, com o excesso de regulações, e o populismo econômico, definido pela incapacidade de controlar o déficit público e de manter sob controle as demandas salariais tanto do setor privado quanto do setor público. A partir desta avaliação, as reformas no curto prazo deveriam combater o populismo econômico e lograr o equilíbrio fiscal e a estabilização. Estruturalmente, a receita é uma estratégia baseada na redução do tamanho do Estado, na liberalização do comércio internacional e na promoção das exportações (PEREIRA, 1991, p. 3-24).

Dentre os aspectos mais importantes da economia enquanto ciência está a sua capacidade de fomentar instrumentos aos Estados e governos para analisarem a vida econômica das sociedades. Apesar de o mercado ser visto com bons olhos para controlar sozinho os movimentos da economia, cabe ao Estado buscar a eficiência e a equidade, dois conceitos essenciais para a promoção do crescimento e desenvolvimento econômico.

A atuação do Estado brasileiro como principal financiador da atividade econômica levou alguns autores a visualizarem o capitalismo brasileiro como um “capitalismo de Estado”. Esta ideia foi criada, entre outros, por Frederick Pollock, pesquisador do Instituto para Pesquisa Social (Institut für Sozialforschung), exilado nos Estados Unidos, no final da década de 1930. A crescente intervenção do Estado na economia inspirou Frederick Pollock a desenvolver, com base nos elementos da experiência posterior à Primeira Guerra Mundial na Europa e, de certa maneira, nos Estados Unidos, o modelo do capitalismo de Estado.

No capitalismo de Estado, o Estado adquire importantes funções econômicas, mas não implanta o socialismo, pois não suprime o mercado. O mercado deixa de ser responsável pela coordenação da produção e distribuição, assumidas como tarefas estatais. Com a subsidiariedade do mercado,

as questões econômicas são observadas sob a ótica política. Apesar de não ser mais possível a existência de uma esfera econômica privada sem a presença do Estado, isso não significa o fim da livre iniciativa, mas sua integração a um plano geral, comandado pelo Estado (POLLOCK, 1941, p. 200).

A trajetória de longo prazo do perfil do Estado no capitalismo brasileiro encontra-se permeada de singularidades quando comparada aos países do centro mundial. Como nação periférica e de longa sociedade agrária, sua industrialização tardia tendeu a limitar-se a pouco mais de meio século de existência. Nos dias atuais, esse capitalismo tardio vive a transição para os serviços e uma nova dependência do comércio externo de produtos primários. Cabe, assim, verificar os determinantes da dinâmica nas políticas públicas no país.

Pela necessidade de expansionismo do sistema capitalista, o Brasil sofre consequências devastadoras no conjunto de possibilidades e soluções políticas como país da periferia do capital. Deste modo, na incorporação das economias periféricas ao processo capitalista de reprodução mundial, cabe aos estados nacionais o papel de indutores do desenvolvimento econômico, com apelo ao crédito externo para o financiamento de sua expansão, propiciando uma base produtiva integrada às necessidades dos mercados internacionais e aos imperativos do pensamento e da prática neoliberal, marcada pela retração das políticas públicas de proteção social.

O importante na atuação do Estado brasileiro é a necessidade de reforçar o mercado interno, retomando uma política industrial com efetivos incentivos à inovação tecnológica. Uma atuação que valorize, dignifique e universalize a educação, verdadeira base para o desenvolvimento e para a emancipação social. Em outras palavras, o Estado brasileiro, que está longe de ter se afastado da regulação, financiamento e controle das atividades econômicas, deve ter como base de sua atuação justamente o que estipula a Constituição de 1988: uma atuação focada em promover o mercado interno, com desenvolvimento tecnológico e integração social da população (art. 219), fundada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, caput), que promova a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e 170, VII) e tenha por objetivo essencial a superação do subdesenvolvimento (art. 3º, II).

De acordo com Nicholas *Gregory Mankiw* (2004), as falhas de mercado podem ser causadas pelo menos por dois fatores: externalidades e concentração de poder econômico. A externalidade é o impacto das ações de alguém sobre o bem-estar dos que estão em sua volta. Existem externalidades “negativas”, como a poluição, e outras “positivas”, como uma descoberta científica por algum pesquisador. Com relação às negativas, o governo pode combater para diminuir os males à sociedade (um dos exemplos mais atuais seriam as questões ambientais e algumas medidas tomadas em relação ao desenvolvimento sustentável). Com relação às positivas, o Estado pode estimulá-las para que seus resultados alcancem cada vez mais indivíduos (exemplo disso está no estímulo ao biodiesel, à exploração do pré-sal, da criação de remédios genéricos, entre outros).

Segundo Yamamoto (apud BOSCHETTI (Org.), 2008, p. 13 - 43.), os contornos das políticas sociais no Brasil estão intimamente atrelados às orientações do Banco Mundial. Em suas palavras:

As diretrizes na condução da política social apresentam fina sintonia com as recomendações dos organismos internacionais. O relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2006, do Banco Mundial, é explícito: a meta é a equidade, entendida enquanto igualdade de oportunidades de forma que respeite as liberdades individuais, bem como o papel do mercado a alocação de recursos.

As potências industriais e financeiras produzem, com efeito, não somente mercadorias, mas também subjetividades. A produção de subjetividades, de necessidades, de corpos e mentes, consiste na criação não só de um modelo de consumo, mas principalmente na produção do mundo do consumidor. Nesta lógica, as relações do indivíduo com o meio social passam pelos objetos e produtos transformados nas expressões mais tangíveis da presença e da sociedade em seu ambiente, desde o momento em que tomam o lugar das coisas naturais (MOLES, 1975. p. 12).

É sabido que, no capitalismo, o principal objetivo das atividades é a geração de lucro e o acúmulo de riquezas. Para que isso seja possível, a atividade comercial foi dinamizada por meio da realização de trocas monetárias, prática iniciada e difundida a partir do século XVI. Deste modo, a economia de mercado é uma estratégia econômica elaborada com o intuito de intensificar esta lógica.

Este modelo esteve acompanhado, primeiramente, pelo **liberalismo econômico**, que preconizava a mínima intervenção do Estado na economia. Em um segundo momento, após a década de 1970, o modelo em questão foi retomado em conjunto ao **neoliberalismo**, que novamente pregava a mínima intervenção do Estado na economia, salvo em tempos de crise e de instabilidades social e econômica. Atualmente, praticamente todos os países do mundo o adotam.

4 A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE LIVRE MERCADO

O triunfo global do capitalismo foi o triunfo de uma sociedade que acreditou que o crescimento econômico repousava na competição da livre iniciativa privada. Uma economia assim baseada nas sólidas fundações de uma burguesia, composta daqueles cuja energia, mérito e inteligência elevou-os a tal posição. O sistema mundial do capitalismo era uma estrutura de “economias nacionais” rivais. O triunfo mundial do liberalismo ficava na conversão de todos os povos, pelo menos os que eram vistos como “civilizados” (HOBBSAWM, 2002, p. 80).

O livre mercado é um termo referente a um arranjo de trocas que ocorrem na sociedade. Estas trocas acontecem como um acordo voluntário

entre duas pessoas ou entre grupos de pessoas representados por agentes. Estes indivíduos (ou agentes) trocam dois bens econômicos, tanto commodities tangíveis quanto serviços não-tangíveis. Neste sentido, ambas as partes empreendem a troca, visto que cada parte espera ganhar com ela. Somado a isso, cada parte irá repetir a troca da próxima vez (ou se recusar a) porque sua expectativa se provou correta (ou incorreta) no passado recente. Comércio, ou troca, acontece porque ambas as partes se beneficiam; se elas não esperassem obter ganhos, não concordariam em se envolver na troca.

A questão social é indissociável da sociabilidade da sociedade de classes e seus antagonismos constituintes, englobando uma gama de lutas políticas e culturais contra as desigualdades socialmente produzidas, com o selo das particularidades nacionais, presidida pelo desenvolvimento desigual e combinado, em que convivem coexistindo temporalidades históricas diversas (IAMAMOTO, 2013, p. 330).

A experiência democrática constituída pelo ciclo político da Nova República permitiu, através da Constituição Federal de 1988, implementar um inédito padrão de políticas públicas convergente com o Estado de bem-estar social observado nos países de capitalismo avançado. Isto, por si só, não se mostrou o suficiente para sustentar o regime democrático em face à formação social tradicional com bases conservadoras e autoritárias.

Durante boa parte dos anos de governo de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, houve um retorno do papel do Estado brasileiro como agente indutor do progresso econômico, sob as bases de um “novo desenvolvimentismo”, retomando à cena pública o debate sobre as vertentes de um desenvolvimento nacional. Porém, o que se verifica neste período é o fato de que a ideia de desenvolvimento apareceu fortemente, mas sem suscitar nas classes subalternas qualquer discussão sobre um projeto societário alternativo à ordem do capital, ou mesmo de um desenvolvimento que incluísse a dimensão da soberania nacional como meta.

As conjunturas de crises são as que mais dificultam a organização dos trabalhadores, principalmente a organização operária, em razão da maior precariedade das condições de vida, de trabalho, ao aumento da concorrência por vagas de emprego, ao rebaixamento salarial e ao crescimento do desemprego e desregulamentação das relações de trabalho.

Nesta lógica, o funcionamento de uma economia de mercado necessita da existência de um Estado formalmente institucionalizado, não só para garantir a operação impessoal das normas vigentes, mas também para atuar distributivamente de maneira a minimizar as inevitáveis externalidades provocadas pela intensificação dos laços de interdependência humana que a própria expansão do mercado favorece.

Em princípio, a ampliação de direitos civis igualmente acessíveis a todos, decorrente da afirmação da visão liberal da cidadania, não deveria entrar em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista. O cerne da ideia de cidadania à época de afirmação do capitalismo estava contido nos direitos civis.

Assim, isto os tornava, além de imprescindíveis à própria instauração de uma economia competitiva de mercado, talvez a única fonte de legitimação das crescentes desigualdades econômicas produzidas durante todo o primeiro século da Revolução Industrial, que podiam aparecer, deste modo, ainda que de maneira inaceitavelmente cruel, como um preço a ser pago pela conquista da liberdade.

O mercado econômico, por sua vez, não é simplesmente um arranjo, mas uma rede de trocas altamente complexa e interativa. O mercado se torna possível pela utilização do dinheiro. Cada pessoa empenha-se em uma especialização, ou uma divisão do trabalho, elaborando aquilo que ela faz melhor. A produção inicia com os recursos naturais, e daí advêm várias modalidades de máquinas e bens de capital, até que, finalmente, bens são vendidos ao consumidor.

Em cada etapa da produção, desde os recursos naturais até os bens de consumo, dinheiro é voluntariamente trocado por bens de capital, trabalho e recursos terrestres. A cada passo, os termos de trocas são estipulados pelas interações voluntárias entre ofertantes e demandantes. Esse mercado é “livre” pois as escolhas, a cada passo, são feitas livre e voluntariamente.

No livre mercado é a população consumidora quem decide o destino de toda e qualquer empresa com a qual se lida. O capitalismo de livre mercado pune qualquer empresa que não satisfaça os consumidores ou que não saiba como utilizar recursos escassos de forma eficiente. No livre mercado, são os consumidores, através de suas decisões de comprar ou de se abster de comprar, que decidem qual empresa deve prosperar e qual empresa deve sumir.

O livre mercado e o livre sistema de preços fazem com que bens de todo o mundo estejam disponíveis para o consumidor. O livre mercado também concede maior liberdade de ação possível aos empreendedores, que arriscam capital para alocar recursos de forma a satisfazer os anseios futuros da massa de consumidores da maneira mais eficiente possível. O mercado livre e competitivo também recompensa e fomenta a inovação tecnológica, o que permite ao inovador ter uma pequena vantagem na corrida para satisfazer os desejos do consumidor de maneiras novas e criativas.

5 O CAPITALISMO DE COMPADRIO NO BRASIL

A palavra “capitalismo” pode ser utilizada de diferentes maneiras. Em primeiro lugar, é usada como sinônimo de liberalismo, em que prevalece a liberdade econômica, a livre iniciativa, o livre comércio com poucas regulamentações e baixa interferência do Estado na economia. Em segundo lugar, é usada para remeter a uma economia que, apesar de manter a propriedade dos meios de produção em mãos privadas, é regulada a partir de grande intervenção do governo nas questões privadas, com muita interferência deste no domínio econômico.

O capitalismo é fruto natural dos processos sociais de divisão do trabalho e trocas voluntárias, realizados num ambiente de liberdade até então poucas vezes visto ao longo da história. Os economistas clássicos chamavam-no de

laissez-faire. O governo era apenas um mero coadjuvante, cuja função limitava-se a fazer cumprir os contratos, proteger a vida e a propriedade dos cidadãos.

A vigência de uma primeira onda de globalização capitalista, iniciada no século XIX e prolongada até a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tinha a predominância da ordem liberal hegemônica pela Inglaterra, que se ancorava no padrão monetário do ouro-libra e na plena liberdade comercial e dos fluxos de capitais e de mão de obra. Com a economia operando sem fronteiras e submetida à dinâmica do imperialismo, ao final do século XIX, as políticas nacionais apresentavam-se frágeis no âmbito do Estado mínimo, quando não submetidas à lógica de dominância das altas finanças da época.

A mudança no papel do Estado acompanha a pressão de estruturas internacionais e dos interesses das grandes corporações transnacionais no interior das decisões nacionais. Atualmente, a crise do capitalismo global iniciada em 2008 tem demonstrado o acirramento da concorrência intercapitalista entre as grandes corporações transnacionais, que vêm agindo com taxas de inversão deprimidas, porém relacionadas à valorização da esfera financeira.

O período imediato pós-guerra é um período de gestação do capitalismo contemporâneo, em que se inicia a construção de uma economia globalizada com características distintas daquele que o precedeu. Neste período, utilizou-se dos efeitos resultantes do colapso do regime de acumulação fordista para projetar, de acordo com as especificidades sócio espaciais do conjunto das economias capitalistas, as estratégias políticas de um modelo “híbrido” de acumulação que objetiva harmonizar sob a égide do capital, as esferas da cultura e do consumo.

A burguesia enquanto classe não pode exercer a dominação em seu próprio nome, requer dominar não somente pela força, mas também pelo consenso, apresentando-se como portadora de anseios universais. Por este motivo, a análise no terreno da política deve ser feita observando, antes de tudo, o movimento das classes para além dela. Trata-se de superar a aparência da política como esfera de dissimulação, buscando sua gênese nos reais interesses de classe que a condicionam e na correlação de forças existentes na sociedade civil (MARA, 2016).

Com efeito, é preciso alertar que a relação entre o bloco no poder e o Estado não se restringe ao capitalismo brasileiro, pois sempre há uma relação intrínseca entre o bloco no poder, a cena política e o Estado; uma vez que este último (suas políticas e regulamentações) é um fator intrínseco ao processo de acumulação do capital e de dominação de classe por meio do binômio repressão/ideologia.

Nesta temática, Braga (2012, p. 11) defende que o país está diante de uma “revolução passiva à brasileira”, processo de modernização conservadora típico do capitalismo dependente. Este processo sintetiza aspectos de “conservação”, de reação das classes dominantes para controlar e manter as manifestações contrárias nos estreitos limites da ordem social vigente, e de “inovação”, de incorporação de algumas demandas oriundas das classes subalternas.

No capitalismo de estado, o governo é capturado por grupos de interesse, que o utilizam para promover a transferência de riqueza e status. Através de um processo constante, castas influentes e bem articuladas obtêm privilégios especiais, contratos, empregos, reservas de mercado, créditos baratos e proteções diversas, sempre à custa do dinheiro alheio.

Nesta ocasião, o mercado é artificialmente estruturado por uma relação de conluio entre o governo, as grandes empresas e os grandes sindicatos. Políticos concedem a seus empresários favoritos uma grande variedade de privilégios que seriam simplesmente inalcançáveis em um genuíno livre mercado.

Através do capitalismo de estado, o governo cria e protege monopólios, oligopólios, cartéis e reservas de mercado por meio de regulamentações que impõem barreiras à entrada da concorrência no mercado (agências reguladoras), através de subsídios a empresas favoritas, por meio do protecionismo, via obstrução de importações, por meio de altos tributos que impedem que novas empresas nasçam e cresçam.

No capitalismo de compadrio, o sistema econômico é estruturado por um relacionamento entre governo, grandes empresas e/ou grandes sindicatos de trabalhadores. Misturando interesses públicos e privados, o governo concede uma variedade de privilégios ao setor privado, os quais seriam simplesmente impensáveis num sistema efetivamente liberal.

Um Estado grande acaba convertendo-se em um meio de redistribuição de riqueza. A riqueza é confiscada dos grupos sociais desorganizados (pagadores de impostos) e direcionada para os grupos sociais organizados (lobbies, grupos de interesse e grandes empresários com conexões políticas).

Paulatinamente, castas influentes e bem articuladas obtêm privilégios especiais, contratos, empregos, benefícios fiscais, créditos baratos, resgates e proteções diversas às custas do imposto alheio. Após determinado lapso temporal, diversos dos empreendimentos financiados e protegidos pelo governo vão à bancarrota, deixando um rastro de prejuízos e dívidas para a sociedade. Em razão disso, é possível observar que no capitalismo de Estado os lucros são privados, mas os prejuízos são públicos.

Quanto maior e mais poderoso um governo, quanto mais leis e regulamentações ele cria, mais os empresários poderosos e com boas conexões políticas irão se aglomerar em torno dele para conseguir vantagens e privilégios; e mais aberturas ele concederá para que empresários se beneficiem à custa dos concorrentes e da população como um todo.

CONCLUSÃO

O sistema capitalista vem demonstrando continuamente a incapacidade de trabalhar com suas contradições internas, resultantes da própria lógica de funcionamento baseada na acumulação e expansão incessante de capital, e na relação de super exploração, dominação e alienação que se firma com a natureza e a força de trabalho humana – fontes de produção de riqueza.

O capitalismo, ou a forma de ser histórica sob o domínio do capital, se apresenta a partir da necessidade da valorização do valor. A propriedade concentrada de recursos sociais precisa converter-se em capital, extrair valor e valorizar-se. Esta é a necessidade de suas classes dominantes e ela é imposta a todos. A crise estrutural e sistêmica do capital se expressa na confluência de múltiplas crises: ecológica, social, política e econômica, engendradas inexoravelmente pela própria lógica de produção destrutiva imposta pelo desenvolvimento capitalista.

Desde meados do século XX, o modelo capitalista brasileiro tem sido uma mistura de capitalismo de Estado, com marcante presença do governo na economia, e de compadrio, com alta tendência à concentração de grandes grupos empresariais. Estes conglomerados se beneficiam do acesso ao crédito subsidiado, concedido por bancos oficiais; da proteção contra a concorrência externa; e de uma regulação extensa e complexa. Somado ao precário ambiente de negócios no Brasil, esse modelo cria fortes barreiras ao desenvolvimento e à entrada de novos concorrentes, favorecendo a crescente concentração, em um círculo vicioso.

O capitalismo é, em sua essência, uma esfera apartada da economia que domina todas as outras esferas da vida social. Assim, as crises cíclicas do capitalismo sempre produziram situações destrutivas com regressões à barbárie. Essas crises, todavia, não são meramente cíclicas. Elas também vão se acumulando e se tornando cada vez mais crises sistêmicas e estruturais, em que a regressão à barbárie é cada vez mais permanente. Quando se fala em crise econômica, trata-se da essência do capitalismo. O valor, para ser produzido, precisa ser extraído de mais valor. Ocorre que essa extração de mais valor vai depender do desenvolvimento das forças produtivas.

Esse sistema prejudica o apoio popular ao capitalismo, que passa a ser visto como um sistema cartorial e não de livre mercado. A consequência é uma profusão de grupos de interesse que passam a requerer privilégios em um ciclo perverso, situação em que poucos ganham ao custo de muitos. Neste cenário, todos perdem pela ineficiência e pelo baixo crescimento do país.

REFERÊNCIAS

- BRAGA, Ruy. A política do precariado: do populismo à hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo, 2012.
- DIAS, Reinaldo. Sociologia e administração. Campinas, São Paulo: Alínea, 2001.
- ENGELS, Friedrich. A revolução antes da revolução. São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- FERREIRA, Delson. Sociologia. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Corrupção e desigualdade – combate à corrupção efetivo, republicano e democrático como redutor da desigualdade social (e combate à desigualdade social como redução da corrupção). Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- FILGUEIRAS, Luiz. A natureza e os limites do desenvolvimento no capitalismo dependente brasileiro. Margem Esquerda, São Paulo, n. 23, 2014. p. 32-38.
- HOBBSBAM, Eric. A era do capital. 3. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.
- HOBBSBAM, Erick. Da revolução industrial inglesa ao imperialismo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- IAMAMOTO, Marilda Villela. Estado, classes trabalhadoras e política social no Brasil. In: BOSCHETTI, Ivanete et al. (Org.). Política social no capitalismo: tendências contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2008.
- IAMAMOTO, Marilda Villela. O Brasil das desigualdades: “questão social”, trabalho e relações sociais. SER social, Brasília, v. 15, n. 33, jul. / dez. 2013.
- MARA, Eduardo. Pacto social e hegemonia burguesa: a reforma do neoliberalismo na era Lula. 2016. Tese de Doutorado em Serviço Social - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.
- MEIER, Geral. Pioneers in development. Oxford: Oxford University Press/World Bank, 1987.
- MOLES, Abraham. O Kitsch: a arte da felicidade. São Paulo: Editora perspectiva, 1975.
- OLIVEIRA, Francisco. A economia da dependência imperfeita. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?. Pesquisa e Planejamento Econômico, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, 1991.
- POLLOCK, Frederick. State Capitalism: its possibilities and limitations, studies in philosophy and social science (zeitschrift für sozialforschung). v. IX, New York, Institute of Social Research, 1941.
- PREBISCH, Raúl. Change and development: Latin America's Great Task. Report to the Inter-American Development Bank. New York: Praeger, 1971.
- PREOBRAZHENSKI, Eugene. The new economics. Oxford: Clarendon Press, 1965.
- SANTOS, Juliana Anacleto dos. Desigualdade social e o conceito de gênero. Universidade de Juiz de Fora, 2010. Disponível em <http://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo-3a7.pdf>. Acesso em: 25 de dezembro de 2020.
- ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

**CONFLITO ENTRE COISAS COISA JULGADAS: COMENTÁRIOS SOBRE
O PRECEDENTE, FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 600.811/SP**

*CONFLICT BETWEEN THINGS JUDGED: COMMENTS ON THE PREVIOUS,
FIRMED BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE, IN THE APPEAL
IN SPECIAL APPEAL Nº. 600.811/SP*

Alessandra Mendes Spalding⁴⁹
Eduardo Cambi⁵⁰

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende comentar e aprofundar o tema do conflito entre coisas julgadas pela análise do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Agravo em Recurso Especial nº 600.811/SP⁵¹ de relatoria do Ministro Og Fernandes em 04.12.2019 que entendeu, seguido dos Ministros Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Laurita Vaz, dever prevalecer o trânsito em julgado da última decisão.

A decisão acima não foi unânime, tendo o ministro João Otávio de Noronha aberto divergência, ao sustentar que o instituto da coisa julgada é imutável, e, assim, deve prevalecer a primeira coisa julgada. Seu voto foi secundado pelos

⁴⁹ Doutoranda pela Universidade do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Ex-Defensora Pública no Estado de São Paulo. Juíza de Direito no Estado de São Paulo. Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania e da Oficina de Pais e Filhos na Comarca de Ourinhos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família -IBDFAM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3816446393312162>.

⁵⁰ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Graduação e Pós-Graduação (Doutorado e Mestrado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça. Coordenador-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas do Ministério Público brasileiro (CDEMP). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 600.811/SP. Processual civil. Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Dissenso estabelecido entre o aresto embargado e paradigmas invocados. Conflito entre coisas julgadas. Critério temporal para se determinar a prevalência da primeira ou da segunda decisão. Divergência que se resolve, no sentido de prevalecer a decisão que por último transitou em julgado, desde que não desconstituída por ação rescisória. Discussão acerca de ponto suscitado pela parte embargada de que, no caso, não existiriam duas coisas julgadas. Questão a ser dirimida pelo órgão fracionário. Embargos de divergência providos parcialmente. (...). Relator: Ministro Og. Fernandes, 4 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858001444/embargos-de-divergencia-em-agravo-em-recurso-especial-earesp-600811-sp-2014-0261478-0/inteiro-teor-858001454?ref=juris-tabs>.

ministros Nancy Andrighi, Luís Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi.

Fica fácil concluir do resultado apertado do próprio julgamento que o problema gerado pelo conflito de duas coisas julgadas com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido não é de fácil solução. É certo que, nessas condições, duas decisões não podem coexistir, sob pena de flagrante insegurança jurídica.

Ao se pronunciar sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a prevalência deverá ser da segunda sentença transitada em julgado, desde que não desconstituída por ação rescisória, mas a divergência acadêmica persiste.

O intuito do presente artigo, portanto, não é discutir o acerto da referida decisão, mas sim de trazer os argumentos utilizados tanto a favor do voto vencedor como dos votos divergentes, para que ao final do trabalho o leitor possa ampliar seu conhecimento sobre o tema e aprofundar suas reflexões.

1 CONCEITO DE COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da coisa julgada tem como principal função resguardar a segurança jurídica das pessoas, o que significa dizer que ele gera ao provimento judicial o *status* imutável, dando estabilidade àquilo que foi decidido pelo Poder Judiciário.

Como menciona Cruz e Tucci, um provimento judicial que adquire tal *status* não mais pode ser impugnado pelos instrumentos jurídicos ordinários: “O processo se encontra terminado: *Roma locuta, causa finita*” (TUCCI, 2017).

É importante ressaltar que de acordo com o sistema jurídico brasileiro nem mesmo a lei nova pode influir nos domínios da coisa julgada, como se verifica do artigo 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal que dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**”; e, ainda, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro diz: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a **coisa julgada**”.

Com relação ao conceito previsto em lei de coisa julgada, diante da alteração legislativa no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, houve flagrante elasticidade em sua abrangência. Enquanto no Código de 1973 o conceito era estabelecido pelo artigo 467 (“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a **sentença**, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”), o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 passou estabelecer em seu artigo 502, *in verbis*: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a **decisão** de mérito não mais sujeita a recurso”.

Percebe-se, portanto, que houve um alargamento do conceito, uma vez que anteriormente apenas uma sentença poderia fazer coisa julgada material, sendo que com a alteração legislativa e a possibilidade de decisão interlocutória de mérito esse conceito foi revisto.

Apenas a título exemplificativo, conforme Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, coisa julgada é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário (CPC 467; LICC 6º, § 3º), nem à remessa necessária do CPC 475 (STF 423; Barbosa Moreira, *Temas* 3ª, 107) (NERY JUNIOR, 2006, p. 133.)

Para Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada material e a coisa julgada formal não constituem institutos diferentes ou autônomos, mas são dois aspectos do mesmo fenômeno jurídico que indica o mais alto grau de eficácia de uma decisão judicial, vale dizer, sua imutabilidade e indiscutibilidade. (DINAMARCO, 2002, p. 157).

Independentemente do conceito atribuído à coisa julgada, o certo é que sua principal função é garantir a segurança jurídica das decisões, ou seja, assegurar que os conteúdos e regras decorrentes do Estado Democrático de Direito sejam cumpridos.

Luís Roberto Barroso, ao tratar da segurança jurídica, afirma que a mesma inclui: 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto o que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. (BARROSO, 2005, p. 145).

Dessa forma, a importância do presente estudo ao tratar de qual coisa julgada deve prevalecer em caso de um conflito é de extrema importância para a garantia da segurança jurídica esperada dos atos emanados do Poder Judiciário.

2 POSICIONAMENTO DA DOCTRINA BRASILEIRA SOBRE O TEMA

A matéria também encontra soluções díspares na doutrina, sustentada cada qual por renomados juristas. Entre os que defendem a tese da prevalência da primeira coisa julgada estão: Cassio Scarpinella Bueno, Antonio Carlos Marcato, Araken de Assis, José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior.

Em sentido contrário, sustentando a prevalência da segunda decisão, posicionam-se: Pontes de Miranda, Vicente Greco Filho, Humberto Theodoro Junior, Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Ernane Fidélis dos Santos, Flávio Luiz Yarshell, Fredie Didier e Cândido Rangel Dinamarco.

Um dos fundamentos utilizados em defesa da prevalência da primeira coisa julgada é que a segunda não chegaria a formar-se; seria inexistente em razão da falta de interesse de agir, o que implica carência de ação.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 32) “A sentença que, equivocadamente, julga o “mérito” quando, a rigor,

encontram-se ausentes as condições da ação, é um arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada”.

O Ministro Otávio Noronha, responsável pela abertura de divergência, pontua que a ausência de qualquer das condições da ação ou mesmo dos pressupostos processuais não implica a inexistência do processo, mas tão somente a impossibilidade de exame meritório. Para ele, a inexistência ficará caracterizada apenas se não se identificar um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado). Exemplo de inexistência é o da sentença proferida na ação em que não tenha havido citação e que tenha corrido à revelia na fase de conhecimento.

Para ilustrar o seu entendimento, o Ministro Noronha trouxe à baila outra situação semelhante em que ocorreu conflito entre coisas julgadas e o Superior Tribunal de Justiça apreciou a questão quando julgou o REsp n. 1.354.225/RS (2012/0242441-1), da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sendo que na oportunidade, o STJ reconheceu a validade da primeira coisa julgada em detrimento da segunda.⁵²

Portanto, nem mesmos entre os filiados da mesma corrente usam os mesmos fundamentos para justificar a validade da primeira decisão transitada em julgada.

Assim sendo, para outros autores o fundamento de que a primeira coisa julgada deveria prevalecer não seria inexistência da primeira decisão, mas o fato de que o direito tutelado incorporar-se-ia ao patrimônio de seu titular. Seria, então, um contrassenso que uma segunda *res iudicata*, advinda das mesmas vias que a primeira, ou seja, um processo de cognição ordinário, pudesse fazer coisa julgada declarando não ser mais válida aquela incorporação de patrimônio, que agora predomina de outra forma.

Na lição de Enrico Tullio Liebman, citado por Teresa Arruda Alvim (2014, p. 356), no tocante à segunda coisa julgada, “não terá havido atividade jurisdicional autêntica, mas aparência de jurisdição, ou a forma externa de jurisdição”.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.354.225/RS (2012/0242441-1). Processual civil. Coisa julgada dúplice. Conflito entre duas sentenças transitadas em julgado. Controvérsia doutrinária. Ausência de interesse de agir na segunda demanda. Inexistência da segunda sentença. Alegação em exceção de pré-executividade. Cabimento. 1. Hipótese em que o autor da demanda, sucumbente na Justiça do Trabalho, repetiu o mesmo pedido perante a Justiça Estadual, obtendo êxito e gerando conflito frontal entre os comandos das duas sentenças, identificado apenas na fase de execução. 2. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada. 3. Inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda. Doutrina sobre o tema. 4. Inexistência de direito de ação e, por conseguinte, da sentença assim proferida. Doutrina sobre o tema. 5. Analogia com precedente específico desta Corte, em que se reconheceu a inexistência de sentença por falta de interesse jurídico, mesmo após o transcurso do prazo da ação rescisória (REsp. 710.599/SP). 6. Cabimento da alegação de inexistência da segunda sentença na via da exceção de pré-executividade. 7. Recurso especial desprovido. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 24 de fevereiro de 2015.

Entretanto, os opositores dessa concepção dizem que o próprio cabimento da ação rescisória em caso de violação da coisa julgada, prevista no artigo 966, IV do Código de Processo Civil, fragilizaria a ideia de inexistência do primeiro processo, porque haveria perda de sentido prático neste dispositivo normativo.

Por outro lado, dentre aqueles que defendem a prevalência da segunda coisa julgada, destacam-se os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, citado pelo Ministro Francisco Falcão, que ensina: “No direito romano, prevalecia sem dúvida a primeira, já que a segunda, proferida contra a res iudicata, se considerava inexistente e não chegava, como tal, a revestir-se, ela própria, da autoridade da coisa julgada. A concepção moderna, todavia, é bem diversa. A decisão que ofende a res iudicata nem é inexistente, nem sequer nula de pleno direito, mas apenas suscetível de desconstituição, por meio de recurso ou de ação impugnativa autônoma, conforme a opção de cada sistema jurídico. No ordenamento pátrio, v.g., semelhante decisão transita em julgado como qualquer outra e, enquanto não rescindida, produz todos os efeitos que produziria se nenhum vício contivesse. Seria evidente contrassenso recusar-se eficácia à segunda sentença, depois de consumada a decadência, quando nem sequer antes disso era recusável a eficácia. A passagem da sentença, da condição de rescindível à de irrevocável, não pode, é claro, diminuir-lhe o valor. Aberraria dos princípios tratar como inexistente ou como nula uma decisão que nem rescindível é mais, atribuindo ao vício, agora, relevância maior do que a tinha durante o prazo decadencial. Daí se infere que não há como se obstar, só com a invocação da ofensa à coisa julgada, à produção de quaisquer efeitos, inclusive executivos, da segunda sentença, quer antes, que (a fortiori!) depois do termo final do prazo extintivo” (Voto-vista FALCÃO, p.2).

Filiado a mesma corrente, Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 301) ensina que: “No caso de coisa julgada que ofende outra em virtude da repetição de ações idênticas, o decurso do prazo para a rescisória apenas potencializa a gritante e insolúvel contradição entre as coisas julgadas. Nesse caso, esquece-se que, ao se admitir a validade da segunda coisa julgada por não ter sido atacada pela rescisória, há ainda a primeira. Ora, o decurso do prazo para a rescisória poderia ter o efeito de fazer cessar a possibilidade de rescisão da segunda coisa julgada, mas jamais a capacidade de eliminar a primeira coisa julgada do mundo jurídico”.

Por sua vez, o Ministro Raul Araújo ao proferir seu voto afirmou que deveria prevalecer a segunda coisa julgada, pelos seguintes fundamentos: “Que fique bem claro: não é que a segunda coisa julgada tenha maior valor que a primeira. Pelo contrário, o que há, no caso, é que, tendo sido negligenciadas ou superadas as várias oportunidades e ferramentas que o sistema oferece em defesa da primeira coisa julgada, uma segunda coisa julgada excepcionalmente se forma, e passa ser a única a existir, ou a prevalecer sobre a primeira. Não há, no caso, nenhuma ofensa à segurança jurídica, pois o sistema jurídico assegura, de forma suficiente, a prevalência da primeira coisa julgada sobre a segunda, ao prevenir o surgimento, a formação e a consolidação dessa segunda coisa julgada. Assim, chega-se à conclusão de que: surgindo, formando-se e consolidando-se

uma segunda coisa julgada, em detrimento da primeira, só então a segunda é a que prevalece”.

3 SOLUÇÃO DO CONFLITO DE COISAS JULGADAS EM OUTROS PAÍSES

O fenômeno do conflito entre coisas julgadas não ocorre apenas no Brasil, tendo o Ministro Luis Felipe Salomão, que foi voto vencido no julgamento, mencionado no bojo de seu voto como o tema é resolvido em alguns países.

Segundo ele, em Portugal, há expressa previsão legal no sentido de que, “havendo duas decisões contraditórias sobre a mesma pretensão, cumprir-se-á a que passou em julgado em primeiro lugar” (artigo 625º, item 1, do CPC português).

É importante registrar que Portugal é um dos raros países que se preocupou em prever expressamente tal problema. Mesmo no Código anterior de 1961 já havia regra semelhante ao Código atual, editado em 2013. Dessa forma, há mais de seis décadas o legislador português sustenta que a segunda decisão não pode preponderar sobre a primeira, caso haja contradição entre elas.

Nesse sentido, Alberto dos Reis informa que a disposição legal é tão evidente que o próprio Código de Processo Civil português traz regra que autoriza a alegação de coisa julgada durante a execução exatamente para evitar que a segunda sentença seja equivocadamente cumprida, ofendendo o próprio Código que reconhece a prevalência da primeira coisa julgada (REIS, p. 195).

Na legislação alemã, as disposições acerca da coisa julgada vêm tratadas de forma expressa na ZPO (Código de Processual Civil alemão), em seu parágrafo 322, que assim dispõe: “as sentenças têm qualidade de coisa julgada somente quando decidam sobre a pretensão reclamada ou sobre a pretensão constante em reconvenção”.

Conforme Rodrigo Frantz Becker (2017, p. 129), o direito alemão faz diferença sobre a coisa julgada material e formal assim como fazemos no Brasil. No tocante à material, trata-a como “coisa julgada interior”, que significa a determinação autoritativa da declaração existente no conteúdo da sentença do efeito jurídico pretendido na demanda, a todo e qualquer outro processo em que esse efeito estiver em discussão. Quanto à coisa julgada formal, também chamada de coisa julgada exterior, entende-se que ela se consubstancia na inatacabilidade, no mesmo processo, de determinada decisão. Conclui o autor que, “é possível afirmar que o direito alemão reconhece a prevalência da primeira coisa julgada, podendo a segunda ser desconstituída a qualquer tempo, desde que o interessado comprove que somente tomou conhecimento da primeira sentença posteriormente e o faça no prazo de um mês desse conhecimento”, cabendo à jurisprudência definir qual das sentenças deve preponderar quando ultrapassado o referido prazo.

Na Itália, assim como no Brasil, também não há previsão legal expressa, havendo divergências na doutrina.

O Código de Processo Civil italiano admite o cabimento da “revocazione”, instituto semelhante ao da ação rescisória brasileira. Assim, é possível se utilizar

desse instrumento na hipótese em que uma sentença transitada em julgado que decida um mesmo objeto já resolvido por outra sentença anterior.

Portanto, se passado o prazo instituído no Código de Processo Civil italiano de 1 ano para a utilização da “revocazione” a segunda sentença que era viciada deixa de ser, e passará a prevalecer sobre a primeira decisão.

Ainda na Itália pode-se afirmar que prevalece a segunda sentença, porque não se pode admitir que a parte, que poderia ter alegado a exceção de coisa julgada durante o processo, não o tenha feito. O silêncio no curso da ação equivale a uma renúncia, não se podendo presumir, em regra, a ignorância de quem poderia se aproveitar do primeiro julgado, e que, por isso, foi negligente ao não opor a exceção de coisa julgada. Nesse sentido, não se leva em conta o possível conflito existente entre os julgados, gerado pela segunda sentença, mas tão somente uma eventual negligência ocorrida no transcurso da ação, que redundaria em uma aceitação tácita da segunda sentença, em substituição à primeira.

No Código de Processo Civil francês, o artigo 617 determina que “a contrariedade entre julgamentos pode ser invocada quando o pedido de não admissibilidade, fundado em coisa julgada, foi arguido, sem sucesso, perante as cortes inferiores”, caso em que “o recurso de cassação é dirigido contra o segundo acórdão datado” e “quando a contradição é reconhecida, ela é resolvida em favor do primeiro”.

O Código de Processo Civil francês, ao contrário de outros ramos do direito, se mostra muito fechado às inspirações externas, até mesmo de países europeus, razão pela qual desenvolveu uma ciência quase própria em relação a diversos aspectos do direito processual, inclusive no tocante à coisa julgada.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a questão sobre o conflito de coisas julgadas não é pacífica na doutrina brasileira e a decisão, no Agravo em Recurso Especial nº 600.811/SP, que concluiu pelo posicionamento de que o que vale é a segunda coisa julgada não foi unânime; ao contrário, foi um julgamento muito apertado nos votos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer forma, é preciso ter em mente a importância de tal precedente, porque a sua compreensão e aplicação depende a proteção da segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, garantia indispensável para assegurar a estabilidade indispensável a manutenção da paz social em uma sociedade organizada.

O precedente no Agravo em Recurso Especial nº 600.811/SP contraria a opção legislativa de vários ordenamentos jurídicos que já preveem a solução para o conflito em questão. O risco da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça é que se estaria criando um precedente para eventual repropósito de ação pelos insatisfeitos com a decisão que lhes foi desfavorável, colocando em risco justamente a segurança jurídica que a coisa julgada tem por fim precípua assegurar.

Afinal, se e enquanto não haja a proposição da ação rescisória (artigo 966, inc. IV, do CPC), e até o acolhimento da rescisão, prevalecerá a segunda decisão, mesmo que seja conflitante com a primeira decisão (CAMBI et al, 2019, p. 1027). O título executivo judicial pode ser executado sem que o juiz possa impedir a execução, pois houve o trânsito em julgado da segunda decisão. Isso impede a discussão quanto a sua validade, ainda mais porque é inerente a todo o ato estatal a revogação do antigo, como ocorre com as leis e com os atos administrativos.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, set./dez., 2005.
- BECKER, Rodrigo Frantz. Conflito de coisas julgadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de processo civil completo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Revista Juris Síntese, n. 33, jan.-fev. 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Direito Processual Civil. v. I. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A questão das coisas julgadas contraditórias. Revista de Processo, São Paulo, v. 271, ano 42, p. 301, set. 2017.
- TUCCI, Rogério Cruz e. Recente precedente do STJ sobre o conflito entre coisas julgadas. Consultor Jurídico, 10 dez. 2019, 8:00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/paradoxo-corte-precedente-stj-conflito-entre-coisas-julgadas>.

A INSUFICIÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO DE TIPOS DE LITÍGIOS: ANÁLISE A PARTIR DOS DESASTRES DO RIO DOCE E DE BRUMADINHO

THE INSUFFICIENCY OF THE CLASSIFICATION OF COLLECTIVE RIGHTS OF THE CUSTOMER DEFENSE CODE AND THE PROPOSAL TO BUILD TYPES OF DISPUTES: ANALYSIS FROM THE DISASTERS OF RIO DOCE AND BRUMADINHO

Edilson Vitorelli⁵³

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe o estudo dos casos dos desastres ambientais do Rio Doce e de Brumadinho, explicando-os a partir da teoria dos litígios coletivos⁵⁴. Demonstrar-se-á que esses litígios não podem ser explicados pela classificação tradicional de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Propor-se-á que a teoria dos litígios coletivos oferece uma opção mais satisfatória para a compreensão dos casos, oferecendo um guia de atuação mais preciso para os legitimados coletivos.

1 CASOS

1.1 O DESASTRE DO RIO DOCE

O dia 5 de novembro de 2015 marcou o maior desastre ambiental da história do Brasil: o Desastre do Rio Doce. Mina Gerais, um estado marcado desde o nome pela exploração minerária, sofria um enorme impacto em sua região mais importante de produção de minério, o quadrilátero ferrífero, um dos maiores do mundo.

O desastre deixou exposta a chaga da exploração mineral no Brasil e o imperativo do reforço em todas as áreas para tornar a atividade sustentável do ponto de vista humano e ambiental, reforço regulatório, fiscalizatório e principalmente de atitudes práticas.

No subdistrito de Bento Rodrigues, Distrito de Santa Rita Durão, Município de Mariana, Estado de Minas Gerais, a barragem de Fundão, situada

⁵³ Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law (Luxembourg). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Visiting scholar na Stanford Law School. Visiting researcher na Harvard Law School. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor na graduação e no mestrado da Universidade Católica de Brasília. Professor e orientador pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República. É o único autor brasileiro vencedor do prêmio Mauro Cappelletti, concedido a cada quatro anos, pela International Association of Procedural Law, ao melhor livro sobre processo no mundo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0474429509959557>.

⁵⁴ Essa teoria foi desenvolvida originalmente em VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

no Complexo Minerário de Germano, de responsabilidade da mineradora Samarco S/A, empresa controlada pela Vale S/A e pela BHP Billiton Brasil Ltda., se rompeu e liberou mais de 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos minerais. A lama tóxica formada pelos rejeitos alcançou as povoações de Bento Rodrigues e Barra Longa, nas margens no Rio Gualaxo do Norte, passou pelo Rio do Carmo, Rio Piranga, atingiu o Rio Doce e, após 16 dias (21 de novembro de 2015), percorrendo aproximadamente 663 quilômetros, alcançou o mar em Regência, no Município de Linhares, no Espírito Santo.

Em resumo, sempre apertado e incompleto, pois muitos danos ainda sequer foram identificados, o impacto do desastre pode ser medido:

- a) pelas vidas humanas, foram encontrados 19 corpos de vítimas, entre trabalhadores e moradores;
- b) pelos danos ambientais, sociais e econômicos incalculáveis e contínuos:
 - b.1) contaminação da água dos rios atingidos com lama de rejeitos de minério;
 - b.2) suspensão do abastecimento público de água potável nas principais cidades banhadas pelo Rio Doce;
 - b.3) suspensão das captações de água para atividades econômicas, tais como propriedades rurais, comércio e indústria;
 - b.4) assoreamento do leito dos rios e dos reservatórios das barragens de geração de energia;
 - b.5) soterramento das lagoas e nascentes adjacentes ao leito do Rio Doce e dos rios a ele ligados;
 - b.6) impacto sobre estuários e manguezais na foz do Rio Doce;
 - b.7) destruição de áreas de e produção de peixes;
 - b.8) comprometimento da estrutura e função dos ecossistemas aquáticos e terrestres associados;
 - b.9) comprometimento do estoque pesqueiro - impacto sobre a pesca – e na atividade dos pescadores;
 - b.10) impacto no modo de vida e nos valores étnicos e culturais de povos indígenas, a exemplo do povo Krenak, e populações tradicionais, entre outros danos, alguns ainda não identificados.
- c) danos institucionais:
 - c.1) credibilidade do ordenamento jurídico;
 - c.2) credibilidade do sistema de justiça;
 - c.3) credibilidade dos sistemas de controle estatais;
 - c.4) confiança legítima do cidadão em relação ao dever do Estado de agir para evitar os desastres e minimizar os impactos dos desastres já ocorridos, com prevalência de atenção imediata as vítimas e ações organizadas de proteção dos bens e direitos coletivos envolvidos.

É importante reforçar, estes são apenas alguns dos danos já verificados. Outros poderão surgir ou serem percebidos ao longo do trabalho

de recuperação integral, com reparação da vítimas e tutela do meio ambiente. Em realidade, há uma forte incerteza quanto aos limites dos impactos e do que ainda se poderá descobrir sobre o caso.

1.2 O DESASTRE DE BRUMADINHO (DESASTRE DA VALE)

No dia 25 de janeiro de 2019, outro desastre ambiental abateu-se sobre Minas Gerais: o rompimento das barragens I, IV e IV-A localizadas na Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho. A barragem I destinava-se à deposição de rejeitos e as barragens a IV e IV-A à contenção de sedimentos, cujo dano potencial era classificado como alto – classe C. Esse potencial alto não indica o risco de rompimento, mas sim os estragos previstos, caso o rompimento venha a ocorrer.

Com o rompimento das três barragens, foram lançados cerca de 13 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração, contendo diversos metais pesados e substâncias químicas oriundas do processo minerário.

O volume dos rejeitos fez com que se formasse uma enxurrada de lama e materiais tóxicos, com força para devastar o território por onde passou e também suas proximidades, deixando um rastro de destruição em todas as formas de vida que ali existiam. Nos primeiros instantes do Desastre da Vale, a avalanche de lama, rejeitos e minério de ferro soterrou o refeitório da empresa, matando centenas de funcionários. Além disso, outro local soterrado foi parte da comunidade da Vila Ferteco, área rural do município de Brumadinho.

Os rejeitos de minério provenientes do rompimento das barragens engoliram pessoas, casas, propriedades rurais, vegetação, animais, carros, alcançaram o Rio Paraopeba alterando o equilíbrio do seu ecossistema, dentre inúmeros outros danos e reflexos socioeconômicos e socioambientais. Apenas mais de um mês depois, o total de vítimas viria a ser quantificado em 270 pessoas, sendo 249 mortos e 21 ainda desaparecidos. O desastre afetou milhares de pessoas, que ficaram sem ter acesso às suas necessidades básicas, tais como, abrigo, água, roupas e comida. O trauma da comunidade, que viu passar, pendurados nos helicópteros de resgate, os fragmentos dos corpos de seus entes queridos, foi incalculável.

Do ponto de vista do ambiente natural, os rejeitos atingiram dezessete municípios ao longo da calha do rio Paraopeba, rota da lama e da destruição. Do ponto de vista social, produção agrícola, a pecuária, a piscicultura, a pesca, o turismo, o lazer, os pequenos comércios, os hotéis e pousadas, que dependiam do rio Paraopeba, ficaram paralisadas.

2 O PROCESSO COLETIVO TRADICIONAL E SEUS PROBLEMAS

O processo coletivo brasileiro é estruturado sob a premissa teórica de que existem direitos essencialmente coletivos, que são, por natureza, pertencentes a uma coletividade, tal como os elencados no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública; e aqueles que, embora sejam individuais, são tratados coletivamente, para efeito de redução da sobrecarga do sistema jurisdicional

e de evitar que o desinteresse do indivíduo na reparação permita que o causador da lesão se aproprie do benefício que dela decorre para si.

José Carlos Barbosa Moreira classificou os direitos que são, por natureza, coletivos, como “essencialmente coletivos”. Teori Albino Zavascki, por sua vez, afirmou que eles compõem a categoria de “tutela de direitos coletivos”. Por outro lado, os direitos que são individuais, mas são processados coletivamente, Barbosa Moreira intitulou “direitos acidentalmente coletivos” e Zavascki, “tutela coletiva de direitos”. É essa noção que orienta a redação do art. 81, parágrafo único, do CDC, o qual estabelece os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esquemáticamente, esses conceitos podem ser expostos da seguinte forma:

Tabela 1 classificação dos direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos

Categoria	Natureza	Divisibilidade	Titularidade	Característica da Relação Jurídica
Difusos	Transindividual	Indivisível	Pessoas Indeterminadas	O direito pertence à sociedade como um todo, indistintamente, sem determinação individual
Coletivos (<i>em Sentido Estrito</i>)	Transindividual	Indivisível	Grupo, categoria ou classe de pessoas.	O direito pertence a um grupo, mas ele é delimitado por uma relação jurídica que existe entre seus integrantes, ou destes para com a parte contrária
Individuais Homogêneos	Individual	Divisível	Pessoas determinadas ou determináveis.	Os direitos pertencem a indivíduos específicos, mas eles são litigados em apenas um processo, por serem similares

Fonte: Compilação do autor ⁵⁵.

Ocorre que esses conceitos não são capazes de explicar os desastres do Rio Doce e de Brumadinho. Quando se lê a lista de impactos decorrentes desses eventos, percebe-se a total impossibilidade de classificar os direitos materiais subjacentes em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Afirmar que os desastres lesam, ao mesmo tempo, direitos das três naturezas é uma não-solução, uma vez que torna a diferenciação inútil. Afirmar que esses direitos pertencem, indistintamente, a toda a sociedade, que são “de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém”, é menosprezar

⁵⁵ Parágrafo único do Artigo 81 do Código de Processo Civil esquematizado.

o sofrimento concreto das pessoas que, de fato, tiveram suas vidas fortemente modificadas pelos desastres, em benefício de uma abstração teórica.

Na verdade, o problema da classificação proposta pelo CDC é mais óbvio do que parece e pode ser visualizado até mesmo em situações mais simples. Suponha um processo relativo à segurança de um grupo de trabalhadores que estão no mesmo ambiente. O pedido para tornar esse ambiente seguro, pleiteando o fornecimento de capacetes, pode ser visualizado como relativo a direitos difusos, uma vez que os acidentes causam prejuízos à previdência social, que é patrimônio público. Também pode ser visualizado como referente a direitos coletivos, porque os trabalhadores têm uma relação de emprego com a parte contrária. Mas também pode ser considerado como direitos individuais homogêneos já que os capacetes constituem equipamentos individuais que poderiam, inclusive, ser demandados individualmente.

Assim, como os grupos são formados por pessoas e as pessoas só existem em grupos, a tentativa de distinguir, de modo estanque, direitos individuais de coletivos e ainda fazer uma categorização desses últimos está fadada ao fracasso. O mesmo pedido, ou o mesmo direito, quando relativo a diversas pessoas, pode ser visualizado tanto sob a ótica dos indivíduos que integram o grupo, quanto sob a ótica do grupo. É por isso que um novo arcabouço teórico é necessário para compreender essa situação.

3 CONCEITO DE LITÍGIO COLETIVO

O primeiro conceito que demanda esclarecimento é o de litígio coletivo. Litígios são conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes. Em inglês, os litígios são referidos como *disputes*. Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. É isso que distingue o litígio coletivo dos litígios individuais. O litígio coletivo se instala quando um grupo de pessoas é lesada enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário atuação direcionada contra alguma dessas pessoas, em particular, mas contra o todo.

Nesses termos, quando um alfaiate lesa dez de seus clientes, o que existe é uma dezena de litígios individuais, decorrentes de relações que se estabelecem e se desenvolvem isoladamente, com cada um deles. Mesmo que a lesão ocorrida nos dez eventos seja idêntica, não se tratará de um litígio coletivo, já que, como as relações se desenvolvem *intuitu personae*, essa identidade decorrerá de cadeias causais distintas, não de uma decisão geral, que incide sobre todos os contratos. Por outro lado, quando uma empresa produtora de alimentos em larga escala reduz o seu controle de contaminação e permite que insetos sejam misturados aos seus produtos⁵⁶, atingindo

⁵⁶ O Superior Tribunal de Justiça já lidou com casos desse tipo, em mais de uma ocasião. Ver,

os respectivos compradores, o litígio é coletivo, eis que a cadeia de eventos do qual ele decorre não se relaciona com qualquer daqueles consumidores que adquiriam os produtos, mas com a coletividade de clientes da empresa. Essas pessoas se envolvem no litígio enquanto grupo, enquanto sociedade⁵⁷.

Em obra anterior (VITORELLI, 2019), demonstrou-se que o conceito de sociedade admite, para os estudiosos da Sociologia, múltiplas acepções. Naquela ocasião, definiu-se a sociedade como estrutura, a sociedade como solidariedade e a sociedade como criação⁵⁸. Transpondo esses conceitos para o campo do Direito, sustentou-se que a sociedade que titulariza os direitos coletivos também pode ser referida a partir de distintas acepções.

Assim, a sociedade como estrutura é a que titulariza direitos que são lesados de modo pouco significativo do ponto de vista de cada um dos indivíduos que a compõem, ainda que, do ponto de vista global, a lesão seja juridicamente relevante. Em regra, pode ser difícil identificar com precisão quem são os membros do grupo e, mesmo que não seja, essa identificação é, em regra, pouco relevante, já que seu interesse individual em jogo é reduzido. Como eles são pouco afetados, não estão suficientemente interessados em intervir nos rumos de um eventual processo, por isso se diz que tal litígio tem baixa conflituosidade entre os membros do grupo. Os litígios que apresentam essas características são denominados litígios coletivos globais. Em outras palavras, litígios coletivos globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõem. Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo.

Em oposição a esse primeiro conceito está o de litígio coletivo local, que é aquele em que o litígio, embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas. Essas pessoas, todavia, compartilham algum tipo de laço de solidariedade social (sociedade como solidariedade), que as faz pertencentes a uma comunidade que se diferencia dos demais segmentos sociais. É o caso de lesões graves, causadas a direitos de grupos indígenas, minorias étnicas, trabalhadores de determinada empresa etc. No litígio local, a conflituosidade é moderada, uma vez que, ao mesmo tempo em que as pessoas querem opinar sobre a resolução do litígio, interessando-se pelas atividades que são desenvolvidas ao longo de um eventual processo e, provavelmente, discordando entre si acerca delas, a identidade de perspectivas sociais, dada pelo

por exemplo, REsp 747.396-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 9/3/2010; REsp 1.239.060-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/5/2011; REsp 1.424.304-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/3/2014.

⁵⁷ É claro que essa diferenciação poderá, em alguns casos, ser tênue. Afinal de contas, os indivíduos só existem em sociedade e a sociedade só existe em indivíduos. Pretender fazer uma diferenciação estática e incontornável entre questões individuais e questões coletivas é um exercício artificial, cujo valor se limita aos propósitos que estão abordados no texto.

⁵⁸ Esses três conceitos são de ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012.

pertencimento à mesma comunidade, fornece um elemento de união, que impede que as divergências entre essas pessoas, embora existentes – nenhum grupo social é uniforme – sejam elevadas o bastante para ofuscar o objetivo comum.

Finalmente, o terceiro tipo se refere aos litígios coletivos irradiados. Essa categoria representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos é fluida, mutável e de difícil delimitação, motivo pelo qual se identifica com a sociedade como criação.

O litígio decorrente dos desastres ambientais do Rio Doce e de Brumadinho são exemplos prototípicos de litígios coletivos irradiados. Nesses casos, a conflituosidade é elevada, uma vez que as pessoas sofrem lesões significativas o bastante para querer terem suas vozes ouvidas, mas essas lesões são distintas em modo e intensidade, o que potencializa as diferenças em suas pretensões. A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma.

Embora o desastre de Mariana seja posterior ao desenvolvimento original do conceito de litígio irradiado, os estudos empíricos do caso demonstram a presença das características previstas pela teoria⁵⁹. Os subgrupos sociais atingidos pela tragédia divergiram frontalmente acerca do modo como a tutela jurisdicional para o caso deveria ser buscada, rompendo com a ideia, tradicionalmente defendida, de que os direitos coletivos são indivisíveis e de que a satisfação de um significa, automaticamente, a satisfação de todos, como tradicionalmente pensava a doutrina brasileira do processo coletivo⁶⁰.

⁵⁹ A aplicação do conceito de litígio irradiado ao caso de Mariana também foi feita por PEÇANHA, Catharina; LAMÊGO, Guilherme; ARGOLO, Isaac; SENTO-SÉ, Jairo e ROSSI, Thaís. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. In: Revista de Processo, v. 278, 2018, p. 263-297. Esse artigo foi premiado em uma competição acadêmica promovida pela Universidad Católica del Peru, que teve como jurados Michele Taruffo, Eduardo Oteiza e Loïc Cadet. Na introdução do trabalho, lê-se: “O presente trabalho tem como referencial teórico a tese de doutoramento de Edilson Vitorelli: “O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos”. Suas ideias são o fundamento das reflexões aqui expostas. Suas propostas embasam as conclusões deste trabalho. O objetivo deste ensaio é demonstrar a insuficiência da legislação atual do processo coletivo na América Latina, propondo que a base para uma adequada regulação do processo coletivo passe pela observância das características dos litígios em concreto. (...) Diante disso, passamos a apresentar a proposta de Edilson Vitorelli que repensa a teoria do processo coletivo a partir das características do litígio em concreto, adequando-a às exigências do devido processo legal. O problema da conflituosidade gerada por barragens não é recente, nem exclusivo do caso de Mariana. Ver também, por exemplo, BRAGA, Ana Catarina Sento-Sé Martinelli. A cidade de Sento-Sé e a construção da barragem do Sobradinho: memória, resistência e territorialidade no nordeste brasileiro (1970-1990). In: Anais do Congresso Internacional em Sociais e Humanidades. Salvador: UCSal, 2014, p. 301-320, bem como LAMONTAGNE, Annie. Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito. Curitiba: Editora CRV, 2012.

⁶⁰ Por todos, afirmava Barbosa Moreira que a satisfação de um dos titulares “implica de modo

É importante mencionar que, além da conflituosidade, outro indicador que varia entre os diferentes litígios coletivos é a complexidade. São denominados litígios coletivos simples aqueles em que a providência reparatória, que provê tutela ao direito material violado, é de fácil definição, de modo a não despertar maiores dúvidas. Por exemplo, se consumidores foram lesados por uma cobrança a maior, o litígio é simples. A tutela jurisdicional pode ser obtida pela restituição do valor. Por outro lado, o modo de tutelar a lesão ao meio ambiente decorrente do desastre de Mariana é altamente complexo. Há inúmeras possibilidades, todas com relações variáveis de custo-benefício. A análise, no caso dos litígios complexos, se afasta significativamente do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento. Os problemas são policêntricos e sua solução não está preestabelecida na lei, o que acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisdicional⁶¹.

Os litígios irradiados sempre são complexos, uma vez que as características não-uniformes da lesão implicam elevadas dificuldades para apreender o modo como a sua reparação pode ser realizada. Litígios locais e globais podem ser simples ou complexos, dependendo das circunstâncias. Por exemplo, um litígio global relacionado ao aquecimento global é complexo, enquanto aquele relacionado a pequenas lesões ao mercado consumidor é simples. A complexidade é um importante indicador que condiciona o modo de exercício da representação da sociedade no processo coletivo, caso ele venha a existir (VITORELLI, 2019). Apesar dessa variação, a complexidade dos litígios globais tende a ser baixa, dado o desinteresse das pessoas em buscar e apresentar soluções alternativas, enquanto a dos litígios locais tende a ser alta, uma vez que os integrantes da comunidade estão dispostos a buscar e a defender possibilidades alternativas de tutela jurisdicional do direito violado.

Em conclusão, litígios coletivos são aqueles que existem no contexto de uma relação jurídica titularizada por uma sociedade, não por indivíduos isoladamente considerados. Essa sociedade é vista como estrutura, quando é altamente homogênea, como solidariedade, quando tem laços marcantes de solidariedade entre seus membros, e como criação, quando é fluida

necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 174.

⁶¹ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: The Yale Law Journal, v. 91, n. 4, 1982, p. 635-697. Na p. 649, o autor aponta que um dos defeitos da atuação do Judiciário em problemas policêntricos é que "courts have no institutional authority to assess normatively the ends of possible solutions to non-legal polycentric problems. The formulation of the remedial decree thus depends to an extraordinary extent on the moral and political intuitions of one person acting not only without effective external control over his or her actions, but also without even the internal control of legal norms". Ver também VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, capítulo 6.

e mutável⁶². Os litígios coletivos podem ser globais, locais ou irradiados, de acordo com as características da lesão que os ocasiona.

4 PROCESSO COLETIVO

Em um mundo globalizado, em que as relações jurídicas são predominantemente massificadas, a ocorrência de litígios coletivos é inevitável. Qualquer país viverá situações em que distintas acepções de sociedade, formadas por seus habitantes, se verão envolvidas em litígios que não derivam de relações jurídicas individualizadas, mas coletivas. Mais que isso, como observa Michele Taruffo, “no atual mundo globalizado, a administração da justiça e a proteção de direitos não podem ser consideradas – como tem sido até agora – como questões pertencentes apenas à soberania pós-wesphaliana de estados-nação” (TARUFFO, 2012, p. 27). Nesse sentido, os litígios coletivos podem ser e, em muitos casos, efetivamente são, transnacionais. Basta pensar no aquecimento global, que talvez seja o mais importante litígio coletivo ambiental da atualidade, que não está afeto ao sistema jurídico de nenhum país, especificamente. As tentativas que têm sido feitas para tratar o problema estão na esfera do direito internacional.

Se os litígios coletivos são necessários, o processo coletivo, por outro lado, é contingente. A existência de processos coletivos depende do ordenamento jurídico de cada país. Diversos países europeus não contam com sistemas processuais coletivos ou, quanto o têm, ele se limita a algumas áreas do Direito. Isso não significa, por óbvio, que os litígios coletivos, nesses países, só existam em matéria de consumo. Significa apenas que o ordenamento jurídico não colocou à disposição das partes instrumentos processuais civis para obter a tutela coletiva em outras searas. Litígios coletivos em matéria de saúde ou de educação, por exemplo, serão resolvidos pelo Direito Administrativo, com a atuação de órgãos e entidades governamentais, ou pelo processo individual. Litígios ambientais estarão afetos ao Direito Penal e assim por diante.

Mesmo no Brasil, que tem um sistema processual coletivo bastante amplo, ele não está disponível para todos os litígios, ainda que coletivos. O parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública exclui a incidência do processo coletivo sobre os litígios que versem sobre questões tributárias, relacionadas a contribuições previdenciárias ou a fundos institucionais cujos beneficiários podem ser individualmente identificados, como é o caso do Fundo

⁶² Embora distinto, esse conceito é compatível com o pensamento de outros autores. Ver, por exemplo, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. In: Revista de Processo, v. 256, 2016, p. 209-218: “Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Apesar disso, é muito mais provável que os litígios tributários e previdenciários sejam coletivos, não individuais. Afinal, o Estado impõe exações tributárias, em regra, à sociedade de contribuintes que se encontrem em determinada situação, não a pessoas singularmente escolhidas.

Nesse quadro, os conceitos de processo coletivo e de litígio coletivo não são sinônimos, nem se relacionam, necessariamente. O processo coletivo é a técnica processual colocada à disposição da sociedade, pelo ordenamento, para permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados pelos litígios coletivos. Se essa técnica não existir, os litígios coletivos serão tratados por outras técnicas processuais, de acordo com o sistema de cada país.

Via de regra, o processo coletivo foi moldado, nos diversos países em que foi adotado, por intermédio de técnicas representativas: algum sujeito que não titulariza o direito material, ou, pelo menos, não titulariza a totalidade dele, é legitimado pela ordem jurídica para conduzir um processo cuja decisão, ao final, terá efeitos sobre a sociedade titular do direito litigioso⁶³. O processo coletivo rompe, assim, com a lógica tradicional do “*day in court*”. É a tese, não o sujeito, que será submetido ao tribunal⁶⁴.

No Brasil, os litígios coletivos podem ser processados coletivamente, na forma das disposições que compõem o microsistema processual coletivo, principalmente a Lei da Ação Civil Pública e a parte processual (arts. 81 a 104) do Código de Defesa do Consumidor. É de se recordar também a existência de disposições quanto ao processo coletivo na Consolidação das Leis do Trabalho, na Lei do Mandado de Segurança, na Lei da Ação Popular, na Lei de Improbidade Administrativa, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso, dentre outros. O sistema de formação de precedentes

⁶³ “Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada” GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

⁶⁴ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apresentam uma exceção ao caráter representativo do processo coletivo. Trata-se do art. 37, da Lei 6.001/73, o Estatuto do Índio, que dispõe que “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”. Esse dispositivo é compatível com o teor do art. 232 da Constituição, que determina que “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11, ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. O STJ, no julgamento do REsp 990.085/PA, rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.2.08, não apenas admitiu a legitimidade recursal da Comunidade Indígena Gavião da Montanha, como ainda lhe reconheceu as prerrogativas processuais inerentes à Fazenda Pública. Essa seria uma situação de legitimação coletiva ordinária, de índole não representativa: a comunidade age em defesa dos seus próprios direitos. Trata-se, todavia, de exceção única, que não compromete o conceito apresentado no texto, para outras situações.

obrigatórios também pode servir para solucionar litígios coletivos. Quando a decisão de um processo define uma questão de direito com efeitos para toda uma sociedade, entendida como estrutura, como solidariedade ou como criação, poderá proporcionar soluções para litígios coletivos⁶⁵.

Observe-se que, mesmo que exista, no ordenamento jurídico, a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas, elas podem não ser propostas e o litígio, embora coletivo, acabar sendo tratado em processos individuais. Isso ocorre no Brasil, em diversas situações, nas diversas situações que se convencionou chamar de litigância de massa ou litigância repetitiva. Um exemplo emblemático é a do litígio decorrente dos limites das prestações devidas pelo Sistema Único de Saúde. Embora esse litígio seja claramente coletivo, uma vez que a saúde pública é um serviço oferecido a todos, em igualdade de condições, a interpretação que se produziu do princípio da inafastabilidade da jurisdição permitiu que fossem ajuizadas milhões de ações requerendo, individualmente, medicamentos ou tratamentos médicos⁶⁶. Tanto é assim que o sistema de precedentes obrigatórios, estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, prevê, em diversas disposições, que os precedentes, ainda que formados em processos individuais, se aplicam também aos processos coletivos⁶⁷, denotando que a solução atribuída ao caso individual pode ser extensível a um processo coletivo, exatamente porque ambos podem incidir sobre o mesmo litígio. O texto do CPC também reconhecia expressamente essa possibilidade no art. 333, vetado, que permitia a conversão de ação individual e coletiva.

O contrário também é possível. Litígios puramente individuais podem ser tratados em processos coletivos, quando o ordenamento assim o permite. O Código

⁶⁵ No sentido do texto, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. In: Revista de Processo, v. 256, 2016, p. 209-218.

⁶⁶ O mesmo fenômeno ocorre com a pretensão de obtenção de vagas para crianças em creches públicas. Embora o litígio seja coletivo (faltam vagas em um serviço público), há milhares de processos judiciais individuais solicitando, cada um, vaga para uma criança.

⁶⁷ Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; (...)

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

de Defesa do Consumidor autoriza que sejam propostas ações coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos, que são aqueles decorrentes de “origem comum”. Dependendo de como se interpreta essa origem comum – e Sérgio Arenhart (2014) já demonstrou que tal interpretação não é unívoca - será possível permitir que os clientes lesados pelo alfaiate sejam tutelados em uma ação proposta por uma associação de consumidores, ainda que seus litígios sejam individuais.

Em sentido análogo, o STJ e o STF vêm permitindo, ainda que sem unanimidade⁶⁸, o processamento de habeas corpus coletivos, que pretendem tutelar a liberdade de grupos de presos, como foi o caso das presas mães de filhos menores⁶⁹. Apesar da aceitação, pelos tribunais, do (discutível⁷⁰) instrumento processual coletivo, os litígios, nesses casos, são claramente individuais, uma vez que cada uma dessas mulheres tinha sido presa por uma ordem judicial distinta, por crimes diversos e em situações carcerárias completamente diferentes. A liberdade dessas pessoas não foi cerceada enquanto grupo, coletivamente.

Também é preciso perceber que, embora o litígio coletivo usualmente decorra da sociedade ter sofrido uma lesão, é possível, em alguns casos, que ela seja a causadora da lesão. É o que ocorre, por exemplo, quando um grupo de trabalhadores organizados causa danos ao seu empregador, ou quando um grupo social, organizado pela internet, realiza manifestações violentas, que lesam o direito de indivíduos.

Em alguns países, como é o caso dos Estados Unidos, o ordenamento jurídico fornece à vítima uma ferramenta para processar a sociedade, que é a ação coletiva passiva (*defendant class action*). Um representante adequado é apontado pelo autor, para assumir a defesa do grupo e, caso ele seja derrotado, as consequências poderão ser impostas aos integrantes da sociedade, ainda que eles não tenham tido oportunidade de intervir no processo.

Apesar de alguns autores entenderem que essa possibilidade existe também no Brasil⁷¹, já se demonstrou, em outro estudo, que não há condições,

⁶⁸ Não aceitando o HC coletivo, por exemplo, no STJ, AgRg no RHC 41.675/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 05.10.2017. No STF, HC 148.459, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19.2.2018.

⁶⁹ STF, HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.2.2018.

⁷⁰ O habeas corpus é um remédio existente em praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais, destinado a tutelar a liberdade individual de alguém. A ponderação das características e circunstâncias pessoais daquele indivíduo são essenciais para a decisão de sua soltura, assim como são essenciais para a decisão da sua prisão. Basta que se pense no exemplo oposto – a possibilidade de se editar ordens coletivas de prisão – para que se perceba que a garantia de liberdade individual contra o encarceramento determinado por um juiz é impassível de tutela coletiva, na via do habeas corpus. Cria-se, mais uma vez, uma espécie de “teoria brasileira do habeas corpus”, tal como ocorreu no início do século XX.

⁷¹ Por exemplo, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11, ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 495-502; PEIXOTO, Ravi. Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos. In: Revista de Processo, v. 256, 2016, p. 229-254; RUDINIKI

de acordo com o ordenamento vigente, para que um representante possa ser processado e, caso seja derrotado, o vencedor imponha a condenação aos ausentes, que não puderam participar do processo. A interpretação que se faz, presentemente, dos limites subjetivos da coisa julgada e da cláusula constitucional do devido processo legal impedem esse resultado⁷². Assim, ao litígio coletivo passivo, no Brasil, não corresponde uma ação coletiva passiva. É bom mencionar que, mesmo nos Estados Unidos, a atenção e entusiasmo da doutrina com a modalidade passiva das *class actions* são consideravelmente reduzidos⁷³.

Em síntese, o processo coletivo é a técnica que o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade para obter tutela dos direitos materiais violados no contexto de litígios coletivos. Esse processo se desenvolve por intermédio da atividade de um representante, que figura como parte, mas litiga em nome dos verdadeiros titulares do direito. Embora o processo coletivo seja a melhor forma de se prestar tutela jurisdicional para os litígios coletivos, ele pode não ser a única, ou pode mesmo não estar disponível, dependendo do ordenamento jurídico de cada país. Da indisponibilidade de um sistema processual coletivo não se pode extrair a inexistência de litígios coletivos, que são inerentes à organização social moderna. Eles serão resolvidos por outras vias, jurisdicionais ou não.

No Brasil, embora o processo coletivo esteja disponível, é comum que litígios coletivos sejam tratados por múltiplos processos individuais. Apesar de lícita, essa alternativa prejudica a qualidade e economicidade da prestação jurisdicional, propicia julgamentos contraditórios, em prejuízo ao princípio da isonomia e impede que o problema seja solucionado como um todo, a partir da consideração completa de seus elementos.

5 O PERFIL DO LITÍGIO COLETIVO NOS DESASTRES DO RIO DOCE E DE BRUMADINHO

Tanto o litígio coletivo relativo ao desastre do Rio Doce, quanto ao de Brumadinho, são litígios irradiados. Eles afetam uma sociedade fluida de pessoas, que surge a partir do litígio e que é formada de subgrupos que são afetados de formas quantitativa e qualitativamente distintas. Os membros dessa sociedade fluida e elástica não titularizam o direito em idêntica medida, mas em proporção

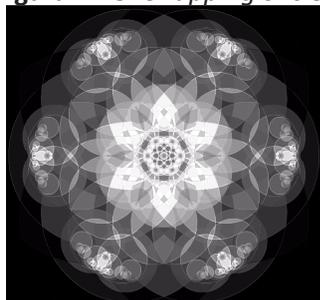
NETO, Rogério. Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2015.

⁷² Nesse sentido, ver VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. In: Revista de Processo, v. 278, 2018, p. 297-335.

⁷³ Francis Shen conduziu uma pesquisa quantitativa que apontou que, desde 1972, são propostas em juízos federais norte-americanos mais de 1000 ações coletivas ativas por ano, chegando, em 2006, a aproximadamente 5000. Em todo esse período, as ações coletivas passivas nunca atingiram a marca de 100 processos em um ano. SHEN, Francis X. The overlooked utility of the defendant class action. In: Denver University Law Review, v. 88, n. 1, 2010, p. 73-181.

à gravidade da lesão que experimentam. Graficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica das pessoas atingidas pelo prejuízo, titulares do direito violado.⁷⁴ Também é possível representar a imagem mental de um litígio irradiado pelo recurso aos *overlapping circles*. Essa figura retrata um centro de maior densidade, onde os círculos se interceptam diversas vezes, representando o epicentro da lesão, e uma periferia progressivamente mais rarefeita, na qual os interesses são menos intensos e significativos.

Figura 1 - *Overlapping circles*



Fonte: www.mi.sanu.ac.rs⁷⁵

As pessoas que sofrem os efeitos da lesão ao direito em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas, nem por isso, deixam de integrar a sociedade. Fora dela estarão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da ocorrência

⁷⁴ A imagem mental proposta também pode ser representada pela explosão de uma bomba, sempre lembrando a advertência de Ovídio Baptista da Silva, quanto ao caráter desaconselhável das “tentativas de representações gráficas de fenômenos jurídicos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90). Ada Pellegrini Grinover se vale de uma imagem similar, embora não atribua a ela as consequências tratadas no texto: “Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. Revista de Processo, v. 97, p. 9 e ss., 2000).

⁷⁵ Ilustração elaborada por BURNS, Anne M. Recursion in Nature, Mathematics and Art. Disponível em: [<http://www.mi.sanu.ac.rs/vismath/bridges2005/burns/index.html>]. Acesso em: 3 mai. 2020.

da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa proposição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, ou “o” mercado consumidor, mas sim a quem atinge, e em que grau, a lesão àquele meio ambiente ou àquela relação de consumo, especificamente considerados a partir de seus efeitos concretos.

Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não acabam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um *ralentando* de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade. Ao contrário do que às vezes se costuma afirmar, de maneira um pouco romântica, uma lesão transindividual não interessa a todos. Ela é irrelevante para a vida da maior parte dos habitantes do planeta, por mais grave que seja para as pessoas que com ela convivem. Isso não significa que alguém distante não possa sentir empatia pelo sofrimento alheio, ou se mobilizar para a proteção do meio ambiente, mas tais atitudes não o colocam na mesma posição das pessoas que efetivamente experimentam os efeitos da conduta.

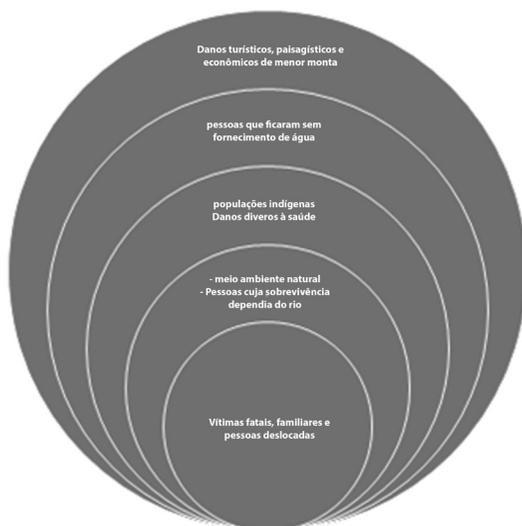
Assim, mesmo que exista algum grau de indeterminação nas fronteiras da sociedade que titulariza os direitos litigiosos, é possível definir as posições de diferentes indivíduos nela, de acordo com a intensidade da lesão experimentada. Essa definição pode ser utilizada tanto em termos estáticos, considerando as pessoas que sofrem mais como ocupantes de uma posição central, as que sofrem menos, de uma posição periférica, e as que não são afetadas, de uma posição exterior, quanto com o auxílio de uma análise relacional, comparando-se os efeitos sofridos por duas pessoas, para identificar se a primeira ocupa posição mais ou menos central nessa sociedade, em relação à segunda.

6 O DIAGRAMA DE UM LITÍGIO IRRADIADO: ORIENTAÇÕES AO LEGITIMADO COLETIVO

O desafio de um litígio irradiado é definir de que modo o legitimado coletivo deve se comportar em relação ao grupo. Como ele é formado de vários subgrupos que são lesados de maneiras distintas e têm pretensões distintas quanto ao resultado do processo, é preciso definir de que forma o legitimado deve se comportar quando essas pretensões são inconciliáveis.

A primeira providência é que o legitimado trace um diagrama do litígio, com o propósito de identificar os subgrupos e sua importância relativa. No centro estarão os subgrupos mais afetados, com os demais posicionados a partir daí. O diagrama do litígio coletivo do desastre do Rio Doce, hipoteticamente, poderia ser traçado da seguinte forma:

Figura 2 – diagrama simplificado do litígio irradiado do Desastre do Rio Doce



Fonte: Compilação do autor

A posição relativa dos subgrupos no diagrama não é predefinida. Ela depende do contexto do litígio e da avaliação que o legitimado faz da posição de cada um deles, em relação ao outro. O diagrama pode variar ao longo do desenvolvimento do litígio, conforme novos fatos sejam apurados.

A partir do diagrama, o legitimado coletivo pode apurar os interesses de cada subgrupo. Essa formulação não parte, em termos lógicos, da opinião do representante, mas da vontade do próprio grupo, que demanda especial consideração para ser afastada. Pressupõe-se um exercício mental, segundo o qual o representante deve antecipar os momentos de prestação de contas e, caso tenha necessidade de agir contrariamente ao que o grupo deseja, conclua que será capaz de justificar essa atuação, apresentando aos titulares dos direitos razões aceitáveis para tanto.⁷⁶ “A responsabilidade do representante não consiste apenas em relatar aos cidadãos como cumpriu o mandato por eles autorizado

⁷⁶ O problema da justificação não é estranho à doutrina brasileira, que usualmente o aborda em relação à atividade jurisdicional: “A justificação, por sua vez, está associada à necessidade de explicitar as razões pelas quais uma decisão foi tomada dentre outras que seriam possíveis. Na verdade, cuida-se de transformar os diferentes processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível para a audiência. Há aqui um ponto importante que muitas vezes é negligenciado. Em um Estado republicano, no qual – repita-se – todos são iguais, ninguém tem o direito de exercer poder político por seus méritos pessoais, excepcional capacidade ou sabedoria. Todo aquele que exerce poder político o faz na qualidade de agente delegado da coletividade e deve a ela satisfações por seus atos”. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-46.

ou como serviu aos seus interesses, mas também em persuadi-los da adequação de suas avaliações” (YOUNG, 2006, p. 155).

A partir disso, a premissa é que o legitimado atue de maneira orbital elíptica. Ele deve centrar seus esforços na busca dos interesses dos subgrupos mais centrais, em detrimento dos mais periféricos. É permissível que o legitimado se afaste menos dos subgrupos mais centrais e mais daqueles que ocupam posições mais periféricas no diagrama do litígio. Em outras palavras, o legitimado coletivo deve-se atentar mais para as necessidades dos subgrupos que ocupam posições mais centrais no diagrama do litígio e, se for o caso, afastar-se dos interesses mais periféricos.

Se o legitimado não for capaz de representar interesses igualmente relevantes, mas antagonicos, deverá considerar a possibilidade de pluralização da representação, transferindo a atuação em favor de alguns subgrupos para outro sujeito. Essa pluralização deve ser feita com cautela. De um lado, não é apropriado que, quando se verificam diversos interesses contrapostos no grupo, o legitimado pretenda representar a todos. De outro, a excessiva fragmentação pode complicar ainda mais o diálogo e reduzir as chances de um resultado efetivo. A dimensão da representação e das subdivisões do grupo devem ser proporcionais a sua posição no diagrama do litígio, que deriva da importância do impacto que sofreram. Assim, subgrupos mais periféricos podem ser contrariados ou não ouvidos, se isso for necessário para a garantia da tutela adequada dos subgrupos centrais.

CONCLUSÃO

Os litígios decorrentes dos desastres do Rio Doce e de Brumadinho representam um desafio dos mais difíceis para o processo coletivo. Oferecer resultados sociais significativos para contextos em que a sociedade é lesada de maneiras quantitativa e qualitativamente distintas, mas que serão resolvidas em um processo de possibilidades limitadas e em um mundo de recursos escassos, é uma tarefa cujo sucesso é improvável. Todavia, o sucesso do processo coletivo sempre deve ser avaliado de maneira comparativa à situação que existiria na sua ausência. Não há evidências de que os poderes Executivo e Legislativo produziram resultados melhores, por conta própria, se fossem deixados à própria sorte.

Os conceitos tradicionais, legislados, de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstos pelo CDC, são o resultado de um esforço importante, realizado em um momento em que ainda não havia nenhuma experiência na judicialização de conflitos coletivos. Por isso, a sua prioridade não foi estabelecer um conceito de fato operativo, mas sim de assegurar que esses direitos seriam passíveis de tutela jurisdicional, ainda que seus titulares não fossem perfeitamente determinados. Nesse sentido, o valor histórico dessa classificação é inegável.

No entanto, passada a discussão da justiciabilidade de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, foi possível notar que a operatividade desses conceitos é reduzida. Primeiro, eles partem da premissa de que

é possível diferenciar direitos coletivos de individuais quando, na realidade, as lesões aos grupos atingem os indivíduos que os integram e, ao mesmo tempo, os indivíduos só existem em sociedade. É por isso que os aspectos individuais e coletivos dos conflitos estão, não raramente, entremeados.

Dessa maneira, a classificação do CDC, sem prejuízo de seu valor histórico, é, hoje, controversa do ponto de vista teórico e inútil do ponto de vista prático. Quando ela tem alguma utilidade, é uma utilidade negativa. Por essa razão, a classificação dos litígios coletivos pretende superá-la, enfocando as características do litígio, tal como ele ocorre na realidade, para daí condicionar a conduta do legitimado coletivo e os efeitos da decisão, que devem se impor tanto sobre os direitos litigiosos, afetando os indivíduos e os grupos que eles integram.

Assim, a proposta da teoria dos litígios coletivos é orientar o processo coletivo a partir de uma verificação empírica das características do litígio, empiricamente verificados, em vez de uma classificação abstrata de direitos. Sinteticamente, os tipos de litígios coletivos podem ser assim expressos:

1 Litígios coletivos globais: existem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo. Os direitos transindividuais subjacentes a tais litígios pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão;

2 Litígios coletivos locais: têm lugar no contexto de violações que atinjam, de modo específico, pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Os direitos transindividuais subjacentes a essa categoria de litígios pertencem aos indivíduos integrantes dessa sociedade, uma vez que os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves do que sobre as pessoas que lhe são externas, o que torna o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica. Essa categoria inclui, em um segundo círculo, as situações em que, mesmo não havendo uma identidade tão forte entre os integrantes da sociedade, eles compartilham perspectivas sociais relativamente uniformes, pelo menos no que se refere à tutela do direito lesado;

3 Litígios coletivos irradiados: são litígios que envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, em alto grau de conflituosidade. O direito material subjacente deve ser considerado, nesse caso, titularizado pela sociedade elástica composta pelas pessoas que são atingidas pela lesão. A titularidade do direito material

subjacente é atribuída, em graus variados, aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão experimentada.

Em termos esquemáticos, é possível representar as características dos litígios globais, locais e irradiados da seguinte forma:

Tabela 2 - Quadro esquemático da tipologia dos litígios globais, locais e irradiados, com seu respectivo grau de conflituosidade e complexidade.

Tipologia dos litígios	Conflituosidade	Complexidade
GLOBAIS	Baixa	mais ou MENOS + / \ominus
LOCAIS	Média	MAIS ou menos \oplus / -
IRRADIADOS	Alta	ALTA \oplus

Fonte: Compilação do autor.

Os litígios decorrentes dos desastres de Brumadinho e Mariana configuram litígios irradiados, relativamente aos quais o legitimado coletivo deve orientar a sua atuação para prestigiar os subgrupos lesados com maior intensidade, concentrando neles os seus esforços. Além disso, se as pretensões de diferentes subgrupos forem irreconciliáveis, o legitimado coletivo deve cogitar a possibilidade de pluralizar a representação, atribuindo grupos distintos a legitimados distintos, que possam litigar vigorosamente as suas posições. Se essa cisão não for recomendável e o legitimado tiver que fazer escolhas, ele deverá prestigiar as pretensões dos subgrupos amis lesados, em detrimento daqueles que foram menos atingidos.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BRAGA, Ana Catarina Sento-Sé Martinelli. A cidade de Sento-Sé e a construção da barragem do Sobradinho: memória, resistência e territorialidade no nordeste brasileiro (1970-1990). In: Anais do Congresso Internacional em Sociais e Humanidades. Salvador: UCSal, 2014, p. 301 - 320.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. Revista de Processo, v. 256, 2016, p. 209 - 218.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11, ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. On Society. Cambridge: Polity Press, 2012.
- FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: The Yale Law Journal, v. 91, n. 4, 1982, p. 635 - 697.
- GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. Revista de Processo, v. 97, p. 9 e ss., 2000.
- LAMONTAGNE, Annie. Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito. Curitiba: Editora CRV, 2012.
- PEÇANHA, Catharina; LAMÊGO, Guilherme; ARGOLO, Isaac; SENTO-SÉ, Jairo; ROSSI, Thaís. O desastre de mariana e a tipologia dos conflitos bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. In: Revista de Processo, v. 278, 2018, p. 263 - 297.
- PEIXOTO, Ravi. Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojotos. Revista de Processo, v. 256, 2016, p. 229 - 254.
- RUDINIKI NETO, Rogério. Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2015.
- SHEN, Francis X. The overlooked utility of the defendant class action. Denver University Law Review, v. 88, n. 1, 2010, p. 73 - 181.
- SILVA, Ovidio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In: I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2.ed. São Paulo: RT, 2019.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. *Revista de Processo*, v. 278, 2018, p. 297-335.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Trad. Alexandre Morales. *Revista Lua Nova*, v. 67, p. 155, 2006.

A ACCOUNTABILITY SOCIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ⁷⁷*SOCIAL ACCOUNTABILITY IN BRAZILIAN JUDICIARY*Lucas Gabriel Troyan Rodrigues ⁷⁸Claudia Maria Barbosa ⁷⁹**INTRODUÇÃO**

Em meio à crise de representatividade política na sociedade brasileira tem-se verificado a constante ascensão do Poder Judiciário, o qual tornou-se protagonista não somente na decisão de controvérsias jurídicas, mas também em questões que usualmente deveriam ser tratadas e resolvidas na esfera política, após informação e debate público. Transpassando os tradicionais limites da clássica separação de poderes típica do constitucionalismo liberal.

A ausência de legitimidade eleitoral do Judiciário, atrelada à sua cada vez mais presente atuação política, resulta na fragilização de sua credibilidade perante a sociedade, além de contribuir para demolição dos alicerces democráticos, haja vista que suprime os debates sociais e parlamentares inerentes à democracia. O dissenso, condição para a sociedade democrática, acaba por ficar escondido sob o manto de uma decisão aparentemente técnica que, por vezes, pode ser inclusive contrária ao texto constitucional, na medida em que suprime ou restringe garantias e liberdades individuais ou coletivas.

Este cenário torna-se ainda mais temeroso quando os mecanismos institucionais de responsabilização e controle sobre o Judiciário são frágeis ou inexistentes, dificultando a recíproca harmonia entre a independência, essencial ao exercício da jurisdição, e a responsabilidade, indispensável dentre os poderes da república, dando ensejo a uma atividade eventualmente irresponsável, ou seja, não passível de forma de controle ou possibilidade de responsabilização eficazes.

O amplo poder exercido pelo Judiciário atualmente justifica e exige mecanismos de controle, disciplina e responsabilidade, de maneira que se harmonize a independência com responsabilidade, dando ensejo à *accountability*, que está pautada na necessidade do agente ou órgão estatal

⁷⁷ Pesquisa realizada com financiamento do CNPq, por meio do edital Universal n. 02/2018. O primeiro autor é beneficiário da Bolsa da PUCPR, obtida no seio do Programa PIBIC Master – combined degree da Instituição. Contudo, não há conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado. Artigo publicado na Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça, v. 6. n. 1, p. 19- 39, Jan./Jun., 2020.

⁷⁸ Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná e bacharelado na referida instituição, com bolsa institucional por mérito, por meio do Pibic Master (Dual Degree). E-mail: lucas.troyan@hotmail.com.

⁷⁹ Pós-Doutorado no Centro de Estudos Social da Universidade de Coimbra, Portugal e na York University, Toronto, Canadá. Professora titular e docente do Programa de Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

prestar informações justificadas a outrem e estar sujeito à sanção, no caso de ações realizadas em desacordo com a lei.

Para além da *accountability*, o Estado Democrático de Direito e os princípios que pautam o exercício da Administração Pública no país, tornam indispensável o incremento da participação e controle externo ao Poder Judiciário, sendo desejável a participação da sociedade na administração da justiça e em processos deliberativos de tomada de decisão, tanto para definir a política judiciária, quanto para assegurar a participação da sociedade em debates que envolvem deliberação sobre questões que tipicamente deveriam ser resolvidas por meio debate público.

O controle e participação sociais encontram guarida na ideia de *accountability social*, que se realiza por meio de mecanismos capazes de suprir a escassez de legitimação democrática do Judiciário, e fomentar o diálogo entre a sociedade e instituições do sistema de justiça.

A implementação de tais mecanismos ecoa perfeitamente no Objetivo 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes, da Agenda 2030 definida pela ONU, pois enquadra-se como um meio essencial para se alcançar instituições responsáveis, participativas e inclusivas, especialmente nos órgãos que compõem o sistema de justiça brasileiro.

Deste modo, o presente artigo científico apresenta como objetivo principal a identificação de alguns dos mecanismos existentes de *accountability social* no Brasil, que permitem a participação e controle do cidadão em face do Judiciário. Após identificados, proceder-se-á à análise desses mecanismos em relação ao tipo de participação social que o mesmo viabiliza, a fim de superar o déficit típico deste Poder, incrementando assim sua legitimação social.

Inicialmente, discorrer-se-á sobre as principais características do termo *accountability*, bem como sua conceituação e ramificações, com foco especial na modalidade *social*, a qual está atrelada a participação ativa do cidadão nas políticas públicas e espaços decisórios.

Segue-se a apresentação da Escada de Participação Cidadã, criada por Arnstein, com o propósito de mensurar qualitativamente a participação social existente nos mecanismos brasileiros analisados, considerando que esta poderá ocorrer de inúmeras formas e níveis, sendo necessário classificá-la conforme seu potencial efetivo de promover a abertura dialógica do Judiciário para com a sociedade.

Em seguida, analisar-se-á alguns mecanismos que possibilitam a *accountability judicial social* no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a enquadrá-los nos degraus da escada de participação de Arnstein.

Após sugerem-se alterações que potencialmente podem aprimorar a participação social nos mecanismos existentes, de modo a fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade, bem como integrar o cidadão na administração da justiça, processos deliberativos e ferramentas de controle.

O trabalho desenvolve-se por meio de pesquisa bibliográfica que privilegia a abordagem analítica qualitativa a partir de processos dedutivos.

1 ACCOUNTABILITY E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Com a formal estabilização da democracia no Brasil, o termo *accountability* tem tomado relevância nas abordagens relativas à administração pública e aos órgãos estatais, haja vista que o controle da atividade estatal é um dos sustentáculos do regime democrático. Contudo, ainda encontra obstáculos no que se refere a tradução do termo em razão de sua complexidade e extensão, bem como a implantação de mecanismos eficientes.

Em linhas gerais, o termo consiste na necessidade do agente ou órgão estatal prestarem informações fundamentadas sobre seus atos a outrem, que poderá também ser um agente ou órgão estatal, mas também a própria sociedade, com legitimidade para sancionar ou premiar de forma política, jurídica ou social.

De acordo com Schedler, a *accountability* constitui-se em duas etapas distintas e complementares, sendo a *answerability* que é a obrigação de fornecer informações e justificações pelos atos praticados, e o *enforcement* que é a capacidade punitiva quando houver violação legal (SCHEDLER, 1999). A *accountability*, portanto, funda-se em três elementos imprescindíveis, quais sejam, a informação, justificação e punição. Nesta perspectiva possui um viés de responsabilidade objetiva do agente ou órgão público perante outrem, resultando em consequências gratificantes ou punitivas, e um viés subjetivo, aquela cobrança exercida internamente frente a necessidade de justificação a alguém (PINHO, 2009, p. 349).

Desta forma a *accountability* sempre contemplará, no mínimo, duas figuras, o mandante, que exercerá o controle, e o agente, que fornecerá informações justificadas. Vale ressaltar que tal controle não poderá engessar as ações do agente, embora estas estejam sempre suscetíveis a sanções, que são importantes para coagir e estimular o comportamento mais benéfico do agente público para sociedade, vendando condutas indevidas (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 31).

Na concepção de Bovens, a *accountability* refere-se a mecanismos que possibilitam que as instituições se tornem mais responsivas perante seus públicos, contemplando duas perspectivas diversas: uma ativa, considerada a virtude exigida dos agentes públicos e organizações, que seja capaz de gerar o engajamento das partes interessadas por meio do diálogo e participação social; uma passiva, relativa à obrigações de informação e justificação dos atos praticados ao fórum que será composto pelos agentes ou órgãos controladores na esfera política, legal ou administrativa (COSTA, 2018, p. 68).

O cientista político Guillermo O'Donnell, por seu turno, contempla uma dupla perspectiva espacial da *accountability*. A *accountability* vertical, que se refere ao controle exercido sob os agentes e órgãos estatais pela sociedade em geral; e a horizontal, também denominada de intra-estatal ou institucional, a qual consiste na fiscalização realizada entre os próprios agentes e órgãos estatais que, nos limites de suas competências, podem requerer justificações sobre os atos executados e aplicar sanções quando necessário.

Na categoria horizontal, se faz indispensável a existência de agências ou órgãos de supervisão voltados a fiscalizar, controlar, retificar ou sancionar

as ações ilícitas cometidas por outros agentes estatais, de forma autônoma com autoridade legal e também de fato em relação aos outros poderes e pressões externas (O'DONNELL, 1997, p. 42).

Já a categoria vertical, que tem especial importância neste texto, está diretamente atrelada a participação cidadã em políticas governamentais, no caso, a política judiciária, e espaços decisórios e, desde o ponto de vista de O'Donnell, apresenta-se na modalidade eleitoral e social.

A modalidade eleitoral é aplicável somente aos agentes com mandatos eletivos, possuindo principal foco nas eleições, oportunidade em que a sociedade poderá sancionar os mesmos com base nos atos cometidos na gestão antecedente e qualidades atreladas ao candidato. A social, por outro lado, não se esgota no período eleitoral e pode (deve) ser exercida de maneira ininterrupta, por meio de denúncias e exposição pública dos atos estatais, seja pela imprensa, seja por organizações da sociedade civil. Ela advém diretamente do engajamento cívico, sendo centrada em mecanismos que assegurem à sociedade formas de controle e participação sobre a atuação do poder estatal.

A *accountability* vertical abrange sanções atípicas, ou seja, não se limita às formas legais e institucionalizadas, mas contempla o que Smulovitz e Peruzzoti, denominam de sanção política, as quais buscam causar danos à reputação e à credibilidade do agente público, comprometendo sua carreira política (SMULOVITZ; PERUZZOTTI, 2000, p. 147 - 150). Ela também poderá complementar mecanismos de *accountability* horizontal, pois por meio da exposição pública, é capaz de compelir os agentes incumbidos do exercício da *accountability* horizontal a exercerem suas funções em face de agentes cujas condutas estão sendo questionadas, e aplicar as sanções correspondentes (ROBL FILHO, 2013, p. 126-128).

No entanto, poderá apresentar temerários riscos em virtude da facilidade de ocorrer manipulações pela mídia, quando motivada por interesses próprios ou específicos de determinado grupo, persuadindo a opinião pública à insatisfação com o governo ou a condenar determinados agentes, ainda que inocentes, e poupar os desonestos, considerando que o suposto julgamento realizado pela imprensa, em regra, desconsidera princípios básicos do contraditório e da ampla defesa (O'DONNELL, 1997, p. 30).

De ambas as categorias decorre a *accountability judicial* que será exercida em face do Poder Judiciário e seus integrantes, a qual exige demasiada cautela, tendo em vista a necessidade de garantir a independência pessoal dos magistrados e demais agentes do sistema de justiça, sendo portanto imperativo que se restrinja aos parâmetros legais, buscando coibir atuações ilícitas que afetam a credibilidade do referido Poder perante a sociedade, e a própria estabilidade do sistema democrático, para que assim as decisões sejam tomadas de forma responsável.

Se de um lado o controle e participação social sobre o Judiciário é necessário, de maneira a coibir eventuais abusos e maus-usos, de outro o custo de um controle irresponsável é grande porque, ainda que indiretamente, cidadãos podem ser levados a exercer determinada pressão e controle sobre decisões em casos polêmicos que possam causar comoção ou clamor popular,

e deliberações relativas às políticas do sistema de justiça, tanto na seara processual quanto administrativa.

O risco já muito presente no uso das mídias tradicionais (TV, rádio, etc.) tem exponencialmente aumentado com o uso das mídias sociais, por exemplo. De fato, a mídia tanto pode incentivar o controle social sobre o Judiciário quanto favorecer a manipulação da opinião pública, de maneira a alcançar ou impedir determinados resultados que atendam aos interesses de instituições do sistema de justiça ou de seus agentes; defender interesses corporativos, muitas vezes em descompasso com o interesse público; ou promover interesses privados como se fossem públicos.

Por outro lado, novos instrumentos tecnológicos de comunicação podem constituir-se em instrumentos poderosos a possibilitar o exercício do controle social, seja pela transparência, seja pela efetiva participação na deliberação.

Decorrente disto, é evidente o risco de que magistrados possam aproximar-se da mídia, buscando justificar suas decisões judiciais além dos autos, para sociedade, como forma de promover seu prestígio público, ignorando a necessária distância que deve manter como julgador imparcial e *contramajoritário*, o que acarretará na restrição de sua liberdade no momento de tomar decisões, haja vista que não estará tão somente submetido as profundas exigências da justiça, mas também as opiniões populares e a potencial repercussão que poderá ocasionar nos meios de comunicação (BELLOSO MARTÍN, 1999, p. 103).

Entretanto, a *accountability judicial social* não visa incumbir o Judiciário de um papel “populista”⁸⁰ para suprir sua atual escassez de legitimação democrática, mas torná-lo mais dialógico e promover a participação social equitativa, capaz inclusive de fortalecer por via indireta a função *contramajoritária* do Poder Judiciário, uma vez que estará assegurando aos cidadãos a participação na definição de políticas judiciais e contribuição qualitativa e plural, que contemple diferentes pontos de vista, inclusive de grupos mais vulneráveis, em alguns tipos de deliberação cuja decisão aproxima-se mais de uma opção política do que de construções jurídicas.

Em especial ao processo de interpretação do texto constitucional, adverte Häberle que o “*povo*” não consiste somente em um referencial teórico que se manifesta nas eleições, mas é um elemento ativo e pluralista presente neste processo, como forma de maximizar sua legitimidade, sendo direito da cidadania e indispensável ao processo interpretativo, haja vista que quanto mais plural for a sociedade na mesma proporção deverão ser os critérios adotados no referido processo, garantindo a igualdade de participação entre os diversos grupos (HÄBERLE, 1997, p. 36-37).

A forma democrática é um pré-requisito indispensável, mas não resulta automaticamente em uma cultura de civilidade e participação ativa do cidadão,

⁸⁰ Considerar-se-á populista quando as decisões corretas se configurarem diretamente pela opinião da maioria. Neste sentido ver: GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 85.

a qual deverá ser estimulada por instrumentos de participação popular, gerando capital social no interior da sociedade, o qual consiste em disposições cognitivas e morais dos cidadãos que os leva a confiar em outros cidadãos, resultando na “*arte da associação*” e engajamento nas questões públicas, as quais por meio de uma deliberação democrática poderão definir e redefinir mecanismos, procedimentos ou instituições, com maior êxito que especialistas e doutrinadores de áreas específicas (OFFE apud PEREIRA; WILHEIM; SOLA (Orgs.), 1999, p. 131).

De forma complementar, denota-se a iminente necessidade de fortalecer a cidadania ativa na sociedade brasileira, mediante a transparência e exigências do senso de justiça para que os cidadãos sintam legitimidade da sociedade em que estão inseridos, incentivando-os a cooperarem por ela, a fim de que não se posicionem apenas como portadores de direitos e deveres, mas essencialmente como interventores nos pleitos públicos, criadores de direitos e norteadores na elaboração de novos espaços de participação social (BORJA apud PEREIRA; WILHEIM (Orgs.), 1999, p. 364).

Embora seja compreensível que reformas com o intuito de implementar mecanismos de participação cidadã no Poder Judiciário gerem inúmeras resistências, algumas das atuais sustentadas em argumentos plausíveis, as deficiências do sistema de justiça que decorrem da ausência de *accountability* social têm se agravado, a ponto de fragilizá-lo em diversos aspectos, os quais podem comprometer sua legitimidade.

Seguramente não se encontrará de pronto soluções inequívocas, todavia é imperiosa a adoção de mecanismos que possibilitem e estimulem a participação social, desde a administração da justiça à prestação jurisdicional, que se aperfeiçoem com o próprio engajamento cívico e processos deliberativos efetivamente democráticos, acarretando a constituição de uma cidadania ativa e por consequência densificando a democracia.

Deste modo estar-se-á majorando a legitimidade e credibilidade do Judiciário perante a sociedade, de forma desassociada à atuação particular de seus membros ou decisões exaradas que desagradem as maiorias momentâneas, inclusive promovendo a efetivação e garantia dos direitos humanos, especialmente de minorias em situação de vulnerabilidade, haja vista que todos os direitos devem ser tutelados pelo Judiciário para que não sejam violados, ou ainda, para que sejam efetivados ou expandidos.

Nesta direção, a *accountability* judicial vai ao encontro do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 definida pela ONU, sobretudo ao Objetivo 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes, que buscam construir instituições eficientes, responsáveis, transparentes e inclusivas. De forma mais específica, reforça as Metas 3 e 6 do referido Objetivo, as quais referem-se à promoção do Estado de Direito e de suas Instituições, e por fim, a Meta 7, que está estritamente atrelada à *accountability social*, haja vista que busca incluir todos os grupos sociais envolvidos na controvérsia com uma participação igualitária para que a sociedade possa interagir com o Estado no processo de tomada de decisão, a fim de contemplar uma decisão legítima, democrática e com aplicabilidade social.

Tendo em vista que a *accountability social* depende essencialmente do engajamento cívico nas políticas do governo e espaços decisórios, implicando em formas de distribuição de poder, poderá acarretar na redução de privilégios para determinados grupos abastados, os quais poderão arquitetar meios de inibir a participação social, de modo que a participação ocorrerá em diversos níveis e modos, desde uma mera participação de aparência à uma efetiva repartição do poder, sendo indispensável avalia-las e distingui-las.

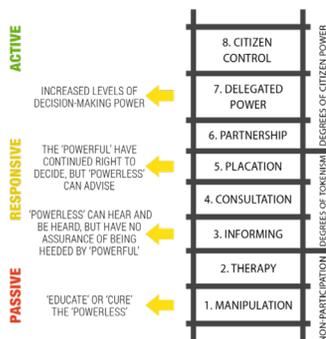
Claro está a necessidade de ampliar a participação da sociedade, seja para definir o planejamento estratégico e as prioridades da política judiciária nacional, quanto para munir o Judiciário de razões e argumentos plurais, a serem levados em conta em decisões que impliquem “questões políticas”, especialmente aquelas envolvendo direitos e garantias, individuais e coletivas.

1.1 A ESCADA DA PARTICIPAÇÃO DE SHERRY ARNSTEIN

A participação social pode ocorrer em diferentes níveis e formas, tal como evidenciado por Sherry Arnstein. A autora publicou em 1969 “*A Ladder of Participation*” no *Journal of the American Institute of Planners*. Baseado em sua larga experiência com programas federais de renovação urbana, combate à pobreza e cidades-modelo, entre outras, ela propõe uma tipologia para avaliar a participação cidadã focada na redistribuição do poder, expressa na figura abaixo, reproduzida do texto original (ARNSTEIN, 1969, p. 216 - 224).

A *Escada de Participação Cidadã* elaborada por Sherry Arnstein, evidencia e classifica diferentes níveis de participação cidadã por meio da alegoria de uma escada. Arnstein distingue diferentes mecanismos de participação social associando-os a três formas de participação cidadã que contemplam itens complementares, sendo: (1) Passiva, (a) manipulação; (b) Terapia. (2) Responsiva, (a) informação; (b) Consulta; (c) Pacificação. E, (3) Ativa, (a) parceria; (b) delegação de poder; (c) controle cidadão (ARNSTEIN, 1969, p. 216 - 224).

Figura 1 - Escada de participação social



Fonte: ARNSTEIN, Sheery. *A ladder of citizen participation*. *Journal of the American Institute of Planners*, v. 35, n. 4, p. 216-224, jul., 1969.

No primeiro grupo que consagra a cidadania passiva há dois níveis que não contemplam participação cidadã, denominados de “*manipulação*” e “*terapia*”, nos quais os detentores do poder apenas visam apenas persuadir os cidadãos a pensarem de forma semelhante e legitimar as políticas implantadas, valendo-se de especialistas para justificá-las, refratários portanto a quaisquer influências de opiniões e aspirações sociais.

Na atuação responsiva, Arnstein identifica três níveis do que considera *tokenismo*, uma participação simbólica, ou pseudoparticipação, mas que contempla mecanismos primordiais para alcançar a efetiva participação social. Neste grupo identifica-se o nível da “*informação*”, caracterizado pela divulgação dos dados, mas de forma unilateral sem possibilitar que as pessoas gerem influências nas decisões. Em seguida, o grau intitulado “*consulta*”, no qual ocorre uma solicitação prévia de opinião social, entretanto é indispensável que esteja atrelada a outros mecanismos que garantam que tais opiniões sejam consideradas no processo deliberativo, para que não seja apenas um ritual de fachada com intuito de transparecer legitimidade. Por fim, tem-se o nível denominado “*pacificação*” ou “*apaziguamento*”, o qual permite os cidadãos se expressarem nas deliberações, mas ainda sem qualquer força vinculante à decisão, ou seja, não há nenhuma parcela de transferência de poder.

O último grupo contempla a cidadania ativa, no qual se pode verificar um efetivo poder dos cidadãos nas deliberações. Neste grupo estão os níveis de “*parceria*” que permite a negociação entre os grupos sociais e os detentores do poder, compartilhando o planejamento e responsabilidade das decisões; “*delegação de poder*” e “*controle cidadão*”, nos quais os cidadãos assumem o poder em determinadas deliberações ou até mesmo um completo poder gerencial, garantindo atenção aos anseios sociais e possibilitando a emancipação social.

No presente trabalho analisam-se três mecanismos de *accountability* social sobre o Judiciário brasileiro, quais sejam, o Conselho Nacional de Justiça, as audiências públicas e a possibilidade de impeachment de Ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir do seu enquadramento nos níveis da escada de participação cidadã proposta por Arnstein.

2 MECANISMOS DE ACCOUNTABILITY JUDICIAL SOCIAL NO BRASIL

O amplo poder exercido ao Poder Judiciário atualmente justifica e exige eficientes mecanismos de *accountability*, daí que se faz necessário abordar meios de controle, disciplina e responsabilidade dos magistrados de modo eficiente para inibir atuações arbitrárias e contrárias a lei, sem afetar a independência do Judiciário e as garantias dos magistrados.

A *accountability judicial* insere-se em um sistema de freios e contrapesos no qual para todo poder exercido deve haver meios de justificá-lo e controlá-lo. O foco, conforme adverte Bidart, não é julgar o magistrado, mas sim analisar minuciosamente se este decidiu em conformidade com as leis, se motivou suas decisões, observou as provas constantes nos autos e isentou-se do emprego de alguma fundamentação irregular (BIDART, 1986, p. 12).

2.1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Com a finalidade de assegurar a plena independência judiciária perante os demais poderes estatais e a própria sociedade, diversos países têm adotado a instituição de um órgão exclusivamente voltado à *accountability*. No Brasil quem exerce esse papel, embora (mau) compartilhado com as corregedorias de justiça, é o Conselho Nacional de Justiça.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, que criou o CNJ, deu-lhe a forma de um órgão de controle interno do Judiciário, sendo encarregado do controle disciplinar, do planejamento estratégico e da atividade administrativa de modo geral. Sua composição é majoritária, embora não exclusiva, de juristas indicados pelas cortes superiores, mas há a participação assegurada de dois membros representantes da sociedade civil indicados pelas Câmaras Legislativas (Senado e Câmara dos Deputados).

Houve intensa resistência quanto à sua criação por parte dos membros do Poder Judiciário, acarretando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.367 que buscou a declaração da inconstitucionalidade do Conselho, fundada na separação de poderes, a qual restou-se infrutífera. No entanto, apesar de julgada improcedente, legitimou o CNJ como órgão interno do Judiciário, de natureza administrativa, submetido ao controle do órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

Embora seja um progresso, sua forma e composição o fragiliza e contraria importantes lições doutrinárias acerca da legitimidade da justiça e da necessidade de controle sobre o Judiciário. É nesse sentido que Zaragoza adverte para a necessidade de que este órgão seja autônomo e sua composição seja de membros dos três poderes, tendo como finalidade garantir a independência do poder judiciário, limitando a intervenção direta de outros poderes do Estado, bem como a responsabilidade dos magistrados, além de constituir um sistema transparente contendo as atuações jurisdicionais para informar a sociedade (ZARAGOZA, 2004, p. 539).

Dos 15 membros que integram o Conselho Nacional de Justiça e formam o seu principal órgão, o Conselho, 09 são magistrados, 03 são procuradores, 02 são da advocacia, privada ou pública, e apenas 02 são representantes da sociedade, com vagas indicadas pelo Senado e pela Câmara dos Deputados. Não é exagero, portanto, dizer-se que o CNJ acaba por ser um órgão interno do Judiciário posição explicitada pela arquitetura institucional que lhe desenhou a Constituição em 2004 e que acaba por elidir qualquer resquício de controle externo ao Poder Judiciário, especialmente em relação a participação cidadã na governança da justiça.

Compreende-se a necessidade de conhecimento dos procedimentos e legislações no exercício do mandato, entretanto esta necessidade não pode resultar em um monopólio de juristas que favoreça o corporativismo. Ainda, acarreta uma “dupla” representação, pois dificilmente o cidadão indicado não pertencerá a alguma das profissões jurídicas já representadas nas demais indicações, não promovendo de fato a representação dos anseios sociais.

De mesmo modo, verifica-se que as indicações na maioria das esferas sofreram capturas corporativas, seja pela proximidade e atuação no órgão competente para indicação, ou por integrar movimentos associativos da carreira, refletindo também na representação da sociedade civil. É o caso dos cidadãos indicados pelo Congresso Nacional, os quais tiveram algum vínculo prévio com o Congresso ou têm um histórico de indicações em outros conselhos. A sociedade civil, de modo espantoso, como denuncia Fragale Filho, está alheia, com participação extremamente limitada (FRAGALE FILHO, 2013, p. 986 - 988).

O controle institucional do CNJ é interno e horizontal, uma vez que a composição e forma do Conselho assegura a accountability interna corporis, exercida majoritariamente pelo próprio Judiciário sobre seus membros. A composição do CNJ, contudo, permitiria considerar uma certa abertura aos membros do poder Legislativo e, por essa via, da sociedade civil, mas essa participação não tem o condão de assegurar o poder deliberativo externo ao Judiciário.

Analisando pela perspectiva dos níveis elaborados por Arnstein, denota-se que a forma de participação cidadã no CNJ encontra-se no nível denominado “Pacificação”, vez que possui canais informativos e consultivos aos cidadãos, e a possibilidade de compor o Conselho com representação ínfima, acarretando com que a representação não tenha qualquer caráter vinculativo à tomada de decisões ou distribuição do poder.

A participação cidadã no Conselho Nacional de Justiça, tem potencial para ascender ao nível de “Parceria”, entretanto, para isto se faz indispensável que haja maior número de cidadãos na composição do conselho e que os critérios para indicação sejam alterados, a fim de que a participação social na administração da justiça resulte em maior legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

2.2 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

As audiências públicas tradicionalmente consistiram em um mecanismo atrelado ao Poder Legislativo, favorecendo o diálogo entre o Povo e seus representantes em busca de melhores decisões que atendessem aos anseios sociais. Contudo, em razão da relevância do controle de constitucionalidade, especialmente quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a adotar o referido mecanismo na esfera judiciária, com objetivo de promover a participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, tornando a decisão ainda mais legítima.

Deste modo, a primeira audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal se deu em 2007, no íterim do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 3.510 de relatoria do Min. Carlos Ayres Brito, qual questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (11.105/2005), em relação à utilização de células-tronco para fins de pesquisa e terapia, desde que cumprindo alguns requisitos descritos na referida lei.

Por tratar-se de procedimento inédito, adotou-se as disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pois sequer havia regulamentação

específica quanto aos procedimentos da audiência, somente a previsão de sua possibilidade nas legislações de ações constitucionais, procedimento este que foi regulamentado pela Emenda Regimental 29/2009 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Além da realização das Audiências Públicas em sede de controle concentrado, tal possibilidade se expandiu para o controle difuso, quando reconhecida a *repercussão geral* da controvérsia na Corte, haja vista que produzirá efeitos *erga omnes*. O primeiro caso foi relativo às cotas de acessos ao nível superior (RE nº 597.285),⁸¹ em seguida os casos de campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (RE nº 627.189); queimadas em canaviais (RE nº 586.224); regime prisional (RE nº 641.320); internação hospitalar com diferença de classe no SUS (RE nº 581.488); armazenamento de perfis genéticos de condenados (RE nº 973.837); e, direito ao esquecimento (RE nº 1.010.606).

Esta integração do Poder Judiciário com a sociedade por meio da abertura dialógica do Supremo em seu processo deliberativo tem sido louvável, produzindo resultados benéficos quando se analisa a referência das participações nos votos dos ministros, considerando a importância da participação social na interpretação do texto constitucional, de forma que maximize a legitimidade da decisão, sobretudo nas controvérsias contemporâneas que ultrapassam os conhecimentos jurídicos, e por vezes, referem-se à questões morais.

No entanto há diversos problemas que precisam ser aprimorados para se construir uma efetiva participação social no processo deliberativo da Corte, a fim de torna-la mais dialógica e participativa.

Inicialmente, destaca-se a discricionariedade do ministro relator quanto a convocação da audiência pública, bem como escolha dos cidadãos e representantes de movimentos sociais para participarem da audiência, por meio de decisão irrecorrível, incumbindo ao relator o poder de possibilitar que diferentes opiniões sejam explanadas, mas também de inviabilizar a participação de determinados grupos ou pessoas, direcionando o debate ou até mesmo esvaziando-o.

Por conseguinte, há necessidade de reformular a metodologia de realização da audiência para que se permita o debate de informações e argumentos entre os participantes, considerando que o próprio objetivo da audiência é promover um debate público robusto, em que os argumentos possam ser debatidos, esmiuçados e superados, já o impedimento ao debate reduz o potencial deliberativo do instrumento (GODOY, 2015, p. 137 - 159).

De mesmo modo, o modelo decisório da Corte caracterizado por decisões fracionárias e individuais, sem engajamento do colegiado para posteriormente somarem-se os dispositivos, mesmo que baseado em argumentos distintos, permanece inalterado, mesmo com a utilização de audiências públicas. Os Ministros ali agem como indivíduos que precisam ser convencidos, em vez de integrantes empenhados na participação social, resultando em decisões

⁸¹ Neste caso atrelado ao julgamento da ADPF nº 186.

fundadas em argumentos divergentes e isolados, dinâmica oposta do que se deseja para uma corte colegiada (GODOY, 2015, p. 137 - 159).

Analisando o mecanismo em questão de acordo com os níveis de participação cidadã abordados no trabalho, verifica-se que as audiências públicas detêm potencial para se enquadrar no nível denominado “*Parceria*”, vez que haverá efetivo diálogo entre os representantes estatais e os grupos sociais, construindo uma decisão de forma dialógica e cooperativa. Nesse contexto verificar-se-ia um controle vertical, exercido pelos representantes e organizações da sociedade civil. Contudo, a forma com que se tem empregado as audiências, evidencia-se que as mesmas tem se reduzido apenas em um espaço informativo para os ministros, ausente de debates ou maiores interações, em que se permite a manifestação dos cidadãos, classificando-se no nível denominado “*Consulta*”, de modo que há uma oitiva prévia dos cidadãos, mas sem qualquer influência direta na decisão.

Caso este mecanismo seja utilizado somente como uma formalidade para legitimar a decisão, esvazia-se o sentido da abertura dialógica do Judiciário para com a sociedade, além de que será considerado um mero ritual de fachada para atribuir uma aparência de legitimidade democrática e participação cidadã ao procedimento caso não contemple outros aparatos que garantam a consideração dos anseios sociais na tomada de decisão (ARNSTEIN, 1969, p. 219).

2.3 O *IMPEACHMENT* DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O instrumento de *Impeachment* consiste na impugnação do mandato do agente público com o propósito de destituí-lo do cargo em razão do cometimento de crime de responsabilidade, sendo este o instrumento mais gravoso, advindo de um controle externo, que poderá ser manejado em face dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal brasileiro, não havendo ainda precedentes de sua utilização.

O referido instrumento está regulamentado pela Lei nº 1.079/1950, que elenca as condutas que serão consideradas crimes de responsabilidade por parte dos Ministros no art. 39 da referida Lei, dando ensejo a denúncia de *Impeachment*, que será analisada, processada e julgada pelo Senado Federal em um procedimento complexo contemplando diversas fases deliberativas com oportunidade ao contraditório.

Qualquer cidadão brasileiro tem legitimidade para denunciar ministros do Supremo Tribunal Federal pela prática de crimes de responsabilidade perante o Senado Federal, conforme dispõem o art. 41 da legislação supramencionada, e o art. 52, II da Constituição Federal.

Com o protagonismo exercido pela Corte na resolução de conflitos de essência moral, política ou econômica, bem como a atuação particular de alguns de seus membros, ocasionaram sua exposição excessiva na mídia e outros meios de comunicação, por vezes com informações distorcidas e direcionadas a denegrir a imagem da Suprema Corte sem a devida compreensão jurídica

da decisão, o que resultou em diversas denúncias de *impeachment* por cidadãos e parlamentares em desfavor de alguns ministros que compõem a Corte.

Deste modo, denota-se que o instrumento em questão poderá ser classificado como um mecanismo de *accountability social judicial*, tendo em conta que terá iniciativa direta do cidadão e a denúncia será destinada a outro Poder da República, caracterizando uma forma de controle externo sobre a atuação do referido ministro. Desde o ponto de vista deliberativo, verifica-se um controle horizontal, exercido pelo Legislativo sobre o Judiciário, mas considerando-se a possibilidade de a denúncia partir da sociedade poderia indicar certa abertura ao controle vertical, na tipologia de O'Donnell.

Na tipologia da escada de participação de Arnstein, o *impeachment* pode ser considerado um mecanismo capaz de aplacar (apaziguar) a sociedade, no sentido de que ela se sente partícipe do processo. O fato de a denúncia poder partir de qualquer cidadão corrobora essa hipótese. Contudo, o fato de que a recepção da denúncia, o processamento e julgamento dependem do Senado Federal restringe a ideia de participação direta, refutando qualquer atuação ativa do cidadão ou da sociedade. Um inédito “controle cidadão”, o nível mais alto da escada de Arnstein, poderia ser vislumbrado se houvesse no Senado Federal mecanismos capazes de aferir e assegurar que a vontade popular seja assegurada. A eventual existência de uma vontade popular, assim como a forma com que a mesma teria sido forjada e sua aferição, contudo, envolvem outras variáveis que extrapolam os limites deste trabalho.

Este instrumento contempla um processo árduo e cauteloso que deverá ser manejado somente em casos excepcionais, haja vista a magnitude de seu impacto na credibilidade e independência do Poder Judiciário e do próprio regime democrático. A possibilidade de que seja empregado por maiorias momentâneas para fragilizar a atuação *contramajoritária* da Corte indispensável para salvaguardar direitos e garantias individuais e coletivas constitucionalmente asseguradas coloca em risco o Estado democrático de Direito.⁸²

Em uma ilustração constante na obra de Cappelletti, compreende-se a magnitude do *impeachment* direcionado à magistrados, sendo este “como o canhão de cem toneladas, que necessita de complexo mecanismo para ser colocado em posição, de enorme carga de pólvora, de disparo para fazer fogo e de alvo gigantesco para acertar.” (CAPPELLETTI, 1989, p. 42).

Adaptando-o para esfera jurídica contemporânea, pode-se dizer que é necessário que o delito cometido pelo ministro seja incontestavelmente cristalino e de profunda gravidade para que se empregue em desfavor do agente este instrumento com potencial extremamente danoso ao Estado Democrático de Direito, quando utilizado de forma equivocada, sendo incabível para punir transgressões de menor revelo.

⁸² Neste sentido, tem-se como exemplo o recente julgamento da A.D.O 26 e M.I 4.733, os quais se referem à criminalização da homofobia, em que ministros da Corte são alvos de pedidos de *impeachment* indevidos, em virtude de suas decisões primarem pela efetivação de direitos e proteção à determinado grupo vulnerável.

Em vista disso, percebe-se que é um importante mecanismo de controle externo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, proveniente da iniciativa direta do cidadão, por seus representantes, que poderá ser utilizado em situações excepcionais, como um remédio amargo necessário que também possui seus riscos e efeitos colaterais. Todavia, a problemática consiste em estar no *impeachment* o único meio de responsabilização dos Ministros que integram a Corte, não havendo outros mecanismos institucionais que viabilizem a *accountability* horizontal ou social de forma menos custosa a independência judicial e a estabilidade democrática.

CONCLUSÃO

De modo geral constata-se a abertura à participação do cidadão sobre o Judiciário por meio de alguns mecanismos constantes do ordenamento jurídico brasileiro, mas eles restringem-se aos níveis mais baixos de participação (manipulação ou informação, por exemplo), cabendo especialmente ao Conselho Nacional de Justiça a produção e divulgação das informações sobre o Judiciário.

Tanto o Conselho Nacional de Justiça, quanto as audiências públicas e o *impeachment* podem ser enquadrados em formas de *accountability* social, porque abrem algum espaço ao cidadão ou à sociedade. Contudo, a eventual abertura é insuficiente e, mais do que isso, 'é avessa à efetiva participação e controle cidadão, constituindo-se em *pseudo* formas de participação, incapazes de ampliar a legitimidade do Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça tem logrado êxito em diversos âmbitos, especialmente na consolidação de dados e na informação e transparência que os mesmos possibilitam, mas também no controle disciplinar dos magistrados. Todavia, há um longo caminho a ser percorrido para propiciar aos cidadãos a efetiva participação, a começar pelo aumento da representação social na composição do órgão e alteração das formas e critérios de indicação.

No que concerne às audiências públicas, apesar de seu enorme potencial, tem se reduzido na mera exposição de diferentes opiniões, sem debates entre os participantes e pouca interação com os ministros, resultando apenas em um espaço informativo para os ministros sem o caráter dialógico e participativo na deliberação para construir a melhor decisão com a participação social.

Deste modo, para aprimorar o mecanismo deve-se desconcentrar a escolha dos atores externos convidados a participar, hoje a cargo apenas do relator; sugere-se, ainda, ampliar e justificar a escolha de um, ou outro, participante para qualificar os argumentos na tomada de decisão; e por fim é necessário que os argumentos colacionados recebidos e refutados constem do relatório dos Ministros, para fins de averiguação e melhoria da qualidade dos argumentos que embasam o julgamento.

Em relação às formas de responsabilização posterior dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, denota-se uma vacância exorbitante, considerando que não há mecanismos institucionais que possibilitem sanções para violações de menor potencial e que inibam a prática de atos que

possam denigrir a legitimidade da Corte perante a sociedade, acarretando em denúncias de *impeachment* desproporcionais e, em decorrência, na ausência de qualquer forma de controle sobre a atuação dos ministros. O fato de a denúncia poder partir do cidadão permite que se identifique um nível de pacificação ou apaziguamento. Contudo, como o recebimento, o processamento e o julgamento estão sob responsabilidade do Senado Federal, inexistente uma participação direta e efetiva próprios da cidadania ativa. O mecanismo poderia indicar um raro último nível de participação, o “controle cidadão”, típico da cidadania ativa, se houvesse mecanismos no Legislativo capazes de assegurar que a vontade popular possa ser aferida e assegurada naquela Casa, um estudo que extrapola os limites deste trabalho.

O Poder Judiciário brasileiro tem adotado importantes transformações voltadas à aproximação da sociedade, representando um grande avanço nos últimos anos, mas ainda é necessário que os mecanismos de participação social resultem na efetiva distribuição do poder e promovam a construção do engajamento social nas questões públicas.

REFERÊNCIAS

- ARNSTEIN, Sheery. A ladder of citizen participation. *Journal of the American Institute of Planners*, v. 35, n. 4, p. 216-224, jul. 1969.
- BARBOSA, Claudia Maria. A Legitimidade do Exercício da Jurisdição Constitucional no Contexto da Judicialização da Política. In: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne (org.). *Limites e possibilidades da legitimidade e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil*. Curitiba: Letra da Lei, 2018.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El Control Democrático Del Poder Judicial En España*. Curitiba: Moinho do Verbo, 1999.
- BIDART, Adolfo Gelsi. Independencia Judiciario y Poder Disciplinario. *Revista de Processo*. São Paulo, v.11, n.42, abr./jun. 1986.
- BORJA, Jordi. O papel do cidadão na reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge. SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 361-373.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.
- COSTA, Andréa Abrahão; BARBOSA, Claudia Maria. Governança judicial e mediação institucionalizada de conflitos nos fóruns descentralizados de Curitiba: uma abordagem sobre a possibilidade de democratização do Poder Judiciário. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/00006c/00006c82.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.
- FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: Desenho Institucional, Construção de Agenda e Processo Decisório. *DADOS - Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 56, nº4, p. 975-1007, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GODOY, Miguel Gualano. As Audiências Públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, v. 60, n.3, set./dez., p.137-159, 2015.
- GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/39908>. Acesso em: 9 set. 2018.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018.
- OFFE, Claus. A Atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge.

- SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 119-145.
- O'DONNELL, Guillermo. *Accountability Horizontal e Novas Poliarquias*. Lua Nova, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451998000200003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 15 ago. 2018.
- PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?*. Revista de Administração Pública, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, Nov./Dez., 2009.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing accountability*. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Jay; PLATTNER, Marc F. (Ed.). *The self-restraining state. Power and accountability in new democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.
- SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Henrique. *Societal Accountability in Latin America*. Journal of Democracy. p. 147 - 158, 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/236706264_Social_Accountability_in_Latin_America. Acesso em: 22 ago. 2018.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e Independência Judiciais: Uma análise da Competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Revista de Sociologia e Política, v. 21, n. 45, p. 29 - 46, mar. 2013.
- ZARAGOZA, Jorge Chaires. *La Independencia del Poder Judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, v. XXXVII, n.110, maio/ago, 2004.

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO SUSTENTÁVEL DO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE*

SUSTAINABLE STRATEGIC PLANNING OF THE JUDICIARY OF PARANÁ

José Laurindo de Souza Netto⁸³

Gustavo Calixto Guilherme⁸⁴

Adriane Garcel⁸⁵

Miguel Kfourri Neto⁸⁶

INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como tema central investigar a aplicabilidade dos projetos sustentáveis realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, em consonância com os ditames constitucionais e com o planejamento estratégico do Judiciário, bem como propor planos de ação futuros.

O desenvolvimento sustentável trata-se do progresso atrelado à tutela do indivíduo e às diretrizes constitucionais fundamentais, pautado na implementação de iniciativas de cunho social, econômico, ambiental e cultural.

*Uma primeira versão deste trabalho foi publicado na Revista do Conselho Nacional de Justiça - CNJ v. 4, n. 2 jul/dez 2020.

⁸³ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade degli Studi di Roma La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e Professor da Escola da Magistratura do Paraná- EMAP. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jln@tjpr.jus.br. Lattes: ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

⁸⁴ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: gustavo.guilherme@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>.

⁸⁵ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR. Assessora Jurídica do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

⁸⁶ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Autor de diversos artigos e obras jurídicas na área de responsabilidade civil médico-hospitalar. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR). Líder do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas (UNICURITIBA). Membro da Comissão de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina. Membro da Equipe Editorial da Revista de Bioética (do Conselho Federal de Medicina). Foi presidente do TJPR no biênio 2011-2012 e presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (AMAPAR) entre 2008-2009.

A Organização das Nações Unidas criou, em setembro de 2015, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. A Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, pautada em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que buscam fortalecer a paz universal e a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, para promover uma vida digna para todos.

Diante de tal contexto, este trabalho objetiva analisar as novas premissas estabelecidas pelo advento da Agenda de Direitos Humanos e o seu reflexo no planejamento estratégico do Poder Judiciário, efetivado nas ações do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com possibilidade de expansão e aperfeiçoamento contínuo.

A pesquisa justifica-se ante a premente necessidade do alinhamento da Administração Pública com a Agenda 2030, que deverá pautar seu planejamento estratégico e suas decisões nas diretrizes de desenvolvimento sustentável vigentes em âmbito global.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão abordados os princípios constitucionais e os conceitos e objetivos da Agenda 2030, a serem aplicados nos diversos setores da sociedade.

Em um segundo momento será exposto o planejamento estratégico institucional do Poder Judiciário, focado na gestão da inovação, na eficiência operacional e na resolução adequada dos conflitos, no intuito de aproximar-se cada vez mais da sociedade.

Por fim, serão demonstradas as ações realizadas nos últimos anos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nas áreas da Autocomposição, dos Juizados Especiais e da Cidadania e apresentadas propostas de ação para um crescimento contínuo do Poder Judiciário em prol do cidadão.

2 AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS E A AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A Lei Maior rege a organização política-jurídica de um Estado, dispondo acerca de sua forma e dos órgãos que integram a sua estrutura, bem como as limitações ao poder por meio do sistema de “freios e contrapesos” e da enumeração de princípios, direitos e garantias fundamentais (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 4 - 5).

A constitucionalização do Direito produz impactos relevantes em todos os ramos jurídicos. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do Direito. Os valores, os fins públicos, as regras e princípios da Lei Maior passam a condicionar a validade de sentidos de todas as normas infraconstitucionais (BARROSO, 2013, p. 33).

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem entre os seus princípios fundamentais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, duas das principais fontes de valores dominantes na sociedade.

A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna (NOVELINO, 2010, p. 340).

A realização plena do preceito constitucional da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados (PIOVESAN, 2014, p. 91).

Na esteira da existência digna e da justiça social estão os princípios gerais da atividade econômica, dispostos no artigo 170 do Texto Constitucional, o qual estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre os princípios, a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

A harmonização simultânea das vertentes do crescimento econômico, da preservação ambiental e da equidade social, previstas nos princípios constitucionais da Ordem Econômica, é fundamental para o alcance do desenvolvimento sustentável (THOMÉ, 2020, p. 56 - 60).

O desenvolvimento sustentável é um direito e dever constitucional fundamental consagrado pela Constituição brasileira em seu preâmbulo⁸⁷ e nos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), 5º, §2º⁸⁸, 170 (supracitado), 225⁸⁹ e um princípio estabelecido em tratados e convenções internacionais (WEDY, 2018).

Na sua perspectiva objetiva, o direito ao desenvolvimento sustentável significa a proteção do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado (WEDY, 2018).

Desde as abordagens iniciais sobre o tema, quando começou a se falar em ecodesenvolvimento na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo (1972), até a sua consolidação definitiva na Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro (1992), a noção de desenvolvimento sustentável foi se afirmando no âmbito internacional e interno dos países, tendo sido reafirmada na conferência das Nações Unidas em 2012, podendo-se dizer, atualmente,

⁸⁷ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸⁸ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

que o desenvolvimento sustentável constitui um verdadeiro programa de ação, a ser implementado de forma global (MIRRA, 2016).

O principal desafio atual é a implementação e a efetivação do desenvolvimento sustentável em atenção aos seus três pilares fundamentais já conhecidos, social, ambiental e econômico e ainda, ao pilar cultural (MIRRA, 2016).

A junção do programa de ação sustentável com o desafio atual está consubstanciada na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, criada em setembro de 2015. A Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, pautada em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que buscam fortalecer a paz universal e a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, para promover uma vida digna para todos, dentro dos limites do planeta.⁹⁰

Construídos sobre o profícuo legado dos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)⁹¹, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estimulam ações até 2030, em áreas de importância crucial para o mundo, são elas: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria.⁹²

Para as pessoas, as ações da Agenda 2030 estão determinadas a erradicar todas as formas de pobreza e de fome e garantir que todos os seres humanos possam realizar o seu potencial em dignidade e igualdade, em um ambiente saudável.

Para o planeta, os objetivos privilegiam a proteção aos recursos naturais e ao clima, para as gerações presentes e futuras, sob o prisma do consumo e da produção sustentáveis.

Na seara da prosperidade, as iniciativas buscam garantir que todos os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e de realização pessoal, com o progresso econômico, social e tecnológico em harmonia com a natureza.

Os objetivos estratégicos atrelados ao alcance da paz consubstanciam-se na promoção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas, livres do medo e da violência.

Por fim, a área relacionada às parcerias determina a mobilização e os meios necessários para a implementação da Agenda 2030 por meio de uma cooperação global para o Desenvolvimento Sustentável, baseada em um espírito de solidariedade global.

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são: (1) erradicação da pobreza; (2) fome zero e agricultura sustentável; (3) saúde e bem-estar; (4) educação de qualidade; (5) igualdade de gênero; (6) água potável e saneamento; (7) energia limpa e acessível; (8) trabalho decente e crescimento econômico;

⁹⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/b244303e0db6062f1b0d6a05c20fd1b8.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁹¹ Em setembro de 2000, os líderes mundiais se reuniram na sede das Nações Unidas, em Nova York, para adotar a Declaração do Milênio da ONU. Com a declaração, as Nações se comprometeram a uma nova parceria global para a redução da pobreza em uma série de oito objetivos com alcance até 2015: erradicar a pobreza extrema e a fome, alcançar o ensino primário universal, promover a igualdade de gênero e empoderar as mulheres, reduzir a mortalidade infantil, melhorar a saúde materna, combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças, garantir a sustentabilidade ambiental e desenvolver uma parceria global para o desenvolvimento.

⁹² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/b244303e0db6062f1b0d6a05c20fd1b8.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

(9) indústria, inovação e infraestrutura; (10) redução das desigualdades; (11) cidades e comunidades sustentáveis; (12) consumo e produção responsáveis; (13) ação contra a mudança global do clima; (14) vida na água; (15) vida terrestre; (16) paz, justiça e instituições eficazes e (17) parcerias e meios de implementação.⁹³

A Declaração da Organização das Nações Unidas que inaugurou a Agenda 2030 assim definiu:

Ao embarcarmos nesta grande jornada coletiva, comprometemo-nos que ninguém será deixado para trás. Reconhecendo a dignidade da pessoa humana como fundamental, queremos ver os Objetivos e metas cumpridos para todas as nações e povos e para todos os segmentos da sociedade. E faremos o possível para alcançar, em primeiro lugar, aqueles que ficaram mais para trás.

Esta é uma Agenda de alcance e significado sem precedentes. Ela é aceita por todos os países e é aplicável a todos, levando em conta diferentes realidades nacionais, capacidades e níveis de desenvolvimento e respeitando as políticas e prioridades nacionais. Estes são os objetivos e metas universais que envolvem todo o mundo, igualmente os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável (2015).

Feitas as considerações iniciais, impende destacar a necessidade da observância dos preceitos constitucionais e a integração da Agenda 2030 por todos os órgãos públicos, que deverão pautar seus valores institucionais e suas ações nas diretrizes de desenvolvimento sustentável vigentes em âmbito global.

3 O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO PODER JUDICIÁRIO

Estratégia organizacional refere-se ao conjunto de grandes propósitos, dos objetivos, das metas, das políticas e planos para concretizar uma situação futura desejada (FERNANDES; BERTON, 2005, p.7).

O Planejamento Estratégico é a base do planejamento de uma instituição. Depende do desenvolvimento de uma missão clara, da definição de objetivos e da coordenação de estratégias funcionais (KOTLER; ARMSTRONG, 1999, p. 23).

Por meio da gestão pública com foco em resultados, as organizações de interesse público têm de demonstrar os resultados do trabalho aos órgãos de controle e à sociedade geral, produzidos de modo transparente, segundo critérios de equidade e de economicidade (SEBRAE, 2006, p. 19).

⁹³ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

A Gestão Estratégica e Planejamento do Poder Judiciário 2021-2026 foi instituída recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça por advento da Resolução nº 325/2020, que estabeleceu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o próximo sexênio. A missão, a visão, os valores, os macrodesafios do Poder Judiciário e os indicadores de desempenho estão dispostos no artigo 1º da Resolução, como componentes da Estratégia do Judiciário 2021-2026.

A missão primordial do Judiciário é a realização da justiça e sua visão de futuro é ser efetivo e ágil na garantia dos direitos e que contribua para a pacificação social e o desenvolvimento do país.⁹⁴

Os macrodesafios do Poder Judiciário para o novo ciclo também foram estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, assim divididos em três importantes setores:

Sociedade: garantia dos direitos fundamentais e fortalecimento da relação institucional do judiciário com a sociedade.

Processos internos: agilidade e produtividade na prestação jurisdicional, enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais, prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos, consolidação do sistema de precedentes obrigatórios, promoção da sustentabilidade, aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal, aperfeiçoamento da gestão administrativa e da governança judiciária.

Aprendizado e crescimento: aperfeiçoamento da gestão de pessoas, aperfeiçoamento da gestão orçamentária e financeira e fortalecimento da estratégia nacional de TIC e de proteção de dados.

Nessa esteira, os atributos de valor consubstanciam-se em: acessibilidade, agilidade, credibilidade, eficiência, ética, imparcialidade, inovação, integridade, segurança jurídica, sustentabilidade, transparência e responsabilização.

A adoção de métodos adequados de solução de conflitos, a inovação e a integração da Agenda 2030 ganham destaque ao serem analisadas as Metas Nacionais 2020 do Conselho Nacional de Justiça, deliberadas no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, mais especificamente a Meta 03 (já existente no ano de 2019) e a Meta 09, considerada um novo desafio aos Tribunais brasileiros: estimular a conciliação (Meta 03, aprovada pela Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho) e integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário (Meta 09, aprovada pelo STJ e pelas Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar).⁹⁵

⁹⁴ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁹⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-aprova-12-metas-nacionais-para-2020/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Na seara da inovação e da integração da Agenda 2030 das Nações Unidas ao Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça inaugurou, por meio da Portaria nº 119/2019, o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS).

O LIODS é um laboratório da Rede de Inovação e Inteligência do Judiciário e tem como atribuições o mapeamento de programas e projetos ligados à pauta da Agenda 2030, o monitoramento e promoção da gestão judicial processual e administrativa dos dados da Agenda 2030 e o incentivo a elaboração de pesquisas e artigos sobre gestão da inovação, inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Judiciário.

Assim, de forma inovadora e pioneira, o Judiciário brasileiro passou a fazer o trabalho de integração da Agenda 2030, sendo o primeiro Judiciário no mundo a trabalhar a agenda de direitos humanos com tamanha indexação (GOMES, 2020).

Verifica-se a existência de um novo panorama refletido nas diretrizes estabelecidas pelo Poder Judiciário e pelas instituições governamentais, apto a impulsionar o tratamento adequado dos conflitos de interesses, a inovação, a transparência e a aproximação dos órgãos públicos do cidadão.

4 O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

A identidade institucional é a expressão que confere personalidade e traduz o que é considerado ideal para a instituição, representada nos conceitos de missão, visão e valores⁹⁶, assim estabelecidos pelo Poder Judiciário do Estado do Paraná:

Missão: garantir à sociedade a prestação jurisdicional acessível, de qualidade, efetiva e célere, de forma transparente e ética, solucionando os conflitos e promovendo a pacificação social.

Visão: ser referência de qualidade na prestação de serviços públicos, reconhecida pela sociedade e seus colaboradores como instituição da qual todos tenham orgulho e confiança.

Valores: transparência, ética, celeridade, acessibilidade, justiça, inovação e eficiência.

O planejamento estratégico do Tribunal de Justiça do Paraná 2015-2020 foi formulado pelo emprego da metodologia BSC – Balanced Scorecard e propõe a gestão da instituição em quatro perspectivas: (i) sociedade, ou de como a instituição com ela procura se relacionar, em temas como atuação institucional, acesso à Justiça e responsabilidade socioambiental; (ii) processos internos, perspectiva que destaca os processos e procedimentos cruciais para a promoção da melhoria contínua na

⁹⁶ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/identidade-institucional>. Acesso em: 28 jul. 2020.

prestação dos serviços judiciários, com realce para os temas eficiência operacional, alinhamento e integração e tecnologia; (iii) aprendizado e crescimento, que trabalha com os ativos intangíveis, relacionados à obtenção de capacidades essenciais ao cumprimento das atividades da instituição, envolvendo motivação, conscientização, qualificação e compromisso das pessoas e; (iv) recursos, perspectiva que se situa na base da gestão estratégica no setor público, pois são os recursos orçamentários que garantem o funcionamento da instituição, infraestrutura, modernização e a excelência na prestação de serviços públicos.⁹⁷

Entre as perspectivas supracitadas, premente denotar a atuação institucional em prol da sociedade, a inovação e o uso da tecnologia, a melhoria contínua dos serviços judiciários, o acesso à Justiça e a adoção de métodos adequados de solução de conflitos.

A Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação Tecnológica) estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas ao desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais.

Da mesma forma que o Conselho Nacional de Justiça, visando a implantação da gestão da inovação e do desenvolvimento contínuo, por intermédio do Decreto Judiciário nº 497/2019, foi instituída a Gestão da Inovação no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e criados o Programa de Gestão de Inovação (PGI-TJPR) e o Laboratório de Inovação (LINO-TJPR).

Perfaz ressaltar que a gestão da inovação é fundamental para qualquer instituição, seja no setor público ou no privado. Um dos maiores exemplos de sucesso empresarial nesse segmento é a empresa Apple. Sob a liderança de Steve Jobs, a Apple adquiriu a reputação de ser uma das empresas mais inovadoras em tecnologia. Focada em pesquisa, desenvolvimento e inovação, a empresa trouxe ao mercado um fluxo constante de inovações, dentre as quais quatro das que talvez sejam as mais importantes na informática contemporânea: o primeiro computador pessoal totalmente montado (o Apple II), a primeira implementação comercial de interface gráfica de usuário (o Mac), o iPod, aparelho em formato de player de música para mídia digital recebida pela internet, e o Iphone, um versátil computador móvel controlado pelo toque que, além de tudo, também é um telefone celular (KAHNEY, 2009, p. 166-167).

No que se refere ao emprego da conciliação e da mediação como forma de solução consensual das controvérsias, bem como a implementação de projetos de cidadania, essas são atribuições da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, que vêm atuando com diversos projetos alinhados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e em prol do cidadão paranaense.

Nesse contexto, com a expansão da globalização, mudou-se o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava pura e simplesmente

⁹⁷ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/planejamento-estrategico?p_auth=uD32g4nD&p_p_id=36&p_p_lifecycle=1&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_36_struts_action=%2Fwiki%2Fview&_36_nodeId=5446504&_36_title=02+-+Metodologia. Acesso em: 30 jun. 2020.

o acesso de todos as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar às partes a solução mais satisfatória para suas contendas (KFOURI; NETTO; GARCEL, 2020, p. 2).

Os métodos consensuais assumiram protagonismo no sistema jurídico com o advento da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, regulamentação de vanguarda, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos. Sistemáticamente, a Política Judiciária Nacional objetiva a utilização da conciliação e da mediação para realizar uma mudança na mentalidade da comunidade, no intuito de se obter a pacificação social, escopo magno da jurisdição (LAGRASTA, 2016, p. 59-60).

A conciliação é um método consensual de solução de litígios por meio do qual busca-se resolver as divergências entre as partes com a ajuda de um terceiro, denominado conciliador. A conciliação muito se assemelha a mediação, estando a diferença na forma de condução do diálogo entre as partes. Na conciliação, o terceiro facilitador interfere na discussão entre as pessoas propondo soluções para a lide (SALES, 2007, p. 42 - 43).

A mediação conceitua-se como um método de resolução de conflitos em que se convoca um terceiro mediador, que atua de modo confidencial, imparcial e equidistante, e cuja função é promover a melhora de comunicação entre os envolvidos, propiciando autoconhecimento, para que as partes se autodeterminem a uma solução (KEPPEN, 2009, p. 83), aumentando a autonomia dos sujeitos para decidir questões do cotidiano e evitando, assim, a apreciação das controvérsias somente na esfera judicial.

Assim, o Judiciário deve prover meios e fomentar o uso das técnicas consensuais, o desenvolvimento de iniciativas, políticas e parcerias voltadas à cidadania, a utilização de novas tecnologias para a efetividade jurisdicional, visando colaborar com o desenvolvimento sustentável do planeta e a paz em sociedade.

O progresso depende da capacidade do Estado e da sociedade em completar a lei, ao fazer cumprir um programa que se inicia juridicamente, mas que se realiza no social (SIERRA, 2002, p. 182-191).

Neste pensar, faz-se necessária a análise dos projetos que estão sendo feitos na seara da Autocomposição, dos Juizados Especiais e da Cidadania no Tribunal de Justiça do Paraná em alinhamento com a Estratégia do Judiciário 2021-2026 e com a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável.

5 AÇÕES E PROJETOS SUSTENTÁVEIS NA SEARA DA AUTOCOMPOSIÇÃO, DOS JUIZADOS ESPECIAIS E DA CIDADANIA

A 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná é órgão integrante da cúpula diretiva e possui atribuições na gestão de três políticas judiciárias importantes para a sociedade: Autocomposição, Juizados Especiais e Cidadania.

A primeira refere-se à utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos, como por exemplo a mediação, a conciliação e a aplicação de técnicas

de justiça restaurativa, que possuem como objetivo resolver efetivamente a lide trazida ao Judiciário, ou até mesmo em caráter pré-processual, incentivando a conversa, a autonomia entre as pessoas e a busca pela melhor forma de resolução do conflito.

A Supervisão do Sistema de Juizados Especiais, de incumbência da 2ª Vice-Presidência, por delegação do Presidente do Tribunal (artigo 16, parágrafo único, inciso I, do RITJPR), engloba: a coordenação administrativa do sistema, a designação de juizes leigos e conciliadores para a atuação nas unidades judiciárias, a proposição, análise e aprovação de convênios, a direção de ações e projetos relacionados ao sistema.

A política judiciária da Cidadania abrange o apoio, a busca por parcerias institucionais, a implementação e a criação de projetos que visem a construção e a propagação da cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil.⁹⁸

5.1 AUTOCOMPOSIÇÃO: OS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA E A PROPAGAÇÃO DA CULTURA DA PAZ NO ESTADO DO PARANÁ

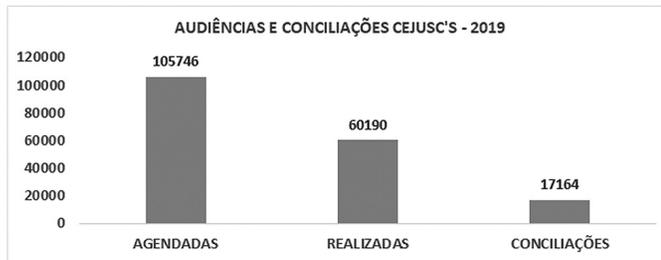
A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça inaugurou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, a qual se estrutura como um tripé, tendo no topo o Conselho Nacional de Justiça, com atribuições de nível nacional; abaixo deste, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC's) de cada Tribunal, responsáveis pela implementação da Política Pública em âmbito estadual e pela fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), que são as “células” de funcionamento da política conciliatória, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo sucesso da mesma, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores e servidores capacitados para atuar nas audiências de conciliação, mediação e prestar orientação aos jurisdicionados (RICHA; LAGRASTA, 2016, p. 87).

Atualmente existem 141 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em todo o território paranaense, distribuídos em 53 (cinquenta e três) em entrância inicial, 44 (quarenta e quatro) em entrância intermediária e 44 (quarenta e quatro) em entrância final. O número é 34% superior ao existente na última inspeção do Conselho Nacional de Justiça realizada no Tribunal do Paraná, em 2018, que apontou a existência de 105 unidades.

Em 2019 foram agendadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania 105.476 audiências, sendo instauradas 60.190 sessões e obtidas 17.164 conciliações (14.871 processuais e 2.293 pré-processuais), resultando em um índice de 29%. Cumpre destacar o elevado índice na fase pré-processual, que atingiu o percentual de 71%⁹⁹. Os dados quantitativos do desempenho dos Cejusc's paranaenses em 2019 são assim representados:

⁹⁸ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/2vice-institucional>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁹⁹ Dados quantitativos do projeto Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência, extraídos do sistema Projudi.

Figura 1 - Dados quantitativos do desempenho dos Cejusc's paranaenses

Fonte: *Compilação do autor.*

No que se refere à capacitação contínua dos servidores, em 2019 foi realizado um Curso de Formação de Instrutores em Mediação Judicial, oportunidade em que foram certificados mais de 16 instrutores¹⁰⁰. Foram ministrados 49 cursos de capacitação em mediação e conciliação judicial no ano, habilitando 350 novos conciliadores e mediadores aptos a atuar nos Cejusc's e Juizados Especiais em todo o Estado do Paraná. Além disso, todos os conciliadores do Cecon (Centro de Conciliação dos Juizados Especiais de Curitiba) adquirirão a certificação, conforme determinado pelo Conselho Nacional de Justiça. No que tange à Justiça Restaurativa, ofertou-se 18 cursos, sendo capacitados 328 facilitadores e ofertados 2 cursos de sensibilização, um realizado em Curitiba, outro na cidade de Cascavel.¹⁰¹

Em 2020, a 2ª Vice-Presidência anunciou a criação de novos Cejusc's temáticos, no intuito de proporcionar ao cidadão paranaense a possibilidade de resolver seus conflitos cotidianos de maneira consensual, nas mais diversas áreas.

Além da expansão dos Centros Judiciários pré-processuais e processuais, foi criado o Centro Judiciário de Solução de Conflitos Bancários em Curitiba, bem como foi anunciada a criação do Cejusc Recuperação Empresarial na Comarca de Francisco Beltrão, do Cejusc Fundiário e do Cejusc da Casa Fácil.

As iniciativas estão em alinhamento com o Plano Estratégico do Tribunal de Justiça e foram pautadas no sucesso obtido com a criação do Cejusc Fazendário no ano de 2019, em funcionamento nas Comarcas de Londrina, Telêmaco Borba e em fase inicial de implementação nas cidades de Cascavel, Pato Branco, Palmas e Apucarana. Na XIV Semana Nacional da Conciliação, o Cejusc Fazendário de Londrina realizou mutirão, abrangendo o pagamento de IPTU, por meio do qual foram realizadas 542 sessões de conciliação, com 223 acordos e R\$ 2.531.174,90¹⁰² reais

¹⁰⁰ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/novos-instrutores-de-mediacao-e-conciliacao-sao-capacitados-pelo-tribunal/18319. Acesso em: 29 mai. 2020.

¹⁰¹ Levantamento feito pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e pela Escola de Servidores do Tribunal de Justiça do Paraná.

¹⁰² Informações repassadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Londrina.

arrecadados ao Município de Londrina, ou seja, em uma semana foram arrecadados mais de dois milhões e quinhentos mil reais aos cofres públicos, os quais poderão ser utilizados e revertidos para o cidadão nas políticas públicas do ente municipal.

Impende destacar que a utilização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos Fazendários traz benefícios tanto para o contribuinte quanto para a Fazenda Pública: para o ente público traz a uma maior efetividade arrecadatória, redução de tempo de recebimento de receitas tributárias e o impacto social pela melhora do relacionamento com o contribuinte; já para o cidadão traduz-se na possibilidade de parcelamento do seu débito, regularização de sua situação com o Fisco e a alternativa de conciliação na seara pré-processual¹⁰³.

No que se refere ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos Bancários, o Tribunal de Justiça desenvolve o projeto de “Tratamento de Situações de Superendividamento do Consumidor” desde 29 de abril de 2010.¹⁰⁴ Em 2020 a iniciativa recebeu nova roupagem por meio do Cejusc Bancário - Superendividamento, onde o consumidor pode resolver o seu conflito com as instituições financeiras de maneira ágil e segura. Com a participação de mediadores capacitados nas audiências, o consumidor tem melhores perspectivas de negociação com seus credores, além dos efeitos pedagógicos para evitar dívidas futuras, acabando com o ciclo vicioso do endividamento.¹⁰⁵

Considerando a recomendação nº 58/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do uso da mediação nos processos de recuperação empresarial e falências, o Centro de Solução de Conflitos e Cidadania de Recuperação Empresarial está sendo instalado inicialmente na cidade de Francisco Beltrão, para a utilização da mediação de conflitos em casos que envolvam empresas em situação de crise.

O Cejusc Fundiário foi pensado para a promoção e realização de mediações no âmbito pré-processual e processual afetas a questões envolvendo a disputa de terras urbanas e rurais, a ser instalado de forma gradual nas Comarcas paranaenses.

Outro Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania que será de fundamental relevância para o Estado do Paraná é o Cejusc da Casa Fácil. A proposta é utilizar uma unidade do Poder Judiciário para atuação na resolução de questões de financiamentos habitacionais de imóveis urbanos para a população de baixa renda no âmbito da COHAPAR, em consonância com o direito à moradia estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal, com a Agenda 2030 de Direitos Humanos e com as diretrizes implementadas pela 2ª Vice-Presidência no biênio 2019/2020.¹⁰⁶

¹⁰³ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnIQe/content/2-vice-presidenciainaugura-cejusc-fazendario-em-cascavel/14797?inheritRedirect=false. Acesso em: 03 jun. 2020.

¹⁰⁴ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/projeto-superendividamento>. Acesso em: 12 mai. 2020.

¹⁰⁵ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/cejuscbancario>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁰⁶ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/id/34602529. Acesso em: 15 mai. 2020.

Além dos diversos novos Centros de Conciliação temáticos, também estão em funcionamento o Cejusc Criminal de Curitiba, onde funciona a Central de Medidas Socialmente Úteis de Curitiba.

Oportuno citar a efetiva participação do Tribunal de Justiça do Paraná na XIV Semana Nacional da Conciliação, campanha institucional promovida pelo Conselho Nacional de Justiça que constitui em um esforço concentrado do Poder Judiciário para a realização de audiências destinadas a solução de conflitos por meio da mediação e da conciliação.¹⁰⁷

Foram várias ações realizadas pelo judiciário paranaense, como o evento de abertura realizado na prefeitura de Curitiba, a divulgação de vídeo na mídia embarcada do transporte coletivo (em parceria com a Prefeitura de Curitiba), a disponibilização e o envio de camisetas e cartazes com a logo da campanha para todas as unidades judiciais do Paraná.

Nesta lógica, foi criado um site¹⁰⁸ na internet pela Assessoria de Comunicação da 2ª Vice-Presidência, específico para o acompanhamento das ações realizadas durante a campanha e um relatório dinâmico no sistema Projudi, elaborado pelo Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência juntamente com o Departamento de Tecnologia da Informação, o qual informou diariamente os resultados das audiências, possibilitando a alimentação diária do Sistema de Estatística da Conciliação do Conselho Nacional de Justiça.

Além disso, foram registradas diversas iniciativas relevantes em várias Comarcas do Estado, que revelam a dedicação empenhada em prol do cidadão paranaense. Como exemplo, na Comarca de Marechal Cândido Rondon foi realizado um atendimento em inglês para a promovente que era de origem africana (Serra Leoa), para que o pedido pudesse ser compreendido e encaminhado da melhor forma. Nas cidades de Tomazina e Peabiru os servidores não interromperam o trabalho mesmo após forte temporal que causou a interrupção do fornecimento de energia elétrica e finalizaram as audiências com atas redigidas à mão.¹⁰⁹

Ao todo, o trabalho durante a XIV Semana da Conciliação contou com 2.361 participantes do Tribunal de Justiça do Paraná, entre Magistrados, Juízes Leigos, Conciliadores e Colaboradores, com o agendamento de 17.534 audiências, 11.476 sessões instauradas, 2.226 acordos efetuados, R\$ 5.139.805,34 em valores homologados e 10.771 cidadãos paranaenses atendidos.¹¹⁰

¹⁰⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/semana-da-conciliacao-de-2019-sera-de-4-a-8-de-novembro/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

¹⁰⁸ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/semanadaconciliacao>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁰⁹ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/semanadaconciliacao>. Acesso em: 23 jun. 2020.

¹¹⁰ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/semanadaconciliacao>. Acesso em: 30 jun. 2020.

5.2 A CONCILIAÇÃO E O USO DA TECNOLOGIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS DO ESTADO DO PARANÁ

O Sistema dos Juizados Especiais é regulamentado pela Lei 9.099/95 e pela Lei 12.153/2009, orientando-se pelos critérios da simplicidade, da informalidade, da economia processual, da celeridade e buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

O Estado do Paraná conta atualmente com 161 Comarcas e 195 unidades de Juizados Especiais que detêm as atribuições no julgamento de causas de menor complexidade e na disseminação da conciliação.¹¹¹

Em 2019 foram realizadas 286.110 audiências de conciliação, unas e preliminares nos Juizados Especiais do Estado do Paraná, sendo proferidas mais de 58.000 sentenças de conhecimento homologatórias de acordo.¹¹²

No tocante ao uso da tecnologia no âmbito dos Juizados Especiais, foram diversas as iniciativas implementadas.

O projeto de intimação por WhatsApp nos Juizados Especiais consiste na utilização do aplicativo WhatsApp para a intimação das partes, o que reduz o custo total do processo e aumenta a celeridade. De janeiro a abril de 2020 a iniciativa realizou 27.795 intimações, com 24.427¹¹³ intimações exitosas (88%), o que reflete a modernização e o uso da tecnologia nos Juizados Especiais.

Outro serviço relevante disponibilizado é o alvará judicial eletrônico, realizado através de convênio com a Caixa Econômica Federal, que tem como objetivo agilizar o acesso das partes aos valores disponibilizados por meio de alvarás judiciais. A iniciativa permite que os montantes depositados sejam recebidos tão logo que estejam disponíveis, possibilitando o levantamento de valores por meio eletrônico.¹¹⁴

No Centro de Conciliação dos Juizados Especiais e no Cejusc do Fórum Cível de Curitiba funciona o sistema “Excubitor – Gestão e Atendimentos de Audiências”, desenvolvido pelo Departamento de Tecnologia da Informação e Comunicação do Tribunal de Justiça do Paraná. O projeto piloto apresenta-se eficiente e o software proporciona uma visão macro do funcionamento das audiências, com painéis de chamamento e organização de pauta.¹¹⁵

¹¹¹ Números das informações gerais do sistema Hércules do Tribunal de Justiça do Paraná.

¹¹² Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/31092698/Relat%C3%B3rio+autocomposicao/6ab6abad-20ed-789a-8981-6a5cbe3cb669>. Acesso em: 17 mai. 2020.

¹¹³ Dados quantitativos extraídos do sistema Projudi pelo projeto Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência, através de relatório disponibilizado pelo Departamento de Tecnologia da Informação e Comunicação.

¹¹⁴ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/tjpr-da-inicio-a-implantacao-do-alvara-judicial-eletronico/18319. Acesso em: 13 jun. 2020.

¹¹⁵ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/2-vice-presidencia-e-dtic-incrementam-sistema-de-gestao-de-audiencias-e-viabilizam-a-citacao-eletronica/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 05 mai. 2020.

Para o período de distanciamento social ocasionado pela pandemia da COVID-19, foi autorizada pelo Tribunal de Justiça do Paraná a utilização de ferramentas virtuais visando a realização de audiências de conciliação de forma remota. Também foi disponibilizada uma página¹¹⁶ na internet com a orientação aos usuários sobre o funcionamento das audiências virtuais nos Juizados Especiais e Cejusc's, com vídeos explicativos e as normativas criadas, visando instruir os destinatários sobre o uso da tecnologia e os serviços disponibilizados no período.

Outra iniciativa inovadora que utiliza a tecnologia é o projeto “Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência”, idealizado e implementado em 2019 no Tribunal de Justiça do Paraná. O Núcleo de Inteligência fornece estatísticas e informações gerenciais acerca das unidades judiciais (Cejusc's, Juizados Especiais e Turmas Recursais) e dos projetos de competência da 2ª Vice-Presidência, além de elaborar pareceres e fazer o alinhamento com outros departamentos do Tribunal. Em atendimento ao artigo 2º, III¹¹⁷, da Resolução nº 125/2010, o Núcleo criou de forma inédita uma base de dados para o acompanhamento da performance das audiências e conciliações realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Isto posto, o fomento ao uso da conciliação e da tecnologia no Sistema dos Juizados Especiais impulsiona a gestão da inovação e contribui para o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

5.3 CIDADANIA NA PRÁTICA: AÇÕES DO TJPR PARA O DESENVOLVIMENTO DE CIDADES E COMUNIDADES SUSTENTÁVEIS

No plano da cidadania, o Tribunal de Justiça do Paraná possui uma ampla gama de iniciativas na efetivação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, contribuindo para que todos possam realizar o seu potencial em dignidade e igualdade, em um ambiente saudável, conforme preceitua a Agenda Universal 2030.

Vinculado à Presidência do Tribunal, o Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude (CONSIJ) tem como atribuição zelar pelo cumprimento, em âmbito Estadual, do princípio da prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente previsto no artigo 227 da Constituição da República e do princípio da supremacia do interesse da criança, consagrado no artigo 3º, 1, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.¹¹⁸

Entre as diversas ações supervisionadas e de competência do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e Juventude estão os projetos “Eleitores do Futuro” e “Música para Todos”.

¹¹⁶ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/aco-es-covid-19>. Acesso em: 30 mai. 2020.

¹¹⁷ Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: III - acompanhamento estatístico específico.

¹¹⁸ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/infancia-e-juventude>. Acesso em: 27 jun. 2020.

O projeto “Eleitores do Futuro” foi implementado de forma pioneira na Comarca de Ponta Grossa e possui como objetivo estimular a participação de crianças e adolescentes entre 10 e 18 anos no processo eleitoral, promovendo o envolvimento de alunos da rede escolar nas atividades educativas sobre democracia, cidadania e exercício de direitos.

O Projeto “Música para Todos” visa promover, por meio da música, da arte e da cultura, o protagonismo de crianças e adolescentes que são atendidos por medidas protetivas ou socioeducativas, explorando as potencialidades inerentes de cada aluno.¹¹⁹

A política judiciária da Cidadania é de atribuição da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná, que também realiza diversas práticas na transformação das vidas dos participantes dos projetos, entre elas, o “Projeto de Incentivo à Autonomia”, a “Central de Medidas Socialmente Úteis”, o “Rolê Cívico Paranaense”, o “Rolê Cultural” e o projeto “Justiça e Cidadania também se aprendem na escola”.

O “Projeto de Incentivo à Autonomia” (PIA da 2ª Vice), foi concebido na gestão 2019/2020, para atender crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, destinatários de medida protetiva de acolhimento institucional na faixa etária de 7 a 14 anos, bem como profissionais que laboram nas referidas instituições, especialmente educadores sociais, cuidadores e mães sociais. O enfoque da prática é salvaguardar a liberdade da criança e do adolescente, obstando a sua privação. Para realizar as atividades propostas, a equipe do projeto conta com a participação de profissionais voluntários que oportunizam vivências, cursos e formações que colaborem, de alguma forma, no processo de desenvolvimento da emancipação das crianças e adolescentes acolhidos, fornecendo-lhes base sólidas com conteúdo ético e moral para que possam assim tomar decisões que promovam seu crescimento individual e coletivo. A iniciativa atua na base, na prevenção e na salvaguarda da liberdade de crianças e adolescentes, contribuindo assim de forma efetiva com a implementação da justiça.¹²⁰

A “Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU)”, idealizada e inaugurada também na gestão 2019/2020, funciona como um órgão de gestão das alternativas penais, sob o enfoque das práticas restaurativas e do acompanhamento em rede. Foi criada com vistas a oferecer subsídio às unidades do Sistema de Justiça Criminal, utilizando a Justiça Restaurativa para aplicar penas com efeito pedagógico ao infrator, trazendo benefícios diretos à comunidade. Por meio da conjugação de esforços entre os órgãos públicos, Conselhos da Comunidade e organizações da sociedade civil, o projeto objetiva substituir o encarceramento por medidas socialmente úteis, oferecendo melhores perspectivas de reintegração social, de responsabilização e de redução das taxas de reincidência. O tradicional sistema de imposição de penas de privação da liberdade, prestação

¹¹⁹ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/infancia-e-juventude>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹²⁰ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/programas-e-projetos-2-vice>. Acesso em: 16 jun. 2020.

pecuniária e multas é substituído por medidas úteis de caráter restaurativo e terapêutico, em defesa da liberdade.¹²¹

Na inauguração da Central de Medidas instalada no Cejusc do Fórum Criminal de Curitiba, a mudança de paradigma que as medidas socialmente úteis propõem ao Sistema Judiciário foi destaque:

Na maioria dos casos o cárcere é um incremento à criminalidade, é possível observar a ineficácia desse sistema que não intimida, não reabilita, pelo contrário, causa dor e sofrimento. Temos uma taxa de encarceramento muito alta, com delitos que não deveriam ser submetidos à terapia prisional. A partir da Central de Medidas Socialmente Úteis, o objetivo é solucionar o problema de fundo, que deu causa ao cometimento da infração penal. Por meio de práticas restaurativas pretende-se perceber a melhor forma de reparar a vítima e atender o autor do fato, com processos de conscientização dos deveres de cidadania, prevenindo que ele não venha a repetir a infração.¹²²

O projeto “Rolê Cívico Paranaense” tem como escopo propiciar aos estudantes universitários um contato direto com os Três Poderes estaduais. O programa visa o aprimoramento da formação dos estudantes, além da difusão de conhecimentos e valores culturais e a melhora da comunicação institucional. As atividades são divididas em duas etapas: na primeira as instituições de ensino recebem um material de apoio para que sejam trabalhados, em sala de aula, temas como o histórico, o funcionamento e as particularidades de cada órgão público. Em um segundo momento, os estudantes fazem um tour guiado pelas sedes do Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário paranaenses.¹²³

Nessa mesma perspectiva, o programa “Rolê Cultural” incentiva o acesso de crianças, jovens e idosos aos museus, pontos turísticos, sessões clássicas de cinema e de teatro, concertos de música e atividades esportivas. Em uma edição chamada “Olhar Acessível”, realizada em 14/08/2019, um grupo de pessoas com deficiência visual do Instituto Paranaense de Cegos foi recebido para uma visita guiada ao Museu Oscar Niemeyer, participando do projeto “MON Para Todos”, que utiliza os dispositivos de acessibilidade disponíveis no museu, como esculturas originais, réplicas e maquetes táteis que reproduzem parte do acervo e possuem legendas em braile. O passeio também contou com uma oficina de pintura e relevo, propiciando uma experiência única aos participantes.¹²⁴

¹²¹ Disponível em : https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-a-central-de-medidas-socialmente-uteis-no-centro-judiciario-de-curitiba/18319. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹²² Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-a-central-de-medidas-socialmente-uteis-no-centro-judiciario-de-curitiba/18319. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹²³ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/programas-e-projetos-2-vice>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹²⁴ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/role-cultural-

O projeto “Justiça e Cidadania também se aprendem na escola”, realizado em parceria com o Ministério Público do Estado do Paraná e com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PR), consiste em oferecer noções básicas de justiça, cidadania e sobre o funcionamento do Poder Judiciário a alunos da rede pública municipal de ensino, garantindo a integração entre o Judiciário e a sociedade. O programa, focado na formação de futuros cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, ocorre por meio da colaboração de juízes, promotores e advogados. Além disso, também contribui para a formação e o despertar da cidadania entre as crianças, consideradas agentes multiplicadores de conhecimentos. De acordo com um levantamento feito pelos gestores do programa, em parceria com o projeto “Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência”, foram entregues aos estudantes participantes, de 2011 a 2019, 90.654 cartilhas didáticas sobre justiça, cidadania, direitos e deveres dos cidadãos. No ano de 2019, 312 escolas aderiram ao projeto, que atendeu 13.458 alunos, o que demonstra um amplo alcance da iniciativa nas Comarcas do Estado.¹²⁵

As ações realizadas nos campos da Autocomposição, dos Juizados Especiais e da Cidadania pelo Tribunal de Justiça do Paraná demonstram a capacidade e o empenho do Judiciário na concretização de seu planejamento estratégico e das diretrizes de desenvolvimento sustentável. Não obstante, a importância notória da atuação judiciária na sociedade indica a necessidade de melhoria contínua dos projetos, bem como a criação de novas iniciativas, o que abre caminho para propostas de ações para os próximos anos.

6 PROPOSTAS DE AÇÕES

A experiência recente do Tribunal de Justiça do Paraná comprova que o alinhamento ao planejamento estratégico institucional e a gestão inovadora são de suma importância para a efetivação de direitos e para o desenvolvimento sustentável da sociedade.

O Poder Judiciário paranaense demonstrou, durante o período de pandemia, que está alinhado ao uso de tecnologia, superando as barreiras do distanciamento social pelo uso de plataformas digitais, como as utilizadas nas audiências de conciliação e mediação, nas sessões de julgamento virtuais e por meio de videoconferência nas Turmas Recursais.

A inovação tecnológica está permitindo a reinvenção dos procedimentos e atividades, possibilitando a continuidade dos serviços e garantindo o acesso à justiça. Os avanços tecnológicos, a capacitação, o aprimoramento contínuo,

promove-uma-edicao-especial-olhar-acessivel-/18319. Acesso em: 24 jun. 2020.

¹²⁵ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/programas-e-projetos-2-vice?p_auth=uD32g4nD&p_p_id=36&p_p_lifecycle=1&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column2&p_p_col_count=1&_36_struts_action=%2Fwiki%2Fview&_36_nodetd=15033140&_36_title=Justi%C3%A7a+e+Cidadania+tamb%C3%A9m+se+Aprendem+na+Escola. Acesso em: 29 jun. 2020.

o diálogo e a abertura para mudanças são características importantes para qualquer órgão que busque ampliar sua eficiência, reduzindo gastos.

Nesse contexto, faz-se necessária a apresentação de sugestões de ações, pautadas na experiência advinda do período de pandemia, na inovação e uso da tecnologia, na solução adequada de litígios e no relacionamento interinstitucional.

A Gestão da Inovação é crucial para o aperfeiçoamento contínuo do setor público. A Lei 10.973/2004 foi um grande passo no incentivo à inovação e à pesquisa científica no ambiente produtivo. No Poder Judiciário, as diretrizes recentes do Conselho Nacional de Justiça traduzem o anseio pelo novo e por um serviço judicial mais efetivo e transparente. Prova disso é a criação recente do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS), do Conselho Nacional de Justiça (Portaria nº 119/2019 do CNJ) e da Meta 09 atribuída à Justiça Estadual, que trata da integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, por intermédio do Decreto Judiciário nº 497/2019, foi instituída recentemente a Gestão da Inovação e criados o Programa de Gestão de Inovação (PGI-TJPR) e o Laboratório de Inovação (LINO-TJPR) do Tribunal do Paraná, sendo essencial o avanço na gestão inovadora por meio de tecnologias virtuais, do uso dos sistemas de Inteligência Artificial e de Business Intelligence.

O Laboratório de Inovação passa a ser um departamento obrigatório, tanto em reuniões virtuais como na disponibilização de um espaço físico para a realização das práticas, além da capacitação de servidores através de cursos de inovação, de laboratoristas e de design thinking. A ideia de um espaço específico de inovação nos Tribunais é baseada no que já existe em renomadas Universidades e em grandes empresas de âmbito global, em que o trabalho desenvolvido nos laboratórios rende grandes frutos para as organizações e para a sociedade.

As tecnologias virtuais estão sendo implementadas e podem ser aprimoradas e expandidas no período pós-pandemia. No âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e dos Juizados Especiais do Paraná, as audiências de conciliação e mediação já são realidade no formato virtual, procedimento regulamentado pelas Portarias nº 4130/2020 (NUPEMEC) e nº 4231/2020 (CSJEs). Nessa perspectiva, o aprimoramento das ferramentas digitais para a realização de audiências é prioridade, perfectibilizando o atendimento virtual aos jurisdicionados, para a excelência tanto na prestação de serviços online como presencial.

Os sistemas de Inteligência Artificial e de Business Intelligence podem ser utilizados para trazer inúmeras vantagens quanto à transparência, eficiência e produtividade.

No momento do cadastramento e da distribuição das demandas, os sistemas de Inteligência Artificial podem ser utilizados para um controle estatístico fidedigno das quantidades e do tipo de processo por Comarca, no intuito de mapear as demandas repetitivas, possibilitar a instauração de IRDR e elaborar planos de ação para a desjudicialização e desobstrução do Judiciário.

Os sistemas de Business Intelligence poderão ser utilizados para a construção de painéis de B.I voltados ao mapeamento dos processos por

região, a fim de elaborar estudos gerenciais e parcerias públicas para acelerar o desenvolvimento regional e estadual, em atendimento à Meta 09 do Conselho Nacional de Justiça.

As ferramentas tecnológicas podem ser utilizadas para o aprimoramento do Portal da Transparência, para que o cidadão tenha fácil acesso às informações relevantes e projetos do Poder Judiciário, nos moldes da Resolução nº 215/2015 do CNJ.

A gestão de custos e a distribuição de recursos humanos também são áreas de aperfeiçoamento por meio de atributos tecnológicos.

A implantação e o aperfeiçoamento de sistema de integridade (compliance), identificando e propondo melhorias aos processos e controle de tomada de decisão, alinhado aos princípios de construção de estruturas de governança, são medidas de suma importância.

O incentivo à utilização de métodos adequados de solução de conflitos deve ser contínuo, com a maximização do uso das técnicas de mediação e conciliação por meio do avanço da estruturação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, no intuito da desjudicialização e da expansão da cultura do diálogo.

Com a expansão e incentivo do “home office”, as atividades judiciárias poderão ser realizadas em espaços menores, o que demandará a realocação dos espaços, com eventuais devoluções de prédios locados. Dessa forma, necessária a análise das despesas com locação e revisão de contratos, bem como a eventual reestruturação das unidades judiciárias, frente a imperativas situações de adequações orçamentárias e financeiras.

O relacionamento interinstitucional se concretiza por meio de parcerias com o Poder Executivo, Ministério Público e outras instituições, visando promover avanços nos programas e políticas públicas em consonância com o planejamento estratégico institucional e com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Enfim, as medidas são pautadas no fortalecimento da interação do Poder Judiciário com os demais Poderes, órgãos públicos e com os demais setores da sociedade civil, com o espírito de ajuda mútua entre todas as pessoas, que caminham juntas em busca do desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, como resposta ao trabalho proposto é de se concluir que o planejamento estratégico do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, estão em consonância com as diretrizes constitucionais e de desenvolvimento sustentável da Agenda Universal 2030.

A gestão da inovação, pautada na instituição de Laboratórios de Inovação nos Tribunais brasileiros revelam o anseio do novo e a utilização de instrumentos tecnológicos para uma maior eficiência operacional, na busca de excelência nos serviços online e presencial.

Observa-se a efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como por exemplo a construção de comunidades sustentáveis, a busca pela paz, justiça e instituições eficazes, nas iniciativas do Tribunal de Justiça do Paraná, realizadas na seara da Autocomposição, dos Juizados Especiais e da Cidadania, dotadas de possibilidade de expansão e de aprimoramento contínuo.

Por arremate, o fundamento maior da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, poderão ser alcançados em sua completude através do planejamento estratégico sustentável, da gestão da inovação e da efetivação de políticas públicas e de ações em benefício ao cidadão.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 15 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico da Estratégia Nacional (2015-2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/06/08c7935e156789cc3daea1b1423f8eb9.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/b244303e0db6062f1b0d6a05c20fd1b8.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/> Acesso em: 15 jun. 2020.
- FERNANDES, Bruno Henrique Rocha; BERTON, Luiz Hamilton. Administração Estratégica: da competência empreendedora à avaliação de desempenho. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Maria Tereza Uille. LIODS amplia ações do Judiciário na Agenda 2030. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/liods-amplia-acoes-do-judiciario-na-agenda-2030/>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- KAHNEY, Leander. A cabeça de Steve Jobs. Tradução de Maria Helena Lyra e Carlos Irineu da Costa. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente. Curitiba, JM Livraria Jurídica, 2009.
- KFOURI NETO, Miguel; NETTO, José Laurindo de Souza; GARCEL, Adriane. O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem. Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Superior Tribunal de Justiça, 2020.
- KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. Princípios de Marketing. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 1999.
- LAGRASTA, Valeria Ferioli. Objetivos da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli, (coords). Conciliação e Mediação ensino em construção. 1. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Desenvolvimento Sustentável e sua expressão jurídica. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jun-04/ambiente-juridico-desenvolvimento-sustentavel-expressao-juridica#_ftn1. Acesso em: 10.06.2021.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2010.

- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- PIOVESAN, Flávia; Temas de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RICHA, Morgana de Almeida; LAGRASTA, Valeria Ferioli. Evolução da Semana Nacional da Conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente da justiça brasileira e estruturação da política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli, (coords). Conciliação e Mediação ensino em construção. 1. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
- SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SEBRAE. Gestão estratégica Orientada para Resultados: avaliação e desafios – Brasília: Sebrae, Unidade de Gestão Estratégica, 2006.
- SIERRA. Vânia Morales. Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. A inscrição de quadros participativos na política para criança e adolescentes. Civitas, Revista de Ciências Sociais. Ano 2, n.1, junho 2002.
- THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- WEDY, Gabriel. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/ambiente-juridico-direito-fundamental-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 10 jun. 2021.

PODER ECONÔMICO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PARÂMETROS PARA O INTÉRPRETE-JULGADOR NA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

ECONOMIC POWER AND DEMOCRATIC STATE OF LAW: PARAMETERS FOR THE INTERPRETER-JUDGER IN THE APPLICATION OF CONSTITUTIONAL CHANGE

Daniel Marinho Corrêa¹²⁶

INTRODUÇÃO

Explicar a mutação constitucional como sendo uma simples mudança de significado ou interpretação de uma norma da Constituição, sem que seja necessário alterar seu texto, não satisfaz com primazia a descrição de tal fenômeno.

Ademais, deve-se considerar que o Brasil tem experimentado a progressiva consolidação de seu processo democrático e da ordem fundamental advinda da Constituição de 1988. Sendo plausível, diante da importância assumida pela economia como fonte de critérios para a atuação do Estado, ressaltar os interesses públicos que atuam na estabilidade do poder de compra da moeda e da estruturação do Sistema Financeiro Nacional visando o interesse da coletividade.

O artigo parte da premissa de que, assim como a Constituição, a realidade social também é estrutura dinâmica, não tendo, em momento algum, uma posição estática. Nesse sentido, fica manifesto que a Constituição, o Direito, a Economia e a sociedade são conceitos dinâmicos, surgindo um dos pontos em que o presente trabalho visa mostrar, qual seja: como se dá a integração entre a mudança no palco do Direito (especificamente na seara constitucional) e na realidade social.

Realizada a opção pelo método dedutivo, por meio das análises de casos concretos ocorridos na Constituição Federal, examinar-se-á como o poder econômico utiliza a teoria da mutação constitucional com o desígnio de manter seus interesses, razão pela qual serão apresentados quais parâmetros o intérprete-julgador deverá respeitar para que o direito posto idealizado em 1988 seja respeitado.

1 DAS VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Um ponto comum encontrado na doutrina é que a existência das chamadas “vicissitudes constitucionais”, linguagem empregada por Jorge Miranda (2007, p. 389), que é a necessidade de uma Constituição tentar adaptar-se à realidade social do momento, visto que continuamente a sociedade está em um processo

¹²⁶ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, pós-graduado pela Escola da Magistratura do Paraná, servidor do TJPR (Supervisor de Secretaria da 2ª Vara de Execuções Fiscais de Londrina), mediador judicial. E-mail damc@tjpr.jus.br.

de transformação e de automodificação. Além disso, uma sociedade em mudança também compõe o Direito, e este, ao mesmo tempo, também a influencia.

Vê-se que existe uma divisão nítida entre Constituição e sociedade, pois ambas caminham de forma autônoma, em tempos diferentes, porém sempre se integrando mutuamente.

São esses passos em tempos desiguais entre sociedade e Constituição que geram às “vicissitudes constitucionais”, momento em que o texto constitucional deverá passar por uma adaptação, adequando-se a nova realidade da sociedade, retomando sua força normativa perdida com a mudança social. É o que explica Jorge Francisco (2003, p. 35):

O Direito também é fonte de transformação social, representando o comando dirigente do processo social. Desse modo, a Sociedade e o Direito se apresentam numa relação de causa e efeito, ora a Sociedade determina o Direito e suas transformações, ora o Direito definindo diretrizes da própria Sociedade, a partir de programas e planos.

Destarte, a partir dessas “vicissitudes constitucionais” brotam na doutrina dois contornos de acomodação da Constituição à realidade: um pela via formal, entendido pelo sentido genérico que resulta das reformas já previstas na própria Constituição, e outro pela via informal, doravante chamada mutação constitucional (FRANCISCO, 2003, p. 35).

Verifica-se que as formas de mutação constitucional encontradas advêm na Constituição após sua verificação na realidade social, quase naturalmente, como uma readequação do texto normativa à inovação conjuntural político-social (GRAU, 2002, p. 18).

Outrossim, essas mudanças sociais acontecem de maneira natural e soam, do mesmo modo, incorporadas à Constituição naturalmente. Desse ponto de vista, nota-se que as mutações não são processadas, pensadas e desejadas, mas meros resultados evolucionais societários históricos.

2 ECONOMIA E DIREITO: UMA DICOTÔMIA SISTÊMICA

A Economia capitalista aperfeiçoa-se com a concretização da propriedade privada, ainda, após o triunfo da burguesia durante a Revolução Francesa foi consolidado o direito privado, por meio do Código Civil napoleônico. Logo, a relação entre Economia e Direito é vista nesse ponto de modo imbricado, pois referido diploma é indispensável à própria Economia, pois regulador das regras econômicas, ou seja, a aclamada “mão invisível do mercado” seria o diploma civil, que cria, regula e dá existência a Economia (SOUZA, 2002, p. 33).

Logo, o Estado, por meio do Direito, deixa sua posição de não interveniente, conforme modelo clássico liberal, para uma forma de intervenção

na Economia, seja por meio regulatório de mercados ou da força trabalhista, mas sempre garantindo a existência e a manutenção da propriedade privada (MOREIRA, 1987, p. 32).

Essa relação de coordenação entre Economia e Direito fica evidente com o fato de que o direito comercial, hoje chamado de empresarial, e o civil, surgiram antes do direito constitucional (ou direitos sociais). O Brasil é um exemplo de tal fato, onde o Código Comercial surgiu antes do Civil. Já na seara constitucional, somente após 1934 é que o Brasil entrou na fase do constitucionalismo moderno, passando a ocorrer a concessão de uma série de direitos sociais, trabalhistas e previdenciários. Tais fatos são em decorrência da conjuntura econômica de 1850, que buscava, tão somente, a regulamentação das atividades comerciais (DIMOULIS, 2007, p. 77).

Logo, a influência do Direito na Economia, principiou-se com a intervenção por meio do Código Civil e, posteriormente, com as conquistas sociais, foi que o direito constitucional passou a influenciar a Economia. Existe, outrossim, em face da mutualidade da relação, a influência da Economia no Direito. Ferdinand Lassalle (1998, p. 26) afirma que existem fatores reais de poder que influenciam o Direito, “os fatores reais de poder que atua no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes”.

Desse modo, permanece mútua influência condicionante entre a realidade econômica e realidade jurídica, porém, possuindo ambos tempos diferentes um do outro. Isso porque a economia altera a um ritmo inquietante na tentativa de atingir novos mercados, novas concentrações de capital, além de outros motivos. Por sua vez, o Direito possui uma velocidade de mudança lenta, burocrática, possuindo várias etapas legislativas (do lobby à sanção presidencial), até que possa, por intermédio de uma norma positiva, regular uma conjuntura econômica que já incide de fato (GASTALDI, 1998, p. 21).

A Economia precisa transmitir ao Direito suas necessidades e estabelecer o cumprimento de seus privilégios. Essas necessidades, que influenciam o Direito, residem nas alterações sociais ocorridas no núcleo essencial do capitalismo, como as alterações no conceito de propriedade. Desse modo, ocorrendo alteração nos elementos chaves da Economia, esta passa a pressionar o Direito a se atualizar. Eros Grau observando a relação entre direito posto e direito pressuposto, tem entendimento semelhante:

O direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto é condicionador da produção do direito positivado, de modo que “enquanto nível do todo social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção, porém por ele informado e determinado.

A compreensão dessa realidade nos permite verificar que o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento de mudança social (GRAU, 2002, p. 64).

Logo, a alteração da Economia pelo Direito por meio da sua força normativa se dá em uma determinada velocidade, porém a alteração na realidade econômico-social se dá em outra, sendo a pressão da Economia no Direito mais rápida do que a capacidade de regulamentação do Direito. Ficamos assim diante de dois problemas: a um, referente ao avanço da Economia em contradição com a legislação infraconstitucional e, a dois, com a contradição entre a Economia e a norma constitucional, ou seja, com a própria Constituição, ocorrendo aqui, o que Eros Grau denomina ilegitimidade superveniente:

A ilegitimidade superveniente caracteriza-se quando o texto normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo “imobilidade relativa das normas de direito posto” X “progressão contínua das realidades sociais”, a partir de determinado momento passa a configurar-se ilegítimo – isto é, torna-se adverso ao direito pressuposto (GRAU, 2002, p. 57).

Portanto, a discussão reduz a como a Economia agirá no campo jurídico infraconstitucional e no campo constitucional. Na esfera infraconstitucional, a questão é resolvida com o que Eros Grau denomina de “capacidade normativa de conjuntura” (capacidade do Poder Executivo resolver as diversidades entre a Economia e a Lei, por intermédio de seu poder de editar regulamentos): fica evidente que o Direito precisa, “como todo organismo vivo, estar em constante mutação, impondo-se a superação do descompasso existente entre o ritmo de evolução das realidades sociais e a velocidade de transformação da ordem jurídica” (GRAU, 2002, p. 61). Assim a vicissitude de certas situações e estados econômicos, sujeitos a constantes flutuações cominam na flexibilidade das ferramentas normativas lançadas pelo Estado para ajustar “desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura” (GRAU, 2002, p. 232).

Essa “capacidade normativa de conjuntura” (MORAES, 2006, p. 41) acaba sendo utilizada na prática, muito mais como mecanismo de garantia dos princípios econômicos contidos na Constituição e no Código Civil, do que, propriamente constitutivo de direitos.

Contudo, essa capacidade é limitada à seara infraconstitucional, ou seja, busca reparar tensões entre Economia e Direito a partir de política econômicas ou princípios gerais já pré-estabelecidos, isto é, ajuste pontuais, não servindo assim para a reparação na seara constitucional.

Portanto, permanecendo a tensão entre Economia e Direito no meio constitucional, nota-se que ela só será resolvida nesta seara por intermédio de uma reforma constitucional ou de uma mutação constitucional.

3 DA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AOS PARÂMETROS PARA O INTÉRPRETE-JULGADOR

O presente tópico parte da análise da ocorrência da mutação constitucional nos casos concretos para, então, estabelecer parâmetros ao intérprete-julgador. Dois casos são analisados: a questão da aplicabilidade da limitação anual de 12% aos juros nos termos do § 3º, artigo 192¹²⁷, da Constituição da República e a mutação no artigo 52, inciso X, da Carta Maior.

O primeiro trata da limitação dos juros. Expurgada da Constituição da República, a limitação constitucional dos juros é um forte exemplo da atuação do poder econômico na promoção da mutação constitucional.

Verificou-se que, logo após a promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de mutação constitucional, por meio de uma publicação no DOU de uma resolução do Banco Central afirmando que a Lei nº 4.595/64 (que dizia que as instituições financeiras não estariam sujeitas à limitação dos juros) ainda estaria em vigência, pois o parágrafo terceiro do artigo 192 da Carta Magna tratava-se de norma de eficácia contida, o que necessitaria de uma lei que o regulamentasse.

Em que pese o setor econômico ter tido uma derrota política com a inclusão da limitação anual dos juros em 12%, verificou-se uma grande articulação deste, pois embora com tal derrota, o governo (por meio do Banco Central) imediatamente lançou a tese de que o referido dispositivo não tinha eficácia, carecendo de norma reguladora, o que evitou, evidentemente, a imediata limitação dos juros como era a vontade do legislador constituinte. Após isso, tal argumento conseguiu a aprovação do STF, na qual este aceitou o argumento de que tal norma não detinha eficácia plena, necessitando assim de lei complementar (SILVA, 2002, p. 70-75).

Verifica-se, portanto, que, em um primeiro momento, houve uma mutação constitucional dirigida pelo poder econômico, o que deixou sem eficácia o art. 192, § 3º, da CF. Até o momento em que o poder dos Bancos cresceu de tal forma, que estes conseguiram a reforma constitucional, expurgando do ordenamento tal dispositivo, através da Emenda Constitucional nº 40/2003.

Sobre a aplicabilidade das normas, verifica-se que o art. 192, § 3º, da CF não necessitava de qualquer regulamentação, pois a proibição nele

¹²⁷ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

é simples e expressa: não poderiam ser aplicados juros maiores que 12% ao ano, sendo evidente que o texto da norma é suficiente em si mesmo. Esclarece José Afonso da Silva (2002, p. 102):

Na verdade, não nos parece possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais. Mas poder-se-ão fixar regras sobre o assunto, no que as conclusões da clássica doutrina norte-americana sobre ele podem oferecer, ainda, contribuição valiosa. Segundo essa doutrina, uma norma constitucional é auto-aplicável (correspondente, *mutatis mutandis*, às de eficácia plena) “quando completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime”. Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa ou juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz.

Portanto, o processo de mutação constitucional idealizado pelo poder econômico é manifesto, uma vez que houve uma mudança na realidade social (volta da liberdade de estipulação dos juros), mudança que foi provocada pelo poder econômico, bem como ocorreu a alteração do conteúdo da norma constitucional, visto que deixou de cumprir sua função original (limitar os juros), sem que essa alteração recaísse em uma mudança do texto constitucional, mantendo intacta a redação do dispositivo estudado.

Após a mutação, a influência política do poder econômico permitiu a edição da Emenda Constitucional nº 40/2003, a qual revogou os parágrafos do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, evitando qualquer risco de regulamentação posterior de limitação dos juros.

Destarte, ficou manifesto que o poder econômico foi aos poucos alterando o significado de uma norma constitucional, e que, por meio da mutação constitucional, não foi necessário usar um processo formal de alteração do texto constitucional, mantendo seus interesses, que preteritamente foram atacadas por uma decisão soberana.

Portanto, para manter seu cerne essencial, que é regulado e protegido na Constituição, contra qualquer alteração, mesmo decorrente do poder soberano

do povo, o poder econômico usou da mutação constitucional para atacar uma norma constitucional que ousou violar seu interesse econômico capitalista.

O segundo caso se refere ao inciso X, do artigo 52, da Constituição da República, onde os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, na reclamação nº 4.335-5/AC, votaram pela ocorrência de mutação no referido artigo¹²⁸.

Essa reclamação constitucional teve como reclamante a Defensoria Pública do Estado do Acre, e, como reclamado, o Juiz da Vara de Execuções de Rio Branco, do mesmo Estado. Aquela alegou que este deixou de dar cumprimento a uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em controle difuso de constitucionalidade, entendeu no julgamento do HC nº 82.959 pela inconstitucionalidade do § 1º, do dispositivo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Após a declaração do resultado do referido julgamento, a Defensoria Pública do Estado do Acre requereu ao respectivo Juízo a progressão de regime em benefício de diversos presidiários, aduzindo em seu favor a decisão do STF.

Entretanto, o Juiz da Vara de Execuções de Rio Branco indeferiu esse pedido de progressão, fundamentando que a declaração de inconstitucionalidade no julgamento do descrito HC aplicava-se apenas às partes envolvidas, alegando que só teria eficácia *erga omnes* se cumprido o disposto no artigo 52, inciso X, da CF, ou seja, que o Senado Federal suspendesse a execução dessa lei declarada inconstitucional na parte que vedava a progressão, suspensão esta que não ocorreu até aquele momento. Inconformada, a Defensoria Pública ajuizou tal reclamação alegando que o Juiz de Rio Branco estava descumprindo a decisão do Supremo Tribunal Federal, pedindo a anulação da decisão do magistrado de primeiro grau.

Na análise dessa reclamação, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela ocorrência de mutação constitucional, ficando, portanto, desnecessária a comunicação ao Senado para que a decisão atingisse o efeito *erga omnes*. O fundamento para essa decisão é encontrado em dois valiosos votos que consideraram esse problema sob dois aspectos distintos, mas obtendo conclusões similares. Em seu voto, observa Gilmar Mendes¹²⁹, uma linha pragmática:

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter à declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na

¹²⁸ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Reclamação 4335-5 AC – Voto. DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998). [...] Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*. De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF

tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Fica evidente que o referido Ministro mostra em seu voto a inquietação com a avalanche de processos parecidos, de mesma temática, que tanto agoniam o Supremo. Essa situação levou nova interpretação do Direito Constitucional, alterando a doutrina do controle de constitucionalidade, culminando com a mutação constitucional e resultando no entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade, em face da nova realidade, possui efeitos transcendentais, ou seja, que atingem outros casos análogos imediatamente, não sendo mais necessária a suspensão da lei pelo Senado.

Segundo Gilmar Mendes seria irracional aguardar a boa vontade do Senado Federal para retirar do ordenamento jurídico lei que já fora declarada inconstitucional, aduz ainda que tal ato seria conflitante, pois sendo a lei inconstitucional, é também nula, não necessitando de manifestação solene do Senado.

Verifica-se que, quando Gilmar Mendes constata a necessidade de alteração da Constituição Federal para que uma decisão do STF possua efeito para todos, sequencialmente surge-se outra mutação constitucional, que seria a desnecessidade do Senado manifesta-se sobre este assunto, o que resultaria no desuso do artigo 52, inciso X, da CF:

Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal. A ausência de disciplina sobre a matéria contribuiu para que o Supremo Tribunal se ocupasse do tema, especialmente no que dizia respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato (representação de inconstitucionalidade). Nessa hipótese, o Tribunal deveria ou não comunicar a declaração

de inconstitucionalidade ao Senado, para os fins do art. 64 da Constituição de 1946 (modificado pela Emenda n. 16/65)? Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema, tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato). Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69¹³⁰.

Portanto, o Ministro finaliza a ocorrência, no caso analisado, sustentado o esvaziamento da função do Senado Federal, culminado com o desuso do artigo 52, inciso X, da Constituição da República, operando desse modo a mutação constitucional, de modo que “o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei”¹³¹.

No mesmo sentido de decisão final, mas com fundamentos diferentes, encontramos o voto do ministro Eros Roberto Grau. Ele apresenta em seu voto a necessidade de complementação do texto da lei pela nova realidade da sociedade:

Aqui a segunda oposição, agora entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do direito. Uma, no processo legislativo; outra, no processo de produção normativa (produção da norma, pelo intérprete). Da mesma forma, tratando-se da Constituição, a oposição se dará entre uma dimensão constitucional textual e sua dimensão constitucional normativa. Mas esses dois momentos – o momento do texto e o momento da norma – não são expressivos de uma cisão na dinâmica jurídica, como se ela fosse divisível, como se a pudéssemos partir em distintos pedaços. Pois é certo que o texto é desdobrado, pelo intérprete, no momento da interpretação, de modo que o processo que o direito é, enquanto totalidade, aí não se interrompa; esse processo aí se completa¹³².

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Reclamação 4335-5/AC. DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹³¹ MENDES, op. cit., p. 25.

¹³² GRAU, Eros Roberto. Reclamação 4335-5/AC – Voto. DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

Fica evidente que o Ministro defende o papel do Poder Judiciário de captar tais transformações sociais, e assim de transformá-las em uma linguagem jurídica. Eros Roberto Grau demonstra em seu voto entender que a mutação constitucional seria um mecanismo de ajuste do sistema constitucional, corrigindo incongruências entre o texto da lei e a realidade social, essas causadas pelo rotineiro avanço da sociedade.

A modificação social que enseja a mutação constitucional no caso analisado é a nova correlação de forças entre os Poderes da República, transferindo o poder de retirar a eficácia *erga omnes* de uma norma que antes pertencia ao Senado, e agora passou para o Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, alterar a redação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Conclui-se pela ocorrência da mutação constitucional no referido dispositivo, operado unicamente dentro do STF, adaptando o texto constitucional a uma nova realidade política, culminando com o aumento de poderes da Corte Maior.

Portanto, hodiernamente, existe uma concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, o qual tem o poder de dizer se houve ou não mutação constitucional, mesmo contra a vontade soberana do povo que, no campo fático, já realizou a mutação (de fato).

O Poder Judiciário, ao decidir o que é ou não mutação constitucional, pode promover decisões arbitrárias que não são provenientes do consenso social, ou seja, contrárias à soberania popular. Destarte, o Judiciário também está submetido à Constituição e à soberania popular, não podendo, em momento algum, vir a substituí-los, transformando-se em um superpoder, como coloca Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2004, p. 270):

A interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisa do princípio da separação de poderes, com aquele juiz jugado *legibus* e não *secundum legem*.

Logo, só com o fim de um paternalismo do Judiciário e com o pleno exercício da soberania popular é que a mutação constitucional poderia ser aplicada de forma mais adequada, com o devido exercício do poder soberano do povo, como forma de racionalização do sistema constitucional.

CONCLUSÃO

O estudo do Estado Liberal possibilita a explicação das transformações ocorridas e permite projetar as novas modificações inseridas no Estado Social

que se revela diante dos direitos sociais, econômicos e individuais. A atividade econômica passou a ser restringida pelas normas legais diante de um Estado com postura intervencionista, prevalecendo o interesse coletivo sobre a vontade individual, caracterizando o surgimento da categoria dos interesses coletivos que marcam o texto Constitucional de 1988.

Analisando o modelo econômico do século XX, verifica-se que este engloba um mercado competitivo que exige políticas para atender o crescente consumo, no paradigma de aumento da circulação de capitais e títulos onde os bancos comerciais são intermediários das operações e contratos que realizam para atenderem às ideias da autonomia privada, atualmente temperadas pelos valores sociais inseridos no Estado Social de Direito.

No Brasil a atividade bancária é interligada ao Sistema Financeiro Nacional que trata de regular as autoridades monetárias de acordo com a atividade desempenhada e, ainda, o uso da mutação constitucional pelo poder econômico, visando à manutenção de seus interesses.

Com o estudo das referências bibliográficas foi cunhada a teoria da mutação constitucional, bem como as formas que esta ocorre, em especial por meio dos diversos tipos de interpretação do texto constitucional, o qual pode vir a alterar o significado da norma, sem, contudo, alterar o texto legal, valendo-se da ressalva de que a interpretação, pelas suas características, não cria direito novo, somente confere novos conceitos ao que já existe, tendo, assim, uma aplicação mais restrita na mutação constitucional.

Foram traçados os limites da mutação constitucional, ou seja, o próprio texto constitucional, bem como o limite político, uma vez que a realidade política de uma nação está dentro de sua própria Constituição, sendo que é esta realidade que vai determinar como e quando ocorre a mutação constitucional.

Dois casos concretos sobre mutação constitucional foram analisados, nos quais se observou uma grande concentração de poder pelo Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, o que ficou manifesto no tópico que analisou o dispositivo 52, inciso X, da CF.

No caso da limitação legal dos juros, ficou notório que o STF foi omissivo na aplicação efetiva e imediata da limitação dos juros, tal omissão gerou uma modificação no significado e alcance do revogado artigo 192, § 3º, da Carta Magna, transformando o dispositivo de eficácia plena em norma de eficácia contida.

Ficou comprovado no presente estudo como o poder econômico utiliza a Constituição, por intermédio das mutações constitucionais, para controlar a liquidez total do sistema econômico, a fim de garantir seus interesses, exemplificado no caso da limitação legal dos juros.

Existe hoje uma concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, o qual tem o condão de dizer se houve ou não houve uma mutação constitucional, mesmo contra a vontade soberana do povo que, no campo fático, já realizou a mutação (de fato).

O perigo está aí. O Poder Judiciário, ao decidir o que é ou não mutação constitucional, pode promover decisões arbitrárias que não são provenientes do consenso social, ou seja, contrárias à soberania popular posta em 1988.

É preciso ter cuidado, porque, evidentemente, o Judiciário também está submetido à Constituição e à soberania popular, não podendo, em momento algum, vir a substituí-los, transformando-se em um superpoder.

Em face disso, extrai-se o principal limite para a mutação constitucional, que é o próprio texto constitucional, bem como o limite político, uma vez que a realidade política de uma nação está dentro de sua própria Constituição, sendo que é esta realidade que vai determinar como e quando ocorre a mutação constitucional.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.
- DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 2. ed. São Paulo: RT. 2007.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mutações da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limond. 1986.
- FRANCISCO, Jorge. Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- GASTALDI, J. Petrelli. Elementos de Economia Política. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 1998.
- GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.
- GRAU, Eros Roberto. Reclamação 4335-5/AC – Voto. DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.
- LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Reclamação 4335-5/ AC – Voto. DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense. 2007.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2006.
- MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2002a.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Lições de Direito Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

FEMINICÍDIO E SUA HEDIONDEZ (Artigo 121, § 2º, VI, do CP)

Denise Hammerschmidt¹³³

Gilberto Giacoia¹³⁴

INTRODUÇÃO

A violência de gênero historicamente vivenciado pelas mulheres tem um vocábulo letal, ou seja, a morte violenta tem sido o fim de milhares de mulheres por todo o mundo, como produto de uma estrutura que legitima e produz violência não acidental, não ocasional e, recorrente. Este grave fenômeno social vem sendo chamado de feminicídio para evidenciar o sexismo e o machismo presentes em sua reprodução extensiva.

Em todos os lugares do mundo, diariamente, mulheres são vítimas de homicídio pelo simples fato de serem mulheres. Assim, para tentar prevenir e punir os crimes contra as pessoas do sexo feminino, foi sancionada a Lei 13.104/2015, conhecida como a Lei do Feminicídio, legislação que alterou o Código Penal (art. 121 do decreto Lei 2.848/40), incluindo o feminicídio como uma modalidade de homicídio doloso qualificado contra a mulher, inserindo-o no rol dos crimes hediondos.

A violência doméstica e familiar é uma das formas de violação dos direitos, expressando costumes e comportamentos socioculturais, trazidos desde os primórdios, com a ideia de superioridade masculina, em relação a mulher.

O Estado brasileiro demonstra a necessidade de políticas públicas de prevenção e conscientização, sendo indispensável investir nos meios de apoio e inclusão das mulheres violentadas. Logo, vê-se que a sociedade tem o dever de respeitar, proteger e promover o direito a uma vida livre de violência.

1 FEMINICÍDIO E SEU CONTEXTO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura a igualdade entre todos, sem distinção de qualquer natureza. Ainda, o referido dispositivo, garante que todos os cidadãos possam gozar de tratamento isonômico pelas leis, a fim de que sejam evitadas discriminações absurdas.

¹³³ Magistrada em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-doutora e Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona. Mestra em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona. Mestra em Direito Penal Supra-Individual pela UEM. Professora Visitante do Programa de Mestrado e Doutorado da UENP. E-mail: denise_hammerschmidt@hotmail.com.

¹³⁴ Procurador de Justiça e Professor Associado do Curso de Direito e do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Doutor em Direito pela USP e Pós-Doutor pelas Faculdades de Direito de Coimbra-PO e Barcelona/ES. Foi Procurador-geral de Justiça por 3 mandatos no Paraná e presidiu o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça. E-mail: giacoia@mppr.mp.br.

O legislador tem como intuito buscar não só a igualdade no contexto formal, mas também na igualdade material quando necessário for. Nesse sentido, (MORAES, 2010, p. 65) relata que os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Portanto, perante a lei, homens e mulheres possuem igualdade formal, devendo ser mantida para assegurar direitos, garantias e deveres a ambos. No entanto, a intenção do legislador com a lei do feminicídio é reduzir historicamente a desigualdade entre os sexos, já que sempre existiu a supervalorização da figura masculina na sociedade perante a mulher.

Para tanto, (HERMANN, 2007, p. 83 - 84) explica que não se trata de considerar a mulher como “sexo frágil”, mas de reconhecer que mulheres e homens vivenciam, na vida privada, no âmbito doméstico e nas relações afetivas, situações de desigualdade que propiciam o uso de violência contra as mulheres.

Assim, em busca da igualdade material, deve-se “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Nas lições de (NUNES JÚNIOR, 2002, p. 93), temos que o constituinte tratou de proteger certos grupos que a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas compensatórias, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades como os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Neste tópico, importante registrar que o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW, 1979), ratificada em 1984.

Art. 1º - “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

Como é sabido, foi a partir dessa Convenção que a violência contra as mulheres passou a ter maior visibilidade e ser reconhecida oficialmente como um crime contra a humanidade. O fundamento dos Direitos Humanos é o princípio de dignidade inerente à condição humana.

No plano nacional, a Constituição Federal de 1988 estabelece o direito à igualdade entre homens e mulheres, conforme dispõe o art. 5º, inciso I.

No plano infraconstitucional, o Código Civil de 2002, por seu turno, inovou significativamente, ao reconhecer a igualdade de gênero.

O Código Penal Brasileiro em seu artigo 121 trata do crime de homicídio, que é a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra, resta claro, que o bem jurídico protegido é a preservação da vida humana.

A Lei que incluiu o feminicídio no Código Penal brasileiro foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013.

Com a Lei do Feminicídio nº 13.104/2015 com o intuito de explicitar as situações que seriam consideradas como crime praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, os incisos I e II do § 2º- A do artigo 121 do CP, respectivamente, definem que estas serão aferidas nos casos que envolvam violência doméstica e familiar ou, ainda, menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Nos dizeres de (CUNHA, 2020, p. 62) o conceito de violência doméstica e familiar (inciso I) é obtido no art. 5º da Lei 11.340/06, isto é, assim se considera qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause a morte da mulher.

Os artigos 2º e 3º da Lei n.º 11.340/2006 - Maria da Penha - enumeram direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana que devem ser assegurados a toda e qualquer mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião: oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, além de condições para o efetivo exercício dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Nesse contexto, (LIMA, 2020, p. 1257) explica que, à primeira vista, fica a impressão de que o dispositivo seria de todo redundante, já que tais direitos seriam inerentes a todo e qualquer ser humano, seja ele do sexo masculino ou feminino. No entanto, quando nos lembramos que, historicamente, a construção dos direitos humanos ocorreu, inicialmente, com a exclusão da mulher, percebe-se a importância da explicitação de todos esses direitos e garantias fundamentais.

Consoante o artigo 6º da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Observa (NUCCI, 2006, p. 861) que o óbvio não precisa constar em lei, ainda mais se está dito, em termos mais adequados, pelo texto constitucional de maneira expressa e, identicamente, em convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, em plena vigência. De outro lado, o extenso rol de classificações realizado é, também, pueril, pois, quanto mais

se busca descrever, sem generalizar, há o perigo de olvidar algum termo, dando brecha a falsas interpretações. Inseriu-se independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião. Omitiu o legislador, por exemplos, os termos cor e origem e expressão procedência nacional. Por acaso mulheres de cores diversas gozam de direitos humanos fundamentais diversificados.

Para (LAGARDE, 2007, p. 33), a violência de gênero é a violência misógina contra as mulheres pelo fato de serem mulheres, situadas em relações de desigualdade de gênero: opressão, exclusão, subordinação, discriminação, exploração e marginalização. As mulheres são vítimas de ameaças, agressões, maus-tratos, lesões e danos misóginos. As modalidades de violência de gênero são: familiar, na comunidade, institucional e feminicida.

A título de informação, em 2019, conforme estudo da *Global American Report*, revela que o Brasil possui os piores registros de violência de gênero, mas que, contudo, não está incluído no estudo do ECLAC'S em razão da "falta de confiabilidade das estatísticas"¹³⁵. O Brasil também foi considerado o 5º (quinto) país que mais mata mulheres no mundo, em um conjunto de 83 países¹³⁶.

3 HIPÓTESES CARACTERIZADORAS DO FEMIMINCÍDIO

A nova figura (tipo penal) introduzida pela Lei 13.104/2015, apresenta uma preocupação com as mulheres, especialmente à violência em razão do gênero.

Partindo dessa premissa importante tecer as hipóteses que caracterizam o feminicídio: a primeira é a violência doméstica e familiar, e a segunda é a discriminação e o menosprezo à condição de ser mulher.

A primeira, o conceito de violência doméstica e familiar pode ser extraído do art. 5º da lei Maria da Penha, a saber:

Configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão "baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Na segunda hipótese, (BUZZI, 2014, p. 27) cita que:

A violência de gênero exterioriza-se através de atos violentos praticados em função do gênero a que pertence a vítima. Ocorre que a expressão é adotada praticamente

¹³⁵ Femicide and International Women's Rights. Disponível em: <https://theglobalamericans.org/reports/femicideinternational-womens-rights>. Acesso em: 29 mar.2020.

¹³⁶ Atlas da Violência (2019). Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019.pdf>. Acesso em: 29.mar.2020.

como sinônimo de violência contra a mulher, já que são elas as maiores vítimas de tais atos.

Ao escolher o sexo como critério, “é imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima” (SANCHES apud BITENCOURT, 2017, p. 96).

3.1 UNIDADE DOMÉSTICA

Conforme leciona (DIAS, 2012, p. 44), para que seja possível a caracterização da violência em análise, é indispensável que a conduta seja exercida na unidade doméstica na qual a vítima faz parte.

Ademais, o inciso I, do artigo 5º, da Lei Maria da Penha, dispõe o conceito de unidade doméstica como sendo “o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”.

Para (LIMA, 2020, p. 1261), a expressão “com ou sem vínculo familiar” associada à comparação com os demais incisos do art. 5º, deixa entrever que a existência de laços familiares ou de uma relação íntima de afeto entre agressor e vítima não é condição *sine que non* para o reconhecimento da violência doméstica e familiar praticada no âmbito da unidade doméstica, porquanto, nesta hipótese, o legislador presume a vulnerabilidade da mulher levando em consideração tão somente o aspecto especial, leia-se, o local onde foi praticada a conduta.

3.2 CONCEITO DE FAMÍLIA

No inciso II, do artigo 5º, da Lei Maria da Penha, temos que família é “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Sabendo que o conceito do termo família está em constante transformação e numa ‘visão pluralista’ para que sejam contemplados todos os modelos de família existentes, importante mencionar o posicionamento de (DIAS, 2012, p. 49 - 51) que também considera como família para os efeitos da Lei, os laços socioafetivos entre curatelados, tutores, afilhados e adoções à brasileira.

Nesse sentido, (NUCCI, 2014, p. 607) explana que a Lei inovou na conceituação de família ao dispor que esta não é constituída por imposição legal, mas sim pela vontade dos membros que as compõem. Portanto, pode ser considerado como família o casamento, a união estável, às famílias monoparentais (constituída por apenas um dos pais), anaparentais (inexistência da figura dos pais), homoafetivas (formada por pessoas do mesmo sexo) e as famílias paralelas (plurismo familiar), entre outras.

Ao contrário da hipótese anterior, o traço peculiar dessa hipótese de violência é a existência de vínculos familiares, pouco importando o local de cometimento da violência, que não necessariamente precisar ser o espaço caseiro.

Em outras palavras, (LIMA, 2020, p. 1262) menciona que havendo laços familiares entre agressor e vítima, pouco importa se a violência foi praticada no âmbito da unidade doméstica ou em qualquer outro ambiente. A violência familiar contra a mulher está caracterizada em ambas as hipóteses, independentemente de coabitação entre o agente e a ofendida.

3.3 RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO

Por último, o inciso III, do artigo 5º da Lei Maria da Penha, faz referência à relação íntima de afeto, onde (CUNHA, 2014, p. 60) conceitua como qualquer relacionamento estreito entre duas pessoas, embasado na camaradagem, confiança, amor, etc.

Sobre o assunto, (FULLER, 2010, p. 679) explana que, sem embargo de opiniões em contrário, parece-nos que esta relação íntima de afeto deve ser interpretada restritivamente, no sentido de abranger apenas relacionamentos dotados de conotação sexual ou amorosa (v.g., noivado). Por consequência, uma simples amizade, por mais próxima que seja, não pode ser etiquetada como relação íntima de afeto capaz de autorizar o reconhecimento de violência doméstica e familiar contra a mulher, vez que, em tais situações, dificilmente estará presente uma situação de vulnerabilidade, exatamente o que justifica o tratamento diferenciado conferido pela Lei Maria da Penha ao gênero feminino.

O STJ inclusive editou a Súmula 600¹³⁷ para afastar qualquer dúvida de que a lei incide independentemente de coabitação.

3.4 SUJEITO ATIVO

Antes de tecer considerações acerca dos sujeitos da qualificadora do homicídio, necessário dizer que sujeito ativo é aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal, enquanto o sujeito passivo é o titular do bem jurídico tutelado, ou seja, é a vítima – quem sofre a conduta praticada pelo sujeito ativo.

Assim, para que possa ser possível caracterizar a violência doméstica e familiar contra a mulher, não se faz necessário que a violência seja perpetrada por pessoas de sexos distintos. Dessa forma, o agressor tanto pode ser um homem (união heterossexual) como outra mulher (união homoafetiva).¹³⁸

¹³⁷ Súmula 600 do STJ: “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

¹³⁸ O STJ possui precedentes de ambas as Turmas no sentido de que o sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação. Nessa linha: STJ, 5ª Turma, HC 277.561/AL, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/11/2014, Dje 13/11/2014; STJ, 6ª Turma, HC 181.246/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20/08/2013, Dje 06/09/2013.

O artigo 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha, dispõe que não existe parâmetro quanto à orientação sexual dos envolvidos para restar caracterizada a violência doméstica.

Neste contexto, em que pese a quantidade irrisória de casos, a Lei – visando a proteção integral da mulher – abarcou a viabilidade da inserção da união homoafetiva feminina em casos de violência doméstica, albergando a possibilidade de ter como sujeito ativo a mulher (PARODI, 2009, p. 54 - 55).

As relações de parentesco também são passíveis de configuração da violência doméstica, nos casos em que restar presente a configuração do crime em razão do gênero. Logo, a título de exemplo, vem sendo reconhecida como violência doméstica e familiar a violência entre irmãos, ascendentes ou descendentes (DIAS, 2012, p. 59 - 60).

No entanto, (PORTO, 2007, p. 31) sustenta que não se justifica a aplicação da Lei Maria da Penha quando, no ambiente doméstico, familiar ou afetivo, a violência for perpetrada por uma mulher contra outra. Isso porque se o sujeito ativo também for uma mulher, não estaria presente uma pressuposta superioridade de forças, já que, nesse caso, a violência seria perpetrada entre pessoas supostamente iguais, o que não justificaria a aplicação das restrições da Lei Maria da Penha, criada para proteger o gênero feminino apenas quando presente uma situação de vulnerabilidade.

Sobre o tema (LIMA, 2020, p. 1260) ensina que não há como se afastar a aplicação da Lei Maria da Penha às hipóteses de violência doméstica e familiar perpetrada por um homem contra a mulher. Nesse caso, parece haver verdadeira presunção absoluta de vulnerabilidade.

Em tais situações, a desigualdade entre os gêneros feminino e masculino que justifica o tratamento desigual contemplado pela Lei Maria da Penha pode ser facilmente constatada, seja pela maior força física do homem, seja pela posição de superioridade que geralmente ocupado no seio familiar e social.

3.5 SUJEITO PASSIVO

É necessário procurar uma definição de quem seja o sujeito passivo. A vítima, em consonância com a letra da lei, há de ser mulher. No entanto, não se trata de uma questão tão simples, já que existem diferentes critérios para fins de conceituar “quem é mulher”.

Do ponto de vista biológico, mulher é aquela que apresenta características reconhecidamente femininas, determinadas pela genética e pares cromossômicos “XX”. Há também o ponto de vista jurídico, segundo o qual, o sexo da pessoa é aquele constante no registro civil. Será mulher se, no registro civil, constar expressamente “sexo feminino”¹³⁹.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.626.739/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Dje: 01.08.2017.

De acordo com (CUNHA, 2020, p. 110), no caso do transexual formalmente obtém o direito a ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, será considerada mulher. Acrescenta-se que apenas a desnecessidade da intervenção cirúrgica, pois, na ADI 4275¹⁴⁰, invocando sobretudo o respeito à dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal decidiu que transexuais podem alterar o nome e o sexo no registro civil sem que se submetam a cirurgia e sem necessidade de autorização judicial.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE HOMICÍDIO E FEMINICÍDIO

O artigo 121 do Código Penal visa a punição do homicídio, que nada mais é do que a morte injusta de um indivíduo praticada por outro.

Em análise sobre uma definição mais específica de homicídio, temos o conceito de (HUNGRIA, 1979, p. 25), o qual versa:

O homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral *médio da humanidade civilizada*.

De acordo com (HAMMERSCHIMIDT; GIACOIA; REINERT, 2020, p. 70), o homicídio trata-se da supressão da vida humana extrauterina, pois se essa for intrauterina, caracterizado estaria o aborto. Por outro lado, quando iniciado o trabalho de parto, a morte do feto poderá configurar infanticídio, intitulado no art. 123, CP.

Nesse contexto, a lei 13.014/15 inseriu o inciso VI para incluir no rol do art. 121 (homicídio), o feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino. A incidência da qualificadora reclama situação de violência, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.

Assim, vê-se que, apesar de serem institutos diferentes, o feminicídio está inserido no homicídio e, portanto, estão interligados.

5 NATUREZA QUALIFICADORA DO HOMICÍDIO

Com a nova lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275. Relator: Ministro Marco Aurélio.

No quesito da qualificadora, tem-se que esta pode possuir cunho subjetivo ou objetivo. Há, portanto, divergência doutrinária na seara jurídica, sobre a qualificadora - feminicídio - ser de natureza objetiva ou subjetiva, por isso faz-se necessário explicar sobre ambos os lados.

Ressaltando que uma circunstância de ordem objetiva está associada ao modo de execução do crime e de ordem subjetiva, caracteriza-se por uma motivação vinculada ao agente que cometeu o delito.

Nos dizeres de (HAMMERSCHMIDT; GIACOIA; REINERT, 2020, p. 94), a qualificadora subjetiva refere-se ao *animus* do agente e ao motivo que ensejou a consumação do crime, pertencendo, por conseguinte, à esfera interna do indivíduo.

Por outro lado, ainda de acordo com ((HAMMERSCHMIDT; GIACOIA; REINERT, 2020, p. 94), a qualificadora objetiva incide sobre os fatos praticados no crime, como, à título de exemplo empregar o uso de veneno ou fogo visando o sucesso da atitude criminosa.

5.1 NATUREZA SUBJETIVA DA QUALIFICADORA

Para (GOMES, 2015), a qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Segundo ele, sabe-se que é possível coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). Quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio. É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. Uma mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado lhe mata. E mata por uma motivação aberrante de achar que a mulher é de sua posse, que a mulher é objeto, que a mulher não pode contrariar as vontades do homem. Nessa motivação há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino. Em razão disso, ou seja, por causa disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva.

Sobre a características da qualificadora (BIANCHINI; GOMES, 2015, p. 21), adeptos à tese subjetiva defendem que, “não há como se pensar em feminicídio de natureza objetiva, caracterizando a qualificadora como de natureza subjetiva em sua totalidade”.

Para (BIANCHINI, 2016, p. 203 - 219), as qualificadoras objetivas são as que dizem respeito ao crime, enquanto as subjetivas vinculam-se ao agente.

E de acordo com o pensamento dos doutrinadores acima (BIANCHINI; GOMES, 2015, p. 21) sendo a qualificadora subjetiva não há possibilidade de reconhecimento de qualquer privilégio:

É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha

sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima.

De acordo com (CAPEZ, 2016, p. 253) “trata de uma qualificadora de natureza subjetiva, na medida em que diz respeito aos motivos determinantes do crime”.

Na mesma linha de pensamento (CUNHA, 2020, p. 67) explana que a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso no inciso I, do §2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ser um dado objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo: a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução.

5.2 NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA

Por sua vez, adepto à tese da natureza da qualificadora ser objetiva (NUCCI, 2017, p. 46 - 47) elucida que houve uma evolução da tutela especial que abarcava a Lei Maria da Penha com o intuito de tutelar de maneira mais eficiente a condição do sexo feminino. Para ele, a qualificadora do feminicídio é objetiva, pois o ato encontra-se relacionado ao gênero da vítima. Também sustenta que a ideia de qualificadora subjetiva (motivo torpe ou fútil) não está relacionada com a motivação do homicídio. Por ser objetiva, o autor acredita que há possibilidade de se conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo.

O posicionamento do STJ ¹⁴¹, sobre o assunto: “Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea”.

Como visto tanto o Superior Tribunal de Justiça, como os Tribunais afirmam que se trata de qualificadora de natureza objetiva.

As conclusões práticas sobre a natureza da qualificadora do Homicídio ser Objetiva: a) Sendo a qualificadora de feminicídio de natureza objetiva, é possível coexistir com a qualificadora de motivo torpe ou fútil e b) Para essa posição, é possível um “feminicídio qualificado privilegiado”.

Por fim, dada a magnitude real desse crime no país, reconhecendo o esforço legislativo em punir mais rigorosamente o feminicídio e para o enfrentamento de forma efetiva, essa autora filia-se à tese de que a natureza da qualificadora do homicídio é objetiva. Pensamento acompanhado pela doutrina majoritária brasileira.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1739704/ RS. Relator: Ministro Jorge Mussi, Dje: 26.09.2018.

6 FEMINICÍDIO - CRIME HEDIONDO E VEDAÇÕES LEGAIS – ALTERAÇÕES DECORRENTES DA “LEI ANTICRIME”

A Constituição Federal, no seu artigo 5º XLIII, dispõe que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos por crimes hediondos (...), o poder constituinte originário transferiu para o legislador ordinário a tarefa de classificar e definir os crimes que merecem o mesmo tratamento rigoroso. Nesse contexto, de acordo com o sistema legal, somente a lei pode indicar em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos.

Por tratar-se de crime hediondo, conforme versa a Lei 8.072/90, o crime de feminicídio possui algumas peculiaridades e vedações.

O art. 2º da Lei 8.072/90 estabelece que os crimes hediondos são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, sendo necessário enfatizar que a tentativa não afasta a hediondez.

A Lei Maria da Penha proibiu a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

Confirmando essa previsão, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 536¹⁴², proibindo a aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95 ao rito da Lei Maria da Penha.

No mesmo sentido, tem-se as Súmulas 588¹⁴³ e 589¹⁴⁴ do STJ, sendo que aquela diz respeito à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e essa sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância.

Ademais, não há possibilidade de acordo de não persecução penal (ANPP) por vedação do §2º, do art. 28-A, em seu inciso IV, do Código de Processo Penal, o qual estabelece que não há aplicação quando o crime ocorrer no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Salientando que ‘no acordo de não persecução penal’, um dos requisitos para o referido acordo é que o crime deve ser cometido sem violência ou grave ameaça, cuja pena ‘máxima’ não seja superior a quatro anos.

Também é vedada a “saída temporária para aqueles condenados que cumpram pena pela prática de “crime hediondos com resultado morte”. Essa é a nova redação dada pela Lei 13.964/19 ao artigo 122, § 2º., da LEP (Lei 7.210/84).

¹⁴² Súmula 536 do STJ: A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

¹⁴³ Súmula 588 do STJ: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

¹⁴⁴ Súmula 589 do STJ: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

Por sua vez a “saída temporária” constitui mecanismo componente do chamado “Sistema Progressivo de Cumprimento de Pena”, autorizada pelo Juiz da Execução.

E conforme (MARCÃO, 2016, p. 233) a “saída temporária” somente pode ser autorizada pelo Juiz da Execução, a “permissão de saída” é ato administrativo de atribuição do Diretor do respectivo estabelecimento.

6.1 HEDIONDEZ E PROGRESSÃO DE REGIME

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do Código Penal e da Lei de Execução Penal são os regimes aberto, semiaberto e fechado.

A progressão de regime para as penas privativas de liberdade - com base no comportamento e no cumprimento de uma parcela da pena - é um direito público subjetivo do apenado a passar para um regime menos rigoroso, previsto na forma do art. 33, § 2, do Código Penal.

Sobre a progressão de regime (GRECO, 2008, p. 512):

A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social.

Segundo (HAMMERSCHMIDT; LUTFI, 2020, p. 242):

O objetivo principal da progressão de regime é a inserção do indivíduo na sociedade, pois de tempos em tempos, a lei permite ao condenado que cumprir os requisitos por ela estabelecidos voltar a ter contato com o mundo exterior, de forma cada vez mais intensa.

Para ter acesso a progressão de regime, o apenado deverá cumprir dois requisitos: o requisito objetivo consiste em cumprir um determinado tempo da pena de reclusão imposta pela Justiça e o requisito subjetivo é pautado no bom comportamento carcerário, atestado por certidão emitida pelo Diretor da Unidade Prisional.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, o artigo 112 da LEP sofreu consideráveis alterações.

Importante apontar que a progressão de regime deixa de ser regulada pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), tendo em vista a revogação do art. 2º, §2º deste diploma legal.

No tocante a progressão de regime, a resposta estatal - a nova Lei Anticrime – tratou com maior rigor, em especial, para crimes hediondos e fez com que os lapsos temporais para aquisição do benefício progressivo, ficasse concentrado no artigo 112 da LEP - Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).

O inciso V trata sobre os crimes hediondos ou a eles equiparados, previstos na Lei 8.072/90 expondo que, caso o agente seja primário, deverá cumprir inicialmente 40% (quarenta por cento) da pena, para então progredir para o regime mais brando (nesse caso, o cumprimento inicial da pena é o mesmo do disposto no art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90, ou seja, 2/5 (dois quintos)).

No inciso VI, a Lei inovou e aumentou o período de cumprimento de pena para 50% (cinquenta por cento), nos casos em que ocorra a prática de crime hediondo e este tenha resultado morte e o agente seja primário.

No caso do agente ser reincidente nos crimes descritos anteriormente, deverá cumprir 60% (sessenta por cento) da pena, ou 3/5 (três quintos), conforme a redação do art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90, para então poder progredir para regime mais brando, nos termos do inciso VII, da Lei 13.964/19.

Por fim, após as mudanças provocadas pela “Lei Anticrime”, o agente terá que cumprir 70% (setenta por cento) da pena caso seja reincidente nos crimes hediondos com resultado morte.

Importante ressaltar que o regime de progressão de 2/5 e 3/5 para crimes hediondos e equiparados não existe mais, embora, o percentual de 40% (equivale a 2/5) e 60% (equivale a 3/5).

Sobre os critérios adotados para a progressão de regime (HAMMERSCHMIDT e LUTFI, 2020, p. 245):

(...) Com o advento da lei, os critérios passaram a considerar a gravidade do crime, bem como o histórico do indivíduo, entre outros. Cada critério corresponde a uma porcentagem de cumprimento de pena necessária para a progressão de regime (...)

Ao criar lapso temporal para fins de progressão de regime, o Estado adotou medidas criminais para reforçar a credibilidade do sistema.

Segue tabela demonstrativa para Crime Hediondo ou Equiparado:

Tabela 1 - demonstrativa para Crime Hediondo ou Equiparado

PROGRESSÃO DE REGIME DE ACORDO COM A LEI 13.964/2019 - “LEI ANTICRIME			ANTERIORMENTE DISCIPLINADA PELA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS
CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO	PRIMÁRIO	40% (ART. 112, INCISO V, DA LEP)	2/5 (ART.2º, § 2º da lei 8.072/90)
		50% (ART. 112, INCISO VI, ALÍNEA “A”, DA LEP) OCORRENDO RESULTADO MORTE	
	REINCIDENTE	60% (ART. 112, INCISO VII, DA LEP)	3/5 (ART.2º, § 2º da lei 8.072/90)
		70% (ART. 112, INCISO VIII, DA LEP) OCORRENDO RESULTADO MORTE	

6.2 HEDIONDEZ E LIVRAMENTO CONDICIONAL

O instituto do Livramento Condicional segundo (CUNHA, 2014, p. 444), trata-se de “medida penal consistente na liberdade antecipada do reeducando, etapa de preparação para a soltura plena, importante instrumento de ressocialização”.

Nas palavras de (PRADO, 2004, p. 655):

O livramento condicional consiste na liberação do condenado após o cumprimento de parte da sanção penal aplicada em estabelecimento penal, desde que cumpridamente observados os pressupostos que regem a sua concessão e sob certas condições estipuladas.

Após conceituar o instituto, importante mencionar que o livramento condicional configura a última etapa de cumprimento da sanção imposta.

Atualmente, no que diz respeito ao Livramento Condicional, o instituto também sofreu impacto significativo com as mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/2019 na redação do art. 83 do Código Penal do inciso III ampliando os requisitos legais em prol do Livramento Condicional.

A partir das alterações trazidas pela “Lei Anticrime” para a concessão do Livramento Condicional, o apenado - além de outros requisitos - terá que comprovar de acordo com o inciso, desmembrado em alíneas do art. 83, III do Código Penal:

- a) bom comportamento durante a execução da pena;
- b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
- c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e
- d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Importante frisar que o inciso VIII, do artigo 112, da LEP em sua parte final impede o Livramento Condicional, mas essa disposição foi desnecessária, pois a muito tempo o art. 83, V, do Código Penal, veda o livramento para aqueles que são reincidentes em crimes hediondos, independentemente do resultado morte.

Logo, a Lei 13.964/2019 expressamente vedou a concessão de livramento condicional ao condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte seja reincidente ou não de acordo com (art. 112, VI, “a”, e VIII, da LEP), a concluir que o Femicídio (homicídio qualificado e hediondo) é vedada essa benesse.

7 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA NO FEMINICÍDIO

Em razão do número crescente de casos de Femicídio, em 2018 foi sancionada a Lei 13.771 que estendeu o rol das causas de aumento previamente estabelecidas pela Lei 13.104/2015 (§7º, art. 121, Código Penal).

Logo, (HAMMERSCHIMIDT; GIACOIA; REINERT, 2020, p. 99) expõem que determinadas situações têm o condão de aumentar o tempo da pena de 1/3 até a metade, se o crime for praticado:

i) Durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto: Tanto o feminicídio praticado contra a mulher durante a gestação quanto nos três meses posteriores ao parto constituem-se mais graves porque ocorrem em período de extrema vulnerabilidade, tanto física quanto psicológica.

ii) Contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem a condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental (redação dada pela Lei 13.771/2018): O artigo 121, §4º, do Código Penal já previa o aumento de pena nos casos de homicídios dolosos cometidos em face da pessoa menor de 14 anos e maior de 60 anos. Contudo, o aumento não era devido aos crimes praticados em razão da violência de gênero e previam o aumento fixo de 1/3 da pena.

iii) Na presença física ou virtual de descendente ou ascendente da vítima (redação dada pela Lei 13.771/2018): Nesse caso, a causa de aumento se dá em virtude do intenso tormento que o autor do crime provoca aos descendentes ou ascendentes da vítima que presenciaram o crime, física ou virtualmente.

iv) Em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 22 da Lei 11.340/2006 (incluído pela Lei 13.771/2018): A violação das medidas protetivas do agressor da mulher agora também provoca o aumento da pena de feminicídio.

8 DIFERENÇAS ENTRE LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO

Ainda que ambas tratem de casos de casos de violência contra a mulher, as referidas leis possuem textos distintos na legislação brasileira, mas que podem ser considerados complementares.

A Lei Maria da Penha, criada em 2006, tem como objetivo proteger a mulher que é vítima de violência doméstica, sendo que não define penas, não estabelece tipos penais, não atribui crime específicos, não é uma lei de caráter penal, não enquadrando em seu texto homicídios de mulheres.

O seu intuito é informar sobre a forma que as mulheres devem ser tratadas para que não sofram novas agressões ou, em casos mais extremos, sejam mortas, criando medidas protetivas para manter o agressor longe.

A Lei Maria da Penha foi implementada no Brasil justamente para dar efetividade no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, ou seja,

o instrumento legal que o legislador colocou em prática foi no sentido de assegurar a mulher vítima de violência.

A Lei nº11.340/2006 visa impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tais como agressões físicas, morais, psicológicas, sexuais entre outras, conforme o artigo 7º desta lei, solucionando um ato que há muito tempo está aferrado na cultura machista e arcaica do povo brasileiro.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, instante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A Lei Maria da Penha é caracterizada pelo vínculo familiar ou relação afetiva, em que haja situação de vulnerabilidade entre as partes conforme o

artigo 129, §9º do Código Penal:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Por sua vez, o feminicídio de acordo com o conceito posto por (BANDEIRA, 2013):

(...) é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. São crimes que ocorrem geralmente na intimidade dos relacionamentos e com frequência caracterizam-se por formas extremas de violências e barbárie. São crimes cujo impacto é silenciado, praticados sem distinção de lugar, de cultura, de raça ou de classe, além de serem a expressão perversa de um tipo de dominação masculina ainda fortemente cravada na cultura brasileira. Representa a última etapa de um continuum de violência que leva à morte. Em geral, é precedido por outros eventos, tais como abusos físicos e psicológicos, que tentam submeter as mulheres a uma lógica de dominação masculina e a um padrão cultura que subordina a mulher e que foi aprendido ao longo de gerações. Trata-se, portanto, de parte de um sistema de dominação patriarcal e misógino.

Para (NUCCI, 2016, p. 616) o feminicídio trata-se da eliminação da vida da mulher, que sempre foi tutelada pelo Direito Penal, na forma do homicídio. Em verdade, não significa o termo “homicídio” apenas eliminar a vida do homem, mas do ser humano, vivente no Planeta Terra (...). E continua dizendo que o “feminicídio é considerado homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar a mulher, valendo-se de sua condição de sexo feminino”.

A Lei nº 13.104/2015 (feminicídio) foi acrescida como qualificadora do homicídio ao Código Penal Brasileiro, uma hipótese que traz uma pena maior para o crime de homicídio, conforme já mencionado. Além disso, o feminicídio, foi inserido no rol dos crimes hediondos trazidos pela Lei 8.072/90

9 DA COMPETÊNCIA NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO

Com a promulgação da lei do feminicídio, houve algumas discussões acerca da competência para o processamento e julgamento do referido crime.

Conforme o art. 74, §1º do Código de Processo Penal Brasileiro, a competência para julgamento dos crimes contra a vida assim fica estabelecido:

Art. 74, §1º. Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previsto nos artigos 121, §§1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

Em regra, por ser crime doloso contra a vida, a competência para o julgamento é do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “d”) regra que se aplica ao julgamento, no entanto, no que tange ao processamento da instrução criminal, depende da Lei Estadual de Organização Judiciária de cada Estado.

A Suprema Corte brasileira, em decisão da 2ª turma ao *Habeas Corpus* 102150/SC, decidiu ser competente em julgamento de crime de homicídio qualificado pelo feminicídio, o juízo da Vara de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, até da decisão de pronúncia, caso seja reconhecida pelo magistrado, na qual, a partir de então, será encaminhado o processo à competência do juízo do Tribunal de Júri, isso se previsto na Lei de Organização Judiciária. Assim dita o Relator da presente decisão, Ministro Teori Zavascki:

Como o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, através da Resolução 18/06, instituiu o Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher, que, no caso, funciona junto à 3ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis, o processamento do feito, até a fase do artigo 412, do Código de Processo Penal, se dá no referido Juizado, em atenção ao artigo 14 da Lei 11.340/06. Este artigo determina que o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher se dará nestes Juizados.” (STF – HC: 102150, Relator: Ministro Teori Zavascki, DJe: 11.06.2014).

Assim, não há que se falar em uma usurpação da competência constitucional do Tribunal do Júri, já que, por fim, o julgamento do feito será realizado nele.

10 PEC 75/2019 - TRAMITAÇÃO ENCERRADA – IMPRESCRETIBILIDADE AMOLDADA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A PEC 75/2019 – Almejando alterar o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal para tornar imprescritível o crime de feminicídio. Segundo a autora, senadora Rose de Freitas (Pode/ES), a PEC aprovada pelo Senado tem como objetivo “reduzir a possibilidade de fuga de assassinos de mulheres”. O texto também impede o pagamento de fiança para o livramento condicional do acusado.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.5º

XLII - as práticas do racismo, do estupro e do feminicídio constituem crimes inafiançáveis e imprescritíveis, sujeitos à pena de reclusão, nos termos da lei:

..... (NR)”;

Art. 2º esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

A Emenda Constitucional entrou em vigor em 12 de novembro de 2019 assinado pelo Senador Davi Alcolumbre, atual Presidente do Senado Federal.

CONCLUSÃO

O feminicídio consiste uma categoria de análise feminista criada para nominar e visibilizar as diferentes formas da violência extrema, possibilitando falar de uma continuidade da violência baseada no gênero. Nomear a violência feminicida é reconhecer juridicamente uma forma de violência extremada praticada contra mulheres e, por isso, simbolicamente importante.

A violência baseada no gênero é um mecanismo político-cultural, cujo objetivo é manter as mulheres em desvantagem, a gerar desigualdade no mundo e nas relações com os homens. A violência permite a exclusão das mulheres do acesso aos bens, recursos e oportunidades. Contribui para a desvalorização, prejudica e intimida as mulheres e reproduz o domínio patriarcal.

Apesar dos progressos e avanços no quadro jurídico, o cenário brasileiro, a respeito dos direitos das mulheres está longe de ser satisfatório, pois todas as formas de discriminação contra as mulheres permanecem completamente desvinculadas das orientações e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

De qualquer forma, urge a necessidade de formulação de políticas de promoção da igualdade de gênero, como dimensão constitutiva dos direitos humanos, visando a implementação efetiva desses direitos.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Lourdes. A última etapa do ciclo da violência contra a mulher. Informativo Compromisso e Atitude – Lei Maria da Penha. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ijpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/10/informativo_impreso_edicao_3-novo.pdf. Acesso em: 24 abr. 2020.
- BUZZI, Ana Carolina de Macedo. Femicídio e o Projeto de Lei nº292/2013 do Senado Federal. Mon. UFSC. Florianópolis/SC: 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 588. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27588%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27588%27).sub). Acesso em: 21 abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 589. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 600. Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27600%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27600%27).sub). Acesso em: 21. abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 102150. Relator: Ministro Teori Zavascki, DJe: 11.06.2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25120643/habeas-corpus-hc-102150-sc-stf/inteiro-teor-123361710>. Acesso em: 24. abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 277.561. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 06/11/2014. JusBrasil, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153676127/habeas-corpus-hc-277561-al-2013-0316886-6/relatorio-e-voto-153676146?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19. abr. 2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 181.246. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 20/08/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24159001/habeas-corpus-hc-181246-rs-2010-0143266-0-stj/inteiro-teor-24159002>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1739704, Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe: 26.09.2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631769433/recurso-especial-resp-1739704-rs-2018-0108236-8?ref=serp>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, jan./mar., 2016.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal v. 2. Parte especial, arts. 121 a 212. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. v. 2. Parte especial: arts. 121 a 212.

18. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sergio de; BUENO, Samira; NEME, Cristina; FERREIRA, Helder; ALVES, Paloma Palmieri; MARQUES, David; REIS, Milena; CYPRIANO, Otavio; SOBRAL, Isabela; PACHECO, Dennis; LINS, Gabriel; ARMSTRONG, Karolina. Ipea, Atlas da violência. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha: Comentada Artigo por Artigo. 5. ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Volume único. 12. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação Penal Especial. v. 1. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- GOMES, Luiz Flavio. Femicídio: entenda as questões controversas da Lei 13.104/2015. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/femicidio-entenda-as-questoes-controversas-da-lei-13104-2015>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- GOURLEY, Robert. The Global Americans. Femicide and International Women's Rights. Disponível em: <https://theglobalamericans.org/reports/femicide-international-womens-rights>. Acesso em: 29 abr. 2020.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- HAMMERSCHMIDT, Denise; LUTFI, Rene Alceu Corsi. Dos Regimes. Lei de Execução Penal Comentada. 2. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Editora Juruá, 2020.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. REINERT, Bruna Anne. GIACOIA, Gilberto. Femicídio. Tratado dos Direitos das Mulheres. Curitiba: Editora Juruá, 2020.
- HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha: lei com nome de mulher. Campinas: Servanda, 2007.
- HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Verbatim, 2002.
- LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, v. XLIX, n. 200, p. 143-165, maio-ago, 2007. Disponível online: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120009>. Acesso em: 19.mar.2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial comentada. Volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Editora JusPodivm, 2020.
- NERY JÚNIOR, Néelson. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.

- São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penas e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. v. 1. 8. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Editora Forense, 16. ed., 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. Lei Maria da Penha – Comentários à Lei 11.340/2006. Campinas: Russel, 2009.
- PASINATO, Wania. Femicídios e mortes de mulheres no Brasil, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso em: 17 de abril de 2020.
- PONCE, María Guadalupe Ramos. Mesa de trabalho sobre femicídio/feminicídio. Traduzido por Valéria Pandjjarjian. In: CHIAROTTI, Susana; PÉREZ, Cecilia Heraud (org.). Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio. Lima: CLADEM, 2012.
- PORTO, Pedro Rui de Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. v. 1. Parte geral. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANCHES, Rogério apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 2. Saraiva, São Paulo, 2017.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

O HOMEM MÉDIO DO DIREITO PENAL: A CARACTERÍSTICA ORGÂNICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITO EQUÂNIME

THE MIDDLE MAN OF CRIMINAL LAW: THE ORGANIC CHARACTERISTICS OF RESTAURATIVE JUSTICE AS AN ALTERNATIVE FOR RESOLVING EQUAL CONFLICT

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna¹⁴⁵

Regina Martinello Gonçalves Lins¹⁴⁶

INTRODUÇÃO

Desde o início do estudo da teoria da culpa no direito penal, parte-se de uma estrutura objetiva, em que a consideração do que se esperar, ou imaginar, do agente que pode ou não ser sujeito passível de punição, desenha-se a partir de um conceito de “homem-médio”. De acordo com a lição de Selma Santana (2013, p. 136):

A doutrina penal tem mantido, já há alguns anos, e na linha da determinação estritamente objetiva do dever de cuidado —partindo-se da ideia de que o caráter normativo da culpa obriga a concretização do cuidado de acordo com critérios objetivos — a postura de buscar modelos médios de comportamento, intitulados de “homem ideal”, ou “homem médio”, “agente modelo”, “pessoa consciente e cuidadosa”, “reasonable man test”, “pessoa prudente e de discernimento”, e tantas outras denominações que se prestem à função instrumental de servir como parâmetros para a determinação do dever objetivo de cuidado. O critério definidor do tipo de ilícito culposo, nessa perspectiva, é um critério puramente objetivo, generalizador, que não considera as capacidades pessoais do agente concreto.

Ainda, de acordo com a mesma autora, há três correntes doutrinárias sobre o tema da individualização da capacidade do agente: teoria da dupla posição; teoria da individualização da capacidade; e teoria mista. Cada uma com suas perspectivas e peculiaridades, especialmente sobre a situação em que se consideraria a capacidade do agente, se quando há um plus ou minus, bem como, sobre a posição de tal consideração na estrutura da norma jurídica penal, se na tipicidade ou culpabilidade (SANTANA, 2013, p. 146)

¹⁴⁵ Juiz de direito, Pós-graduado e especialista em Direito Tributário, e-mail: erpm@tjpr.jus.br.

¹⁴⁶ Advogada, Pós-graduada em Direito Previdenciário, e-mail: reginamglins@outlook.com.

Não se está aqui a adentrar em posicionamento valorativo sobre as teorias atualmente reconhecidas sobre o enquadramento e conceituação do “homem-médio”, mas sim trazer a perspectiva doutrinária sobre o “homem-médio”. Assim, a partir desta perspectiva, o objetivo é demonstrar que o “homem real” passível, em regra, da aplicação do direito penal no Brasil não é aquele descrito como “homem-médio” pela doutrina.

Em breve explicação, a culpabilidade do agente deve ser aferida, dentro de um de seus elementos, confrontando a situação vivenciada pelo homem real, como aquela que se espera de um “homem-médio”. Conforme ensina Paula Greco Bandeira (2008, p. 227 - 249):

(...) para se verificar se o agente incorreu em culpa, deve-se analisar não o seu lado psicológico, aí incluídas as suas particularidades psíquicas ou morais (culpa in concreto), porque tais circunstâncias lhe são internas, mas, antes, impõe-se a comparação objetiva entre a sua conduta e a de um tipo abstrato – o *bonus pater familias* –, tomado como modelo geral de comportamento, que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano (culpa in abstracto). Assim, caso o tipo abstrato, hipoteticamente considerado nas mesmas circunstâncias externas do agente, não violasse a regra de conduta, o agente terá agido com culpa. Note-se que o tipo abstrato de comparação se traduz na figura do homem normal, o homem médio, avisado e prudente, que vive em sociedade, e age sempre, em determinadas circunstâncias, de modo uniforme.¹³ Trata-se, na expressão de CHIRONI, do *homo economicus*,¹⁴ e não de um super-homem. Ao propósito, afirma DE PAGE, que o homem médio não pode ser o *homo juridicus*, uma pura abstração, pois que este seria irreal e absurdo, mas o homem abstratamente diligente prudente e circunspecto. Nos ordenamentos romano-germânicos, refere-se, comumente, à noção de *bonus pater familias*, a qual corresponde, nas famílias anglo-saxãs, ao *reasonable man*.

O que se apresenta na prática, entretanto, é um cenário que distancia, e muito, qualquer possível comparação entre o provável homem médio e aquele passível da justiça criminal, conforme se demonstrará a seguir.

Na sequência é exposta a discussão do homem real, a partir de um tensionamento entre o conceito do “homem médio” e dados estatísticos sobre o indivíduo de fato aprisionado no Brasil atualmente. Posteriormente, será exposto o instituto jurídico da Justiça Restaurativa, o qual não foca apenas na punição do transgressor, mas também na reparação do dano, com o objetivo de evitar novos crimes e dar uma resposta eficaz para a vítima.

Esse trabalho é encerrado com as seguintes conclusões: a) de que a Justiça Restaurativa é um instituto que pode ser usado pelos Tribunais afim de dar uma efetiva resposta ao crime cometido, não apenas punindo o acusado, mas fornecendo meios para que a normalidade seja restaurada; b) a explanação da ideia de que o “homem médio” não é a grande maioria dos homens encarcerados no Brasil, podendo a Justiça Restaurativa dar uma solução mais próxima da realidade, não apenas punindo e sim restaurando.

2 O HOMEM-MÉDIO REAL

A construção doutrinária do “homem-médio”, conforme exposto acima, leva em conta um sujeito com conhecimento mínimo, com ação prudente e ciente dos mais básicos elementos familiares e estruturais. Isto seria, para quaisquer das doutrinas, o mínimo exigido de um homem-médio. Quanto a tal ponto, não há celeuma relevante.

Diz-se isto em razão de que:

(...) o tipo abstrato de comparação se traduz na figura do homem normal, o homem médio, avisado e prudente, que vive em sociedade, e age sempre, em determinadas circunstâncias, de modo uniforme. (POLIZEL, 2014, p. 101)

Todavia, a realidade carcerária no Brasil vai em direção diametralmente oposta.

Não há no Brasil, em sua esmagadora maioria, pessoas que possam ser consideradas como “homem-médio”, dentro dos parâmetros mínimos doutrinários, passível da justiça carcerária.

Em pesquisa realizada pelo Governo Federal e pelo Ministério da Justiça, mais de 75% (setenta e cinco por cento) da população carcerária não chega ao ensino médio, sendo que poucos destes, conseguem, efetivamente, finalizar o ensino básico.

Ou seja, aqueles a quem se dirige a norma penal no Brasil, em regra, não possuem, sequer, um ensino mínimo.

No site “Educa Brasil”, tem-se o conceito do que é o ensino fundamental:

O atual ensino fundamental de 9 anos (anos iniciais e finais) tem uma base nacional comum, que é complementada pelas instituições de ensino de acordo com a sua proposta pedagógica e as características regionais e sociais de onde ela se localiza. Nesta etapa da educação são difundidos os valores sociais, os direitos e os deveres dos cidadãos, bem como a noção de respeito ao bem comum e à ordem democrática. É no ensino fundamental também que os estudantes são incentivados à ter iniciativa, a desenvolver sua autonomia e várias outras coisas.

Pois bem, é claro que, se a maioria da população carcerária sequer possui este ensino fundamental, não foi prestigiada com a mínima noção de respeito ao bem comum, à ordem democrática, ao desenvolvimento de sua

autonomia, enfim, segmentos básicos e basilares de formação do ser humano, e menos ainda o chamado “homem-médio”.

De outro lado, o ensino médio é assim qualificado:

O que é o ensino médio? Última etapa da educação básica brasileira, o ensino médio tem duração de três anos e seu principal objetivo é aprimorar os conhecimentos obtidos pelos estudantes no ensino fundamental I e II, além de prepará-los para o mercado de trabalho, seja para ingressar imediatamente em uma profissão (possível com a união entre ensino médio e técnico) ou conseguir uma vaga numa Universidade e assim construir aos poucos uma carreira de nível superior. Durante o ensino médio o adolescente já possui mais independência e está apto para tomar suas próprias decisões. Sendo assim, todo o esforço envolvendo os estudos deve partir dele, e não dos professores, que estão nas salas de aula prontos para ensinar e auxiliar no processo, mas só isso: estudar nas horas vagas, desenvolver trabalhos e pesquisas e investir no futuro profissional só o aluno pode fazer. Além disso, a adolescência é uma fase que envolve não só questões relacionadas aos estudos, mas também a personalidade do jovem. O ensino médio é, então, uma etapa que permite a criação e o fortalecimento de laços de amizade que podem até mesmo durar a vida toda, além de proporcionar atividades que envolvem o autoconhecimento e outras questões.

Desta feita, afirma-se com tranquilidade que, de cada quatro, três encarcerados não possui a menor condição de ser considerado, conforme a doutrina, portador dos requisitos necessários para ser classificado como “homem-médio”. E isto não é algo subjetivo, é um fato objetivo, pois a estrutura de formação do ser humano, conforme currículo escolar nacional, prevê etapas que não são oportunizadas a, pelo menos, 75% da população carcerária.

É importante recordar que não se trata de uma escolha do encarcerado, pois é dever do Estado propiciar, prover e estimular o jovem e adolescente ao estudo. Neste raciocínio, não é demais afirmar que o Estado falha ao não prover educação mínima à mais de 75% da população que se encontra encarcerada. Mas apesar de não propiciar o arcabouço para que o mesmo possua o discernimento, conhecimento sobre direitos, deveres, formação social, cultural, o Estado não se omite no momento de remeter ao cárcere estes cidadãos. (NOVO, p. 01)

Ou seja, a conclusão é que o “homem-médio” doutrinário utilizado para verificar o ato realizado pelo cidadão que comete um delito é de realidade educacional, social e cultural completamente diverso daquele a quem é direcionada e parametrizada, em regra, a aplicação da norma penal.

Vale reforçar que não se está a sugerir uma aferição subjetiva daquele que comete o ato ilícito, mas sim objetiva, pois objetivamente a maioria esmagadora dos cidadãos que cometem um ilícito não possui formação básica sequer para a compreensão de seus atos perante a sociedade. Em regra são inseridos em realidade nada similar àquela proposta pela doutrina ao enquadrar o chamado “homem-médio”.

Conforme já exposto, “o homem médio, avisado e prudente, que vive em sociedade, e age sempre, em determinadas circunstâncias, de modo uniforme” (POLIZEL, 2014, p. 101), é aquele padrão para a verificação do parâmetro do ato ilícito.

Mas de forma alguma pode-se afirmar que no momento de tal análise, verifica-se que este “homem-médio” não possui educação básica, é inserido em realidade de miséria, com vínculos familiares devastados.

Neste contexto, imaginar-se que este cidadão (que conforme visto, repisa-se, é a maioria dos encarcerados) é “avisado, prudente e age de modo uniforme”, seria supor uma realidade de galáxia distante, mas de nenhum modo a vivenciada nos corredores dos fóruns e salas de audiências Brasil afora.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SEU CARÁTER ORGÂNICO

A Justiça Restaurativa vem tomando corpo no Brasil e no mundo, com uma perspectiva moderna, inovadora e com foco nas reparações dos laços rompidos com o ato ilícito. Passa-se de uma visão punitiva, para aquela que coloca a vítima e as relações sociais atingidas pelo crime na perspectiva principal, bem como a reparação dos danos ocasionados.

O ensinamento do “pai” da Justiça Restaurativa abarca a alteração na concepção desta modalidade do fazer diferente e sob nova perspectiva (ZERN, 2015, p. 27):

O movimento de Justiça Restaurativa começou como um esforço de repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo. Os defensores da Justiça Restaurativa examinaram as necessidades que não estavam sendo atendidas pelo processo legal corrente. Observaram também que e por demais restritiva a visão prevalente de quais os legítimos participantes ou detentores de interesse no processo judicial.

A Justiça Restaurativa expande o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou tem uma posição em relação ao evento ou caso) ampliando-o para além do Estado e do ofensor a fim de incluir também aqueles diretamente vitimados e os membros da comunidade.

Com esta visão de necessidades e papéis marcou a origem do movimento, e pelo fato de a estrutura de necessidade/papéis ser tão inerente

ao conceito, é importante começar nossa revisão desse ponto. A medida que o campo da Justiça Restaurativa se desenvolveu, a análise dos detentores de interesse tornou-se mais complexa e abrangente.

Conforme ensinam Joseneide Gadelha Pamplona Medeiros e Nirson Medeiros da Silva Neto:

Justiça restaurativa é uma forma de imaginar, praticar e vivenciar a justiça que se caracteriza pela inclusão de todos os afetados por uma dada situação de conflito que envolva danos, configurada ou não como crime ou ato infracional, com foco sobretudo no atendimento de necessidades e direitos humanos, na prevenção da violência (em suas diferentes expressões, a saber, direta, estrutural, institucional e cultural), assim como na reparação dos danos e na restauração do tecido social rompido em razão de uma ofensa. Esta abordagem apresenta potencial para favorecer processos dialógicos e emancipatórios no tratamento de situações conflitivas através do uso de tecnologias sociais que visam à responsabilização dos autores de atos danosos, à atenção aos traumas sofridos pelas vítimas e ao empoderamento de famílias e comunidades afetadas, reparando e fortalecendo os vínculos sociais estremecidos pelo conflito e pelos danos provocados. (2019, p. 01)

De pronto, apenas com o conceito proposto pelos autores acima, observa-se que o foco não é a punição pela punição, a retribuição pelo ato ilícito com penas de restrição de liberdade. Com círculos de paz, rodas de diálogos, processos de mediação, o ponto principal é entender, conhecer, compreender os envolvidos no ato ilícito e propiciar a reparação dentro da realidade observada.

A característica de inter-relacionamento da Justiça Restaurativa vem explicada por Howard Zern (2015, p. 52) ao iniciar sua exposição sobre os valores da Justiça Restaurativa, sendo prudente sua reprodução para melhor entendimento e enfrentamento do tema:

Os princípios da Justiça Restaurativa são úteis apenas se estiverem enraizados em certos valores subjacentes. Muitas vezes esses valores não são claramente enumerados e as pessoas presumem conhecê-los. Contudo, para aplicar os princípios de modo coerente com seu espírito e propósito, devemos ser explícitos em relação a esses valores. Caso contrário, por exemplo, pode acontecer de utilizarmos um processo baseado na Justiça Restaurativa, mas acabarmos chegando a decisões não restaurativas. Para que funcionem adequadamente, os princípios da

Justiça Restaurativa (o centro e os raios) devem ser cercados por um cinturão de valores. Para que floresçam, os princípios que constituem a flor da Justiça Restaurativa devem estar enraizados em certos valores. Subjacente a Justiça Restaurativa esta a visão de interconexão mencionada acima. Quer reconheçamos ou não, estamos todos ligados uns aos outros e ao mundo em geral através de uma teia de relacionamentos. Quando essa teia se rompe, todos são afetados. Os elementos fundamentais da Justiça Restaurativa (dano e necessidades, obrigações e participação) advém dessa visão. Mas como apontado por Jarem Sawatsky este valor da interconexão deve ser equilibrado por um apreço pela particularidade de cada um. Ainda que estejamos todos ligados, não somos todos iguais. A particularidade é a riqueza da diversidade. Isto significa respeitar a individualidade e o valor de cada pessoa, e tratar com consideração e seriedade os contextos e situações específicos nos quais ela se insere. A justiça deve reconhecer tanto nossa condição de interconexão quanto a nossa individualidade. O valor da particularidade nos adverte que o contexto, a cultura e a personalidade são fatores importantes que devem ser respeitados.

O Magistrado Marcelo Nalesso Salmaso, uma referência em Justiça Restaurativa, pondera de maneira brilhante sobre a realidade enfrentada pelos cidadãos a quem se destina a norma criminal, e o papel da Justiça Restaurativa:

Para uma adequada compreensão da Justiça Restaurativa e de seus objetivos, mostra-se necessário enxergar o ser humano como um ser multidimensional e relacional, bem como, que a violência é um fenômeno complexo e multifacetado, para, assim, se desvelar as suas causas profundas. Todos nós, enquanto seres humanos, acreditamos necessitar de reconhecimento, tanto por parte de nossa comunidade e de nossa família como no próprio íntimo, por parte de nós mesmos, e, assim, precisamos ocupar um espaço e um lugar na sociedade que nos façam reconhecer a nós próprios com alguma finalidade no mundo e para o mundo, como “alguém”. Ocorre que boa parte das pessoas no mundo – o que se observa também na sociedade brasileira –, integra sistemas de convivência humana construídos e desenvolvidos sobre a base mecanicista e cartesiana, pautados pelas diretrizes do individualismo, do utilitarismo, do consumismo e da exclusão, as quais fomentam a competição, a dominação, o aniquilamento do outro, os discursos de ódio, a guerra. Em tais sistemas sociais, a identidade da pessoa, o ser “alguém” em meio ao grupo social e para si mesmo, resume-se à riqueza acumulada que permite consumir bens e ao poder sobre o outro, ideias que, muitas vezes, estão diretamente ligadas uma à outra. Inseridos em tal lógica, grande parte dos seres humanos estão

submetidos à violência, não somente àquelas de ordem física e psíquica, mas também à violência estrutural e cultural, obstados de acessar recursos e serviços que, em tese, deveriam estar disponíveis a todos, o que coloca boa parcela da população à margem da esfera de garantia do bem-estar e gera para tantas pessoas o sentimento de não pertencimento social, contexto este que se mostra como um fomentador de comportamentos de violência e transgressão. Em assim sendo, para o entendimento da Justiça Restaurativa em sua profundidade e potência, cabe delinear que, diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados tanto os seus aspectos individuais e relacionais, sem deixar de lado a responsabilidade de cada um pela própria conduta, mas também aqueles comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, com fluxos e procedimentos que cuidem de todas essas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como provendo-se espaços apropriados e adequados para que aconteçam.

A partir dessa premissa, por primeiro, é importante destacar que a Justiça Restaurativa não se resume a um método especial voltado à resolução de conflitos – apesar de contar com um rol deles, como, por exemplo, o processo circular –, pois tem como foco principal a mudança dos paradigmas de convívio social, por meio de uma série de ações, nas esferas relacional, institucional e social, coordenadas e interligadas pelos princípios comuns dos valores humanos, da compreensão, da reflexão, da responsabilidade individual e da corresponsabilidade coletiva, do tratamento dos danos, do atendimento das necessidades, do fortalecimento da comunidade e da paz.

Portanto, o objetivo final da Justiça Restaurativa é promover a construção de sociedades em que as relações sejam pautadas pela lógica relacional do cuidado, nas quais cada qual se sinta e seja responsável por si próprio, pelo outro e pelo meio ambiente, ou seja, instituindo a ideia de corresponsabilidade, de cooperação e de um poder com o outro, de forma a deixar de lado esse poder sobre o outro, que é causa de tanta insatisfação e, por conseguinte, de violência. Nestes termos, a Justiça Restaurativa busca o resgate do justo e do ético nas relações sociais e, portanto, mostra-se fundamental que a política e os projetos de Justiça Restaurativa sejam desenvolvidos pela comunidade, na comunidade, com a comunidade e para a comunidade – entendido o conceito de comunidade em sentido amplo –, a fim de que a implementação da Justiça Restaurativa seja resultado de uma construção coletiva, voltada aos fins maiores da transformação das estruturas das relações humanas na sociedade, e não exclusivamente aos objetivos de uma determinada instituição ou de um grupo de pessoas em detrimento de outras.

A Justiça Restaurativa coloca-se, então, como a anfitriã que recebe as pessoas dos mais variados contextos sociais da comunidade, com as suas diferentes visões de mundo, as quais, a partir do diálogo e pautadas pelos princípios restaurativos fundantes e orientadores, constroem caminhos de convivência razoáveis a todos e que tendam à não exclusão. E a participação comunitária na construção política da Justiça Restaurativa e na sua base de sustentação incentiva e garante que representantes da comunidade estejam presentes nas práticas restaurativas para

que possam oferecer suporte às necessidades de todos os envolvidos, direta ou indiretamente, no conflito, em procedimentos de resolução de conflitos plurais, dialógicos e coletivos, como ocorre nos processos circulares. Ademais, essas pessoas levam dali aprendizados e se articulam para atuar, preventivamente, nos fatores motivacionais da violência de forma a desarmá-los (2016, p. 01).

Utilizando-se da lição acima, é possível afirmar que a Justiça Restaurativa possui proposta que é possível classificar como orgânica.

O modelo de Organização Orgânica foi cunhado, inicialmente, por Burns e Talker (1960), os quais segregaram as estruturas organizacionais em mecânica e orgânica. A estrutura orgânica seria aquela focada no desenvolvimento de atividades organizacionais adequado às realidades sociais, comunitárias e atenta às alterações incessantes nas relações interinstitucionais e interpessoais.

Sem adentrar em maiores minúcias, esta situação de movimentação incessante das relações e a sua inadequação por parte das organizações mecanicistas (ou de “estabelecimentos concretos”, não passíveis de flexibilidade e adaptação ágil às mudanças) já era imaginada por Zigmund Bauman em suas obras acerca da pós-modernidade.

Para Bauman (2001, p. 46), a modernidade líquida diz respeito a uma nova época onde as relações sociais, econômicas e de produção são frágeis, fugazes e maleáveis, comparadas assim aos líquidos. Já a modernidade sólida, o sociólogo define como as relações que eram solidamente estabelecidas, tendendo a serem mais fortes e duradouras.

A ausência de lapso temporal e espacial, a liquidez da pós-modernidade, em algum momento, exigiria das instituições, e neste caso da Justiça Criminal, adequações constantes, pois as relações estão sempre mudando, mas os Tribunais Superiores e os legisladores não acompanham essas mudanças no mesmo ritmo.

Neste ponto, é de felicidade ímpar a exposição de Carlos Henrique Sosa Araque, em sua dissertação de Mestrado pela FVG, acerca da estrutura orgânica e seu viés social e de relação com as necessidades de adaptação do Estado:

A estrutura orgânica permitiria às organizações, ao Estado e à sociedade, ter um relacionamento mais adequado com uma realidade social, universal e cósmica que se revela harmônica em seus princípios. A estrutura orgânica organizacional parte das propriedades da metáfora orgânica, presente em qualquer sistema orgânico (biológico, atômico e cósmico), e surge a partir dos seguintes pressupostos: a realidade pode ser representada como uma estrutura em rede orgânica, e o comportamento das pessoas vem determinado pelo nível de consciência. A estrutura orgânica possui os princípios de Autopoiesis e do Holograma, e tem uma série de propriedades aplicáveis em nível organizacional, tais como adaptação, evolução, flexibilidade e homeostase. A sociedade orgânica viria modelada pelos

princípios e propriedades da estrutura orgânica, que induziriam o surgimento de comportamentos cooperativos e solidários dentro das instituições sociais, sobretudo aqueles relacionados com a organização do trabalho e a organização da economia. Adicionalmente, o paradigma orgânico conduziria ao estabelecimento das comunidades orgânicas. O Estado orgânico surgiria como decorrência de uma situação em que, o paradigma burocrático revelando-se inadequado para seu funcionamento, permitiria sua organização sob o paradigma orgânico. A substituição do paradigma organizacional burocrático-mecanicista vigente pelo paradigma orgânico, ocorreria de acordo com uma das seguintes alternativas: a) um processo intencional de mudanças minimalistas intercalado com ações radicais pontuais; ou b) uma situação de crise, em decorrência do impedimento do fluxo de mudanças naturais não implementadas. Propõe-se, assim, o paradigma orgânico como ponto de partida indispensável a mudanças conducentes ao bem estar individual e coletivo. (2000, p. 026)

Assim, ante a sua característica de adaptação com a situação em concreto, a flexibilidade dos meios de mediação e conciliação a serem aplicados pelos facilitadores nos círculos de conversa e de paz utilizados na Justiça Restaurativa, e mais importante, o foco na restauração dos laços pessoais e valorativos dos envolvidos, permite à este modelo de resolução de conflitos enxergar com acuidade a realidade da vítima, mas igualmente do cidadão que cometeu o ato ilícito, dentro de todas as suas realidades, perspectivas e valores.

A realidade social carcerária evidencia que a Justiça Retributiva enxerga de maneira míope o sujeito passivo da justiça penal brasileira, parametrizando este com um sujeito de comportamento médio, com valores e esperando atos razoáveis de suas ações. Esquece que aquele sujeito passivo, na realidade, e de forma objetiva, não possui sequer formação básica educacional, vive em situação dissociada de qualquer base social decente e foi desprovido dos direitos mínimos previstos na Constituição em razão da omissão estatal.

Adotar como “homem médio” uma ficção construída fora das bases reais objetivas da sociedade brasileira, e em especial daqueles que estão mais próximos de não terem a cognição de se portar como “homem médio”, em razão da falta de recursos e oportunidades promovidas pelo Estado, retrata a atualidade da Justiça Retributiva, e este panorama possui na Justiça Restaurativa um alento.

Tratar a Justiça Restaurativa como um instituto orgânico é, ao que parece, normal, pois busca adaptar a justiça à realidade social vivenciada, e possui como foco não mais a punição, a segregação necessária, mas sim a restauração de laços, valores, e a priorização do entendimento de vítima, ofensor e terceiros relacionados com o ato ilícito e suas consequências, permitindo aberturas para

a resolução do conflito e flexibilização conciliatórias tipicamente de estruturas orgânicas, não possíveis no modelo de justiça criminal vigente.

CONCLUSÃO

O “homem médio” da doutrina do direito, em especial da esfera criminal, classifica este objeto de parâmetro com o ofensor de maneira dissociada com a realidade social brasileira, de forma objetiva, e em especial quando se tem em foco a população carcerária nacional, a quem dirige-se a norma penal sob sua perspectiva de aplicação da lei e consequente encarceramento.

Diante deste dado objetivo de ausência de capacidade cognitiva da esmagadora maioria dos cidadãos inseridos no sistema carcerário, sem acesso à educação e valores, assim como ao alcance dos atributos mínimos que formam o conceito do chamado “homem médio”, propõe-se a Justiça Restaurativa com seu caráter orgânico como núcleo duro da política criminal atual.

Não se está a propor o afastamento das consequências dos atos ilícitos em face daquele que os comete, mas sim, aplicar um modelo de Justiça que permita o enquadramento da realidade objetiva do ofensor na perspectiva consequencial do seu crime.

A simples retribuição do ato, sem parametrizar o cidadão que o comete à sua realidade de vítima da omissão estatal, educacional e valorativa, que como visto, é a esmagadora maioria dos encarcerados sem sequer orientação básica, é prestigiar uma ficção à realidade. Pois ficto é o “homem médio” doutrinário, e real é o cidadão sem estudo, sem direitos mínimos, sem formação estrutural e que corresponde à mais de 75% da população carcerária.

A Justiça Retributiva vem, conforme verificado acima, tentando por teorias ainda em debate, adequar este conceito de “homem médio” de maneira a tornar menos injusta a aferição do ato ilícito ante a realidade de seu ofensor. Ocorre que ainda é embrionário o debate e não se observa em curto ou médio prazo significativa evolução que seja aceita pela doutrina e aplicada nas Cortes Criminais.

De outro lado, há na Justiça Restaurativa e seu caráter orgânico a oportunidade adequada para uma mudança de paradigmas, deixando de lado a ficção dissociada de mínima adequação com a realidade nacional do “homem médio”, e suas características que exigem atributos inalcançáveis para cidadãos sem acesso aos direitos constitucionais básicos, para que se trate o “homem médio” objetivamente real, com suas limitações impostas pelo sistema, e inserido em soluções de conflito que busquem restabelecer laços rompidos entre os envolvidos, prestigiando o entendimento de cada cidadão e suas realidades.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos inicialmente ao Conselheiro Luiz Fernando Tomasi Keppen pela instrução e apoio na Coordenação do Comitê de Justiça Restaurativa no

Conselho Nacional de Justiça, ao Desembargador José Laurindo de Souza Netto, expoente da Justiça Restaurativa no Paraná pelas lições e contribuições para estudo do tema.

Não menos, expomos o agradecimento ao Dr. Anderson Henrique Fogaça com seu estímulo acadêmico habitual, e ao Mestre e Doutorando Fernando R. Pinheiro M. Vianna que auxilia com seu conhecimento acerca das pesquisas e diligências em nossos trabalhos acadêmicos.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Paula Greco. A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 42, 2008.
- BAUMAN, Zigmund. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225, de 31 maio de 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- Educa Mais Brasil. Ensino Fundamental. Brasília/DF, 2021. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/etapa-de-formacao-e-series/ensino-fundamental-i>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- Educa Mais Brasil. Ensino Médio. Brasília/DF, 2021. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/etapa-de-formacao-e-series/ensino-medio>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- Governo do Brasil. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Brasília/DF, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- MEDEIROS, Joseneide Gadekha Pamplona; SILVA NETO, Nirson Medeiros da. *Justiça Restaurativa no Brasil: Experiências e Pesquisa de Sul a Norte*. Breve Histórico da Justiça Restaurativa no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. Plano de Ações da Coordenadora de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Pará (TJPA), *Revista Ciências da Sociedade*, 2019.
- Ministério da Justiça e Segurança Pública. Há 726.712 pessoas presas no Brasil. Brasília/DF; 2017. *Justiça.gov.br*, 8 dez. 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- NOVO, Benigno Núñez. *A Educação Penitenciária no Brasil e no Paraguai*. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/etapa-de-formacao-e-series/ensino-medio>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- POLIZEL, Rosana Boscariol Bataini. *Acidente do Trabalho: Responsabilidade Civil do Empregador e Culpa Exclusiva do Empregado*. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6384/1/Rosana%20Boscariol%20Bataini%20Polizel.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- SALMASO, Marcelo Nalesso. *A Justiça Restaurativa e sua relação com a Mediação e Conciliação: Trilhas fraternas e identidades próprias*, Brasília/DF, 2016.
- SANTANA, Selma Pereira de. *A Sociedade de Risco e a Repercussão das capacidades individuais do sujeito para a culpa não imputável*. *Cadernos de Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. 2013. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- SOSA ARAQUE, Carlos Henrique. *O paradigma orgânico e seus reflexos no indivíduo, na sociedade, no estado e nas organizações*. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas,

Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3345/1425042.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 fev. 2021.

KEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2015.

VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19, PROPRIEDADE INTELECTUAL E LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO

VACCINATION AGAINST COVID-19, INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPULSORY LICENSING

Anderson Ricardo Fogaça¹⁴⁷
Eduardo Augusto Salomão Cambi¹⁴⁸
José Laurindo de Souza Netto¹⁴⁹
Letícia de Andrade Porto¹⁵⁰

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 trouxe uma série de novos desafios para as sociedades contemporâneas. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o surto da doença, causada pelo novo coronavírus (Covid-19), constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Em 11 de março de 2020, a OMS caracterizou a Covid-19 como uma *pandemia*, isto é, uma doença endêmica (por atingir um grande número de pessoas) que se espalha por diversas regiões do mundo (CAMBI; PORTO, 2020, p. 239 – 273).

O presente trabalho se justifica em razão da necessidade da vacinação da população brasileira, como a medida mais eficiente de contenção da Covid-19. Serão analisadas as diretrizes estipuladas na Resolução 01/2021 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Também vão ser examinados os gráficos de imunização mundial, atualizados diariamente, sob a coordenação da Universidade de Oxford, na plataforma *Our World Data*.

¹⁴⁷ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba- BR

¹⁴⁸ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Graduação e Pós-Graduação (Doutorado e Mestrado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça. Coordenador-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas do Ministério Público brasileiro (CDEMP). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica. Curitiba-PR.

¹⁴⁹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade degli Studi di Roma La Sapienza. Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: professorlaurindojn@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

¹⁵⁰ Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Bacharel em Direito e em Relações Internacionais. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Sabe-se que a vacinação é o meio mais seguro de conter o avanço da pandemia. Todavia, diversas colisões de direitos fundamentais surgem quando da necessidade de imunizar uma grande parcela da população em um período curto de tempo.

De um lado, os laboratórios de pesquisa e grandes corporações investem grandes cifras na procura por um imunizante adequado e que possa conter o elevado grau de contágio da doença. De outro lado, a escassez de vacinas e a impossibilidade de imunização universal, agravada pelo direito à propriedade intelectual, criam barreiras sanitárias que contribuem para a mutação do vírus e atingem as populações mais pobres do planeta, que adoecem, morrem e ficam privadas de direitos humanos.

A hipótese da pesquisa sustenta que, apesar do conflito existente entre o direito humano à saúde da população (em especial, o acesso universal e gratuito às vacinas) e o direito econômico das indústrias farmacêuticas (relativo à propriedade intelectual que assegura estímulo financeiro às empresas), o licenciamento compulsório - no contexto sanitário contemporâneo - é uma alternativa que precisa ser considerada. As restrições temporárias ao direito à propriedade intelectual são importantes para ampliar a produção de vacinas, diminuir os seus custos, imunizar o maior número de pessoas possível, reduzir o contágio, poupar vidas humanas e prejuízos à saúde da população, sobretudo em países em desenvolvimento, como o Brasil.

Com efeito, a proteção ao direito à vida e à saúde pública, por meio da imunização da população, colide com o direito à propriedade intelectual das indústrias farmacêuticas. Tal conflito de direitos serve de suporte para o seguinte questionamento: De qual forma o licenciamento compulsório apresenta-se como uma solução mais adequada, menos gravosa e mais idônea para a contenção universal da pandemia de Covid-19?

O presente artigo pauta-se por uma matriz exploratória (GIL, 2002, p. 41), pautada no método dialético, mediante análise bibliográfica de normativas, resoluções e dados sobre a vacinação contra Covid-19, assim como na análise jurisprudencial, envolvendo casos em que o licenciamento compulsório foi estabelecido como medida benéfica de acesso à saúde da população mais vulnerável.

2 A RESOLUÇÃO 01/2021 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À VACINAÇÃO

A proteção dos direitos humanos abrange normas materiais previstas tanto no plano interno quanto no direito internacional.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, composto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tem sua jurisdição sobre toda a América. O Brasil, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve se ater não apenas ao diploma americano, mas também aos *standards* interpretativos resultantes das decisões da Corte IDH (CAMBI; PORTO, 2020, p. 239 – 273).

Em 10 de abril de 2020, a CIDH editou a Resolução 01/2020, para tratar da pandemia da Covid-19 e do seu impacto para os direitos humanos em toda a América. O continente americano é a região mais desigual do planeta, caracterizada por índices elevados de violência e de pobreza.

A precariedade ao acesso aos serviços básicos (como água e saneamento), as submoradias (com enorme contingente de pessoas vivendo em favelas) e as altas taxas de trabalho informal e de desemprego tornam o combate à Covid-19 ainda mais complexo. Tais fatores são agravados, na América Latina, por heranças provenientes de regimes ditatoriais, como a violência generalizada e o autoritarismo, que realçam a concentração de riquezas e a exploração de grupos minoritários, que incluem idosos, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, migrantes e refugiados, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI, com deficiência e afrodescendentes (CAMBI; PORTO, 2020, p. 239 – 273).

Do mesmo modo, a Corte IDH emitiu, em 09 de abril de 2020, a Declaração 1/20, sobre a Covid-19 e os Direitos Humanos, na qual exorta os Estados Membros da Convenção Americana a enfrentar a pandemia por meio do diálogo e da cooperação (internacional e regional) conjunta e solidária. Afirma, dentre outros pontos, que todas as medidas que possam restringir o gozo e o exercício dos direitos humanos devem ser limitadas no tempo, estarem em conformidade com critérios científicos, serem razoáveis, estritamente necessárias e proporcionais, bem como consistentes com os demais requisitos desenvolvidos na legislação interamericana de direitos humanos. Somado a isso, a Corte IDH ressalta que o uso da força para a implementação das medidas de contenção, por parte dos funcionários encarregados do cumprimento da lei, deve estar em conformidade com os princípios da necessidade absoluta, proporcionalidade e precaução, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana (CAMBI; PORTO, 2020).

O número de contaminados pela Covid-19 alcançou patamares alarmantes. Até meados de abril de 2021, foram registrados mais de 13 milhões de casos no Brasil e 375 mil mortes. Na perspectiva mundial, no mesmo período de tempo, foram contabilizados mais de 134 milhões de casos e 2,9 milhões de óbitos.

Considerando a explosão do número de pessoas contaminadas e de óbitos na América Latina, tornaram-se mais evidentes as falhas decorrentes da falta de vacinas, carência de tratamento médico adequado às pessoas infectadas, com denúncias envolvendo as más condições de infraestrutura e higiene dos locais de acolhimento, ausência de insumos e profissionais capacitados, além da precarização de informação sobre a prevenção e o correto tratamento médico a ser seguido¹⁵¹.

A América Latina é marcada pela não observância de direitos básicos dos cidadãos, como a saúde e educação pública. Há carência de acesso à água potável e à moradia, com infraestrutura e saneamento básicos. A ONU Habitat estima que 1,6 mil milhões de pessoas não têm habitação adequada.

¹⁵¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 04/2020 - Derechos Humanos de las Personas con COVID-19, de 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf> Acesso em: 9 abr. 2021.

Como essas pessoas vivem em espaços exíguos, com aglomeração de famílias numerosas, não é possível o cumprimento das medidas de prevenção e distanciamento social recomendadas pela Organização Mundial de Saúde.

A Resolução 04, de 27 de julho de 2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, procurou resguardar os direitos daqueles que foram contaminados pelo vírus Sars-Cov-2. O parágrafo 43 desta Resolução afirma a necessidade de os países integrantes da Organização dos Estados Americanos promoverem o acesso à água, alimentos e produtos de higiene às pessoas em situação de pobreza extrema com Covid-19¹⁵². Além disso, ressalta a importância dos Estados buscarem fornecer espaços temporários dignos para o isolamento e o cuidado das pessoas com Covid-19, particularmente aquelas em situação de pobreza, que vivem nas ruas ou em assentamentos informais ou precários. Também devem salvaguardar a suspensão de despejos, pagamentos de renda ou hipoteca para que as pessoas com Covid-19 possam cumprir as medidas sanitárias (CAMBI; PORTO, 2021).

As Resoluções emitidas pela CIDH revelam-se instrumentos de *soft law*, mas que não devem ser ignoradas ou mitigadas pelos Estados americanos. Servem como base para as diretrizes incorporadas no contexto da prevenção e combate à Covid-19. É importante que o Estado cumpra as obrigações assumidas nos tratados de direitos humanos, sob pena de incidir em responsabilidade internacional (CAMBI; PORTO, 2021).

As inquietações da CIDH resultaram na Resolução 01/2021, cujo objeto repousa nas vacinas contra o Covid-19 e nas obrigações interamericanas de direitos humanos. A imunização de uma grande parcela da população revela-se crucial para o controle da pandemia. Todavia, desafios impõem-se, como o surgimento de novas cepas do vírus, a existência limitada de doses do imunizante, e a descrença popular no resultado da vacina¹⁵³.

Para tanto, a CIDH estabeleceu critérios básicos para que se promova a distribuição igualitária e justa dos imunizantes, conferindo amplo acesso para os países mais pobres. A cooperação interestatal, com base na solidariedade, consubstancia-se em peça chave para findar a fase aguda da pandemia¹⁵⁴.

Na Resolução 01/21, a CIDH reforça que os Estados devem disponibilizar o acesso às vacinas e serviços de saúde sem qualquer forma de discriminação, em respeito ao princípio da igualdade. Nesse ponto, necessária a elaboração de um plano nacional de vacinação e a adoção de políticas públicas com um enfoque diferenciado, contemplando abordagens intersetoriais e interculturais, destinadas aos grupos vulneráveis, permitindo que superem a discriminação múltipla e as barreiras de acesso à saúde e à vacinação¹⁵⁵.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 01/2021, de 6 de abril de 2021. Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf> Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁵⁴ Idem. Ibidem.

¹⁵⁵ Idem. Ibidem.

Também, necessária a distribuição das vacinas respeitando a prioridade às pessoas com maior risco de contágio e maior risco de morte, caso contaminadas - como os profissionais da saúde, as pessoas idosas, pessoas com deficiência ou com comorbidades, povos indígenas, afrodescendentes, migrantes e pessoas que vivem em zonas urbanas superpovoadas em situação de pobreza ou pobreza extrema. Aqui não se olvida a especial situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade - principalmente aquelas com comorbidade e idosas¹⁵⁶.

Como critério norteador de priorização de acesso ao imunizante, a CIDH estabeleceu que:

[...] os parâmetros aplicáveis devem levar em consideração as necessidades médicas de saúde pública, as quais devem se basear: i) nas melhores evidências científicas disponíveis; ii) as normas nacionais e internacionais de direitos humanos que os vinculam; iii) princípios aplicáveis da Bioética; e iv) critérios desenvolvidos de forma interdisciplinar. Da mesma forma, tais critérios devem ser estabelecidos com base no princípio da máxima disseminação, buscando tornar transparente o processo e os parâmetros para sua adoção. Os critérios de priorização definidos devem estar sujeitos a mecanismos de responsabilização, incluindo possíveis ações judiciais no caso de tais critérios serem discriminatórios ou definidos em violação de outros direitos (tradução nossa¹⁵⁷).

O Estado também deve assegurar amplo acesso à informação sobre as vacinas, combatendo a desinformação. Da mesma forma, em se tratando de uma política pública sanitária, é necessário assegurar o consentimento prévio, livre e informado do indivíduo a ser imunizado. Nesse norte, a necessidade da vacinação da população levanta questionamentos quanto à imposição da obrigatoriedade da imunização. Em uma análise comparada, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu pela obrigatoriedade da vacinação contra covid-19, sublinhando sua necessidade, inclusive, em sociedades democráticas. O Tribunal assinalou que tal medida não viola o artigo 8 da

¹⁵⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 01/2021. Op.cit. p. 06-07.

¹⁵⁷ [...] Respecto de la definición de criterios de priorización en el acceso a la vacunación para prevenir el COVID-19, los parámetros aplicables deben tomar en cuenta las necesidades médicas de la salud pública, mismas que deben partir de: i) mejor evidencia científica disponible; ii) normas nacionales e internacionales de derechos humanos que los obligan; iii) principios aplicables de la Bioética; y iv) criterios desarrollados interdisciplinariamente. Asimismo, tales criterios deben establecerse con base en el principio de máxima difusión, buscando transparentar el proceso y parámetros para su adopción. Los criterios de priorización que se definen deben estar sometidos a mecanismos de rendición de cuentas, incluyendo posibles reclamos judiciales en caso de que tales criterios sean discriminatorios o se definen en violación de otros derechos. CIDH, 2021, p. 07.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, que tutela o direito ao respeito à vida privada. Esse posicionamento jurisprudencial reforça a necessidade da vacinação, em se considerando o atual estágio de contaminação que a Europa se encontra. Muito se deve à desinformação relacionada à doença, além do ceticismo que muitas pessoas a encaram, levando a posicionamentos contrários à vacinação (DW, 2021)¹⁵⁸.

A nível europeu, estima-se que apenas 14,2% da população do bloco da União Europeia tenha recebido a primeira dose do imunizante (e apenas 6% receberam ambas as doses), até meados de abril de 2021. A lenta imunização é atribuída ao atraso na entrega dos lotes das vacinas do laboratório britânico AstraZeneca - que entregou 30 milhões das 120 milhões de doses projetadas para o primeiro trimestre de 2021. Além da burocracia para a compra de imunizantes que permeia a União Europeia, e o atraso na entrega das doses adquiridas, os europeus veem a vacina do Laboratório AstraZeneca com ceticismo, mormente em função dos casos de trombose decorrentes da imunização. Entretanto, em um universo de milhares de vacinados, tem-se notícia de apenas 29 casos de complicações circulatórias relacionadas ao imunizante - número demasiado baixo para questionar a eficiência e eficácia da vacina (FERNANDES, 2021).

Em se considerando o número total de pessoas imunizadas no mundo, Israel lidera o percentual com 62% da população total vacinada, seguido por Reino Unido (pouco mais de 48%), Chile (40%) e Estados Unidos (quase 40%). Os dados coletados pela Universidade de Oxford, na plataforma Our World Data, indicam que, no Brasil, quase 12% da população já foi vacinada contra o coronavírus (UNIVERSITY OF OXFORD, 2021).

¹⁵⁸ Sobre a vacinação compulsória de crianças, o caso *Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, foi paradigmático. Cfr.: “In the Czech Republic there is a general legal duty to vaccinate children against nine diseases that are well known to medical science. Compliance with the duty cannot be physically enforced. Parents who fail to comply, without good reason, can be fined. Non-vaccinated children are not accepted in nursery schools (an exception is made for those who cannot be vaccinated for health reasons). In the present case, the first applicant was fined for failure to comply with the vaccination duty in relation to his two children. The other applicants were all denied admission to nursery school for the same reason. The judgment emphasises that in all decisions concerning children, their best interests must be of paramount importance. With regard to immunisation, the objective has to be that every child is protected against serious diseases, through vaccination or by virtue of herd immunity. The Czech health policy could therefore be said to be consistent with the best interests of the children who were its focus. The Court clarified that, ultimately, the issue to be determined was not whether a different, less prescriptive policy might have been adopted, as had been done in some other European States. Rather, it was whether, in striking the particular balance that they did, the Czech authorities had exceeded their wide margin of appreciation in this area. It concluded that the impugned measures could be regarded as being “necessary in a democratic society”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Vavříčka and Others v. the Czech Republic*. 2013. Court’s first judgment on compulsory childhood vaccination: no violation of the Convention. Press Release - 08.04.2021.

No Relatório 01/2021, a CIDH contemplou as empresas como atores relacionados à consecução dos direitos humanos para o desenvolvimento e distribuição das vacinas. É imperioso destacar a propriedade intelectual que circunda a fabricação dos imunizantes, as quais têm sido objeto de questionamento em função das patentes. A CIDH assinala que o atual momento busca a ampla troca de informações sobre o desenvolvimento das vacinas, de modo a assegurar que o valor econômico ou eventuais regulamentações não constituam obstáculo para a aquisição de insumos, tecnologias e imunizantes. Os Estados devem evitar ações que contemplem o nacionalismo sanitário frente ao contexto pandêmico, promovendo ações que eliminem obstáculos para a aquisição de insumos, tecnologia médica e vacinas¹⁵⁹.

O desenvolvimento de espaços que permitam o diálogo mútuo e a cooperação internacional consolida canais de intercâmbio de informações no que tange às estratégias exitosas e políticas públicas em direitos humanos. O desafio da imunização da população se estende a todos os países, todavia, a consolidação de espaços que permitam a participação efetiva da sociedade civil, instituições atuantes em direitos humanos, acadêmicos e especialistas em saúde pública e bioética, permite alcançar resultados comuns frutíferos e democráticos¹⁶⁰.

3 O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO E A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É imperioso destacar que existe conflito entre direitos fundamentais, conforme pontua Ingo Sarlet, «os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana» (SARLET, 2004, p. 110).

Em se tratando de conflitos de direitos fundamentais, as técnicas para sua solução se pautam pela ponderação. Nessa esteira, Ana Paula Barcellos (apud BARROSO (Org.), 2003, p. 57) frisa que:

O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

A ponderação perpassa três níveis: a identificação das normas de direitos fundamentais em colisão; o exame da situação e a repercussão em face das normas conflitantes; e a decisão através da atribuição de “pesos” aos elementos em colisões, também chamado de sopesamento (BESSA, s.d).

¹⁵⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 01/2021. Op.cit. p. 07-12.

¹⁶⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 01/2021. Op.cit. p. 12.

“O sacrifício de um dos direitos fundamentais deve ser adequado e necessário” (CAMBI, 2020, p. 588). Na presente pesquisa, o conflito de direitos a ser sopesado versa sobre o amplo acesso à saúde, através da disponibilização gratuita das vacinas contra covid-19 à população, e o direito privado da pesquisa e investigação que as empresas têm realizado em decorrência do desenvolvimento das vacinas contra Covid-19. As indústrias farmacêuticas verteram milhões de dólares para a elaboração de um imunizante eficaz em um curto espaço de tempo. Não se olvida que os pesquisadores cientistas têm como estímulo as patentes e incentivos financeiros que circundam a produção do imunizante.

A título exemplificativo, a Pfizer fechou um acordo com os Estados Unidos para a compra de 100 milhões de doses, com o preço individual de US\$ 19,50 - preço diferente daqueles para as vacinas da AstraZeneca/Oxford, estimado em US\$ 3,6, e Coronavac, de US\$ 10,30 (SATIE; OTOBONI, 2020). Recentemente, o governo brasileiro abriu crédito extraordinário da ordem de R\$ 20 bilhões para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia de Coronavírus¹⁶¹.

Canotilho (1993, p. 383) observa que ao cidadão cabe a menor desvantagem possível. Isso é, “necessária a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso” (CAMBI, 2020, p. 589). O Estado Democrático de Direito parte da premissa que todos os direitos fundamentais se encontram no mesmo nível, exercendo posição de destaque no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Ainda, tais direitos não podem ser limitados a conceitos fechados, devendo acompanhar a evolução do direito, rumo a uma concepção homogênea de direitos fundamentais (BORTOLOTTI; MACHADO, 2018). Essa homogeneidade é marcada pela compreensão unitária dos direitos fundamentais, tendo em vista o seu caráter indivisível e universal, consubstanciando verdadeiros “mandados de otimização, adotando a ideia de Alexy na perspectiva da realização na maior medida possível” (SCHÄFER, 2013, p. 95 - 96).

Na eventual colisão entre o amplo acesso às vacinas e o direito à propriedade intelectual, o licenciamento compulsório apresenta-se como alternativa, em sendo uma espécie de suspensão temporária do direito de exclusividade patentária - instrumento previsto no art. 71 da Lei 9.279/1996233. Trata-se, basicamente, da possibilidade de o Poder Executivo Federal, por meio de ato normativo próprio, licenciar a patente de maneira cogente, temporária e não exclusiva, fundado em interesse público ou emergência nacional, desde que o detentor daquela ou respectivo licenciado não atendam “voluntariamente” a citada necessidade, resguardados os direitos do titular. Ademais, conforme dispõe o parágrafo único do dispositivo legal, o ato concessivo fixará o prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação — materializando o caráter temporário (FOGAÇA, 2020, p. 96).

¹⁶¹ BRASIL. Medida Provisória nº 1.015, de 17 de dezembro de 2020. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 20.000.000.000,00, para o fim que especifica. Publicado em: 17/12/2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.015-de-17-de-dezembro-de-2020-294872325>. Acesso em: 12 abr. 2021.

Em decorrência da situação de emergência sanitária que assola o Brasil - e o mundo -, foram idealizadas alternativas para a estabilização do sistema de saúde, através de medidas de isolamento social - como o *lockdown* - aliado à vacinação da população. Entretanto, a compra de insumos e de imunizantes contra a Covid-19 apresenta diferenças e dificuldades em todos os continentes, figurando como objeto de críticas quanto à aquisição tardia e burocrática em vários locais, como no Brasil e na União Europeia. A burocratização atrasa o cronograma de vacinação, o que culmina em números insuficientes de imunizados aptos a conter o avanço da doença.

A Lei n. 13.979/20 decretou Estado de Emergência em Saúde, por conta da pandemia de Covid-19, que tem gerado impactos não apenas sanitários, mas de cunho econômico e social (COTRIM JUNIOR; CABRAL; FERREIRA, 2020, p. 77 – 99).

Em se estudando alternativas para promover uma vacinação mais ampla e rápida, o Projeto de Lei n. 1.462/2020 busca o licenciamento compulsório em razão do estado de emergência sanitária, quando decorrentes de declaração de emergência de saúde pública de importância nacional ou internacional. O Projeto de Lei busca alterar a Lei de propriedade intelectual (Lei n. 9279/96) no que tange à concessão de ofício da licença compulsória, não exclusiva e temporária, de modo a explorar a patente, sem prejuízo dos direitos do titular, quando declarada situação de emergência sanitária, ou em casos de interesse público. Tal hipótese revela-se possível, segundo o projeto de lei, quando o titular da patente permanecer inerte ou não atender à necessidade exigida pelo Poder Executivo Federal. A concessão do licenciamento compulsório, nesses casos, engloba “vacinas, medicamentos, diagnósticos, reagentes, dispositivos médicos, equipamentos de proteção individual, suprimentos e quaisquer outras tecnologias utilizadas para atender às necessidades de saúde relacionadas à emergência”¹⁶².

Quando concedida, a licença terá validade pelo prazo em que perdurar a situação da emergência sanitária de saúde pública, e será auferida remuneração, ao titular da patente, fixada em 1,5% sobre o preço de venda ao Poder Público, a ser pago pelo fornecedor do produto produzido sob licença¹⁶³. O Projeto de Lei n. 1.462/2020 prevê que o licenciamento compulsório se aplica à emergência sanitária produzida pela Covid-19, conforme se depreende da leitura de seu artigo 3o,

Art. 3o. Durante o Estado de Emergência em Saúde de que trata a Lei no 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, fica concedida licença compulsória, temporária e não exclusiva, enquanto perdurar a emergência nacional de saúde pública em virtude da pandemia de COVID-19, para autorizar

¹⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.462/2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q0coxo9ezk1k2a9gk6txqu519532779.node0?codteor=1872758&filename=PL+1462/2020 Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.462/2020. Op.cit

a exploração de patentes e pedidos de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular de tecnologias úteis para a vigilância, prevenção, detecção, diagnóstico e tratamento de pessoas infectadas com o vírus SARS-CoV-2, em especial, vacinas; medicamentos e correlatos; exames diagnósticos complementares e kits laboratoriais; equipamentos de saúde e outros dispositivos; insumos para a elaboração de produtos de interesse para a saúde; outras tecnologias úteis no combate à COVID-19¹⁶⁴.

Em relação à oferta e à demanda provocada pela crise decorrente do coronavírus, Dorival Fagundes et al lecionam que,

O acesso a esses itens a preços razoáveis e com a urgência necessária esbarra na capacidade de oferta das empresas e nas barreiras estabelecidas pela legislação que protege os direitos relativos à propriedade industrial. Grande parte desses produtos está ou poderá estar protegido por patentes e desenhos industriais, o que impede que sua oferta seja alargada pela entrada imediata de empresas no mercado produtor. No Brasil, há hoje mais de 330 patentes vigentes ou pedidos pendentes de análise no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) relacionados a ventiladores pulmonares, equipamento essencial no tratamento de portadores da Covid-19 em estado grave; e outros 30 associados a métodos e kits de diagnóstico de viroses respiratórias com possibilidade de detecção de tipos de Coronavírus. Inúmeras outras patentes relacionadas a medicamentos, vacinas ou equipamentos que podem auxiliar no desenvolvimento de uma solução para a pandemia já foram identificadas ao redor do mundo (COTRIM JUNIOR; CABRAL; FERREIRA, 2020. p. 79).

Com o intuito de conferir maior celeridade às patentes que envolvam a profilaxia do Covid-19, o INPI editou a Portaria n. 149/2020, conferindo prioridade de tramitação aos processos de patente que tenham como objeto produtos e processos farmacêuticos para diagnóstico, profilaxia e tratamento do Sars-Cov-2¹⁶⁵.

¹⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.462/2020. Op.cit.

¹⁶⁵ "Art. 12-A. Terá prioridade de tramitação o processo de patente cujo objeto está relacionado a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde para o diagnóstico, profilaxia e tratamento do Covid-19. § 1o O requerimento de trâmite prioritário deverá ser protocolizado, até o dia 30 de junho 2021, pelo depositante, titular ou terceiro interessado, pessoa física ou jurídica, e conter um esclarecimento indicando a relação da matéria do processo com o diagnóstico, profilaxia da população e/ou tratamento de pacientes do Covid- 19". BRASIL.

A “coronacrise” (MELLO et al, 2020) desestabilizou diversos setores, provocando um aumento nas demandas por produtos alimentícios, de higiene e farmacêuticos. Por outro lado, as ofertas do mercado não as acompanharam no mesmo ritmo. Isso porque “por se tratar de uma crise com origem na paralisação da esfera produtiva, sua verdadeira saída ocorrerá apenas quando a situação sanitária for controlada ou houver algum tratamento/vacina eficaz para o vírus, possibilitando a retomada da produção em condições normais” (MELLO et al, 2020, p. 3)¹⁶⁶.

A nível internacional, a proposta de suspensão das patentes de vacinas e medicamentos que combatem a covid-19 é objeto de apreciação pela Organização Mundial do Comércio - OMC. Índia e África do Sul apoiam a proposta, que também recebe apoio do diretor da Organização Mundial da Saúde, e da organização Médicos Sem Fronteiras. O objetivo da proposta repousa na facilitação da fabricação dos insumos e vacinas aos países menos desenvolvidos. Com a suspensão da patente, a imunização contra a Covid-19 será acelerada à nível global (NEHMI, 2021).

Por outro lado, há aqueles que defendem a resolução a partir da concepção de uma “terceira via”, através da ampliação do licenciamento de patentes, mas sem a suspensão da propriedade intelectual sobre elas. Não se olvida que o uso do licenciamento compulsório envolve diversas questões, como a preocupação que circunda a possível desestimulação dos laboratórios farmacêuticos que investem nas pesquisas para a elaboração do imunizante e de medicamentos (NEHMI, 2021).

Existem outras propostas para lidar com as patentes no mundo, não necessariamente vinculada à questão da Covid-19. A medida se dá do seguinte modo: para medicamentos que combatam doenças globais os inovadores farmacêuticos possam optar por ter os direitos de propriedade intelectual ou nos mercados dos países ricos ou nos mercados dos países pobres, mas não em ambos. Assim, no caso, por exemplo, dos medicamentos contra a HIV/AIDS, as farmacêuticas

Ministério da Economia. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. PORTARIA /INPI / No 149, DE 03 DE ABRIL DE 2020. Assunto: Altera a Resolução INPI PR no 239/19 para permitir o trâmite prioritário de processos de patente com tecnologia relacionada com o Covid-19 no âmbito do INPI. Revista da Propriedade Industrial. No 2570 07 de Abril de 2020.

¹⁶⁶ “Ao mesmo tempo é fundamental começar a planejar o pós-crise, quando a emergência sanitária for superada. Em primeiro lugar, será preciso reconstruir instrumentos públicos de coordenação do investimento, uma vez que o setor privado tende a sair muito frágil do ponto de vista financeiro, mais endividado e com menores receitas. Em segundo lugar, será preciso pensar em reconstituir os mecanismos de financiamento do Estado, promovendo reformas tributárias centradas em altas rendas e grandes patrimônios. Por fim, essas duas mudanças conjugadas abrirão espaço para repensar o modelo de capitalismo que prevaleceu mesmo após a crise de 2008, ainda que abalado em suas estruturas e crescentemente incapaz de promover o crescimento econômico e a inclusão social”. MELLO, G. et al. A Coronacrise: natureza, impactos e medidas de enfrentamento no Brasil e no mundo. Op.cit. p. 4.

realizariam suas pesquisas e desenvolvimentos nos mercados dos países ricos e deles obteriam seu retorno, enquanto os países pobres teriam acesso gratuito a essas tecnologias. Eles argumentam que esse sistema é um desincentivo menor à inovação, já que a maior parte dos lucros está nos mercados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sem ignorar que pode haver doenças globais cuja concentração esteja nos países em desenvolvimento, levando a pedir a proteção dos direitos de Propriedade Intelectual nesses mercados, servindo de incentivo às empresas (COTRIM JUNIOR; CABRAL; FERREIRA, 2020, p. 89).

O uso do licenciamento compulsório implica em uma série de consequências sociais, políticas e econômicas, contexto no qual se desperta frutífera, a Análise Econômica do Direito para tentar compreender (ou, ao menos, indicar) as diversas nuances que envolvem a celeuma. O caso paradigmático do licenciamento compulsório do fármaco Efavirenz (cuja titularidade da patente pertence ao laboratório farmacêutico Merck Sharp & Dohme), ocorrido em 2007, pode ser bem elucidativo nesse aspecto (FOGAÇA, 2020, p. 96).

Por força da Lei no 9.313/1996, mais precisamente em virtude de seu art. 1o, nasce o dever para o Sistema Único de Saúde de distribuir gratuitamente aos portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) “toda a medicação necessária a seu tratamento”. No mesmo ano, por forte pressão da política externa (SOUZA, 2011, p. 9), foi publicada a Lei de Proteção à Propriedade Industrial (Lei no 9.279/1996), a qual entrou em vigor em 14 de maio de 1997, nos termos de seu art. 243. Dessa reunião, aparentemente despropositada, surgiu o cenário de que todos os produtos comercializados antes de 14 de maio de 1997 se tornaram inelegíveis para patenteamento¹⁶⁷.

À vista disso, através da utilização de métodos de engenharia reversa, o laboratório “Far-manguinhos” descobriu a fórmula da maior parte desses antirretrovirais não patenteados e começou a fabricá-los, usando princípios ativos importados principalmente da Índia e da China. De acordo com Mello e Souza (SOUZA, 2011, p. 9), “até 2011, 9 dos 19 antirretrovirais usados no programa nacional de AIDS têm sido produzidos localmente”.

Ainda assim, os gastos com fármacos antirretrovirais (AVR) continuavam onerando substancialmente os recursos públicos destinados ao tratamento de pessoas portadoras de HIV. Nesse cenário, a combinação do uso de princípios ativos provenientes da Ásia, com o emprego de engenharia reversa e a competência de laboratórios públicos (tais como o Far-manguinhos”) para a confecção dos fármacos isentos de patentes, propiciou uma perspectiva favorável à utilização do licenciamento compulsório (como instrumento negocial

¹⁶⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo de. Op.cit; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Op.cit.

indutivo), gerando um grande poder de negociação do governo pátrio com os laboratórios importadores, época em que foi percebida grande economia¹⁶⁸.

Para se ter uma noção da situação caótica em que se chegou, no ano 2006, o passivo com antirretrovirais correspondia a 80% dos custos do Ministério da Saúde com medicamentos (SOUZA, 2011, p. 17).

Diante disso, em 4 de maio de 2007, por meio do Decreto no 6.108, o governo federal concedeu licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz para fins de uso público não-comercial, exclusivamente no âmbito do Programa Nacional de DST/AIDS e durante cinco anos — prorrogáveis por igual período —, pagando-se ao laboratório titular das patentes a remuneração de 1,5%. Particularmente, conforme noticiado no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, “essa medida provocou um impacto imediato de US\$ 31,5 milhões de economia para o país”¹⁶⁹.

Não obstante, a referida medida também rendeu um grande desconforto internacional, visto que, como aponta Mello e Souza, “multinacionais farmacêuticas e os governos de diversos países, sobretudo o dos Estados Unidos, consideraram a licença compulsória do Efavirenz desnecessária e ameaçaram reduzir os investimentos no Brasil” (SOUZA, 2011, p. 20).

Em 2001, o governo estadunidense esboçou um painel (espécie de comitê de arbitragem para analisar a lei patentária brasileira entendida por ele como “nociva”) na Organização Mundial do Comércio (OMC) contra o Brasil, o que foi, na dicção de Mello e Souza (2011, p. 20), compreendido como um ato reativo à intervenção do Estado brasileiro na “produção e precificação de medicamentos antirretrovirais altamente lucrativos patenteados por ou licenciados exclusivamente a empresas norte-americanas”. O Brasil reagiu na própria entidade internacional e por outros meios e, no final das contas, o governo dos EUA, depois do aval da associação das indústrias farmacêuticas local, recuou e pronunciou-se pela retirada da respectiva reclamação “em troca de garantias de que seria notificado antes de quaisquer produtos patenteados por ou licenciados para empresas norte-americanas serem licenciados compulsoriamente no Brasil”.

Estima-se que até 2012, quando a patente do produto americano expirou no Brasil, o país conseguiu economizar cerca de US\$ 236,8 milhões, com o licenciamento compulsório do medicamento (COTRIM JUNIOR; CABRAL; FERREIRA, 2020, p. 82).

Esse breve resgate sobre o emblemático caso do Efavirenz expõe variáveis a serem consideradas para a ponderação sobre o uso ou não do licenciamento compulsório.

¹⁶⁸ “Como resultado dos descontos concedidos pelas empresas multinacionais farmacêuticas, os gastos do Ministério da Saúde com terapias antirretrovirais declinaram de US\$ 336 milhões em 1999 para US\$ 167 milhões em 2002 apesar do aumento considerável do número de pacientes tratados, de 79.245 para 119.500” (SOUZA, André de Mello e. Acordo sobre... cit., p. 15).

¹⁶⁹ Publicado em 7 de maio de 2012, o texto informa a renovação, por mais um quinquênio, do Licenciamento compulsório do ARV Efavirenz. Para o acesso à íntegra, cf: <http://www.blog.saude.gov.br/30108-brasil-renova-licenciamento-compulsorio-do-efavirenz.html>. Acesso em: 13 abr. 2021.

Quanto aos benefícios, de início, tem-se uma vantagem negocial (ante a ameaça do emprego da licença compulsória como meio para conseguir descontos), o barateamento pela aquisição da fórmula, a possibilidade da criação de um estoque no caso de uma pandemia/epidemia, a ampliação da cobertura de pessoas atendidas, a contribuição para a sustentabilidade econômica do SUS, o maior acesso a bens e serviços de saúde e o desenvolvimento da indústria nacional (o que repercute na economia, com geração de empregos, por exemplo) (FOGAÇA, 2020, p. 99).

Noutro vértice, considerando o porte e o campo de influência das companhias farmacêuticas, o licenciamento compulsório pode ser um péssimo negócio, haja vista sua grande capacidade de repercutir nas relações internacionais com potências mundiais, abrindo lastro para o desencadeamento de uma série de problemas de ordem macroeconômica, tais como a retaliação em outras áreas produtivas, embargos econômicos, redução de novos investimentos externos no país e diminuição de inserção de novas tecnologias de saúde (e.g., princípios ativos mais recentes) (FOGAÇA, 2020, p. 99).

Da análise dos fundamentos apresentados, a primeira preocupação do governo brasileiro deve se pautar pelo “objetivo imediato de achatar a curva de disseminação do vírus para tentar compatibilizar com a capacidade do sistema de saúde, além de buscar ampliar sua capacidade atual”. Somado a isso, revela-se a necessidade da prestação da assistência à população e de uma política fiscal e monetária compatíveis com a crise, de modo a proteger, mais atentamente, a população vulnerável que mais tem sofrido (MELLO et al, 2020, p. 3).

CONCLUSÃO

Os direitos humanos são marcados pela universalidade, indivisibilidade e interdependência (RAMOS, 2020, p. 113). Eles são universais, porque aplicáveis a todos os seres humanos, independentemente de outra qualidade adicional como nacionalidade, opção política, orientação sexual, crença religiosa etc. Os direitos humanos são indivisíveis, pois possuem a mesma proteção jurídica (unidade incidível em si). Também são interdependentes, na medida em que, quando determinado direito humano é violado, todos os demais ficam vulneráveis e comprometidos. A interdependência e a indivisibilidade impedem que uma norma de direitos humanos seja interpretada e aplicada de modo isolado; ao contrário, ela deve ser compreendida levando em consideração a integralidade do sistema jurídico, porque todos os direitos humanos são igualmente relevantes e indispensáveis.

Por serem marcados pela universalidade, interdependência e indivisibilidade, a aplicação de uma norma de direitos humanos deve levar em consideração todos os direitos indispensáveis a uma vida digna e a defesa da saúde pública. Entre as várias interpretações possíveis, o intérprete e o decisor têm de optar por aquela que confira, a partir da Constituição e dos tratados internacionais, a máxima efetividade aos direitos humanos (interpretação conforme os direitos humanos).

Nesse contexto, as resoluções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por constituírem instrumento de *soft law*, consubstanciam-se em

uma espécie de diretriz interpretativa a ser seguida pelos Estados-parte. A resolução nº 01/2021 revela-se como um documento de extrema importância, que busca traçar estratégias jurídicas para a ampliação da vacinação na América Latina, respeitada a equidade e combatida qualquer forma de discriminação. Os dados de contaminação são alarmantes, sobretudo quando observada a rápida disseminação entre o chamado “grupo de risco” e os grupos vulneráveis, incluídos os idosos, indígenas, pessoas privadas de liberdade, crianças e adolescentes e mulheres gestantes.

A vacinação chegou à América Latina - e ao mundo, como um todo- com suspeitas quanto à eficácia, e em um número de doses aquém do necessário para a estabilização sanitária. Conflitos envolvendo patentes farmacêuticas e o direito à propriedade intelectual das vacinas encontram-se no centro da discussão da compra dos imunizantes, que acabam atendendo, inicialmente, países com maior desenvolvimento econômico e que têm condições de adquirirem maior quantidade das vacinas - limitando a imunização aos seus nacionais.

Ao remontar à pergunta de pesquisa, onde se questiona: de qual forma o licenciamento compulsório apresenta-se como solução para a contenção da pandemia de Covid-19, em se respeitando o desenvolvimento científico das vacinas? A resposta não é simples. O licenciamento compulsório se apresenta como medida que pode salvar muitas vidas, vez que a agilidade na vacinação é um fator importante na atual crise. A supremacia do interesse público é contemplada através do licenciamento compulsório, conforme se depreende do estudo de caso do fármaco Evavirenz, podendo contribuir para uma solução no momento atual de indefinição.

Para os laboratórios farmacêuticos, a “terceira via” apresenta-se como nova resposta à suspensão temporária da patente. Todavia, novos dilemas são revelados quando as corporações “precisam escolher entre resguardar os direitos de propriedade intelectual nos países ricos ou nos mercados dos países empobrecidos, mas não em ambos”.

Em um conflito entre acesso à saúde e o incentivo aos laboratórios farmacêuticos, projeta-se a busca pela estabilização da pandemia e a redução da crise sanitária e do número de mortes decorrentes do Covid-19. Não se olvida que os laboratórios farmacêuticos encontram nas patentes seus incentivos financeiros para a pesquisa científica. Todavia, ao se proceder à ponderação dos direitos em questão, através de lentes humanizadas, a resposta para o conflito encontra amparo na cooperação e na solidariedade. Isso porque, ao final da disputa, o direito à vida é aquele no qual é conferido o maior peso.

As vulnerabilidades que já existiam antes da crise sanitária se tornaram mais visíveis, razão pela qual se faz necessário um olhar mais próximo e atento ao desenvolvimento econômico e social dessas pessoas a partir da ótica dos direitos humanos. Por isso, a cooperação e o diálogo no plano internacional e interno precisam ser intensificados para que as diferentes ideologias e distintas visões políticas possam ser harmonizadas por critérios científicos, técnicos e éticos, indispensáveis para a proteção da vida, da saúde e da recuperação da economia (CAMBI, 2020, p. 589).

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESSA, Leandro Souza. Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução. s.d. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf> . Acesso em: 13 abr. 2021.

BORTOLOTTI, José Carlos Kramer; MACHADO, Guilherme Pavan. O reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais no brasil. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.015, de 17 de dezembro de 2020. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 20.000.000.000,00, para o fim que especifica. Publicado em: 17/12/2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.015-de-17-de-dezembro-de-2020-294872325> Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.462/2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q0coxo9ezk1k2a9gk6txqu519532779.node0?codteor=1872758&file_name=PL+1462/2020 Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Portaria nº 149, de 3 de abril de 2020. Altera a Resolução INPI PR no 239/19 para permitir o trâmite prioritário de processos de patente com tecnologia relacionada com o Covid-19 no âmbito do INPI. Revista da Propriedade Industrial, n. 2570 07.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. COVID-19: proteção da vida e da economia sob a ótica dos direitos humanos. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.1019, set. 2020.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. O direito das pessoas com Covid-19 e a atuação do Ministério Público. Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. 2021. No prelo.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo & Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. 3. ed.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. Resolución 04/2020, de 27 de julho de 2020. Derechos Humanos de las Personas con COVID-19. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf> Acesso em: 9 abr. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. Resolución 01/2021, de 6 de abril de 2021. Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf> Acesso em: 11 abr. 2021.

- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Vavříčka and Others v. the Czech Republic. 2013. Court's first judgment on compulsory childhood vaccination: no violation of the Convention. Press Release - 08.04.2021.
- COTRIM JUNIOR, Dorival Fagundes; CABRAL, Lucas Manoel da Silva; FERREIRA, Aldo Pacheco. A propriedade intelectual diante da demanda da pandemia de covid-19: definindo o interesse público à luz do marco jurídico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1022/2020, p. 77 - 99, Dez / 2020.
- DW. DEUTSCHE WELLE. Tribunal europeu dá aval a vacinação obrigatória. 8 abr. 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/tribunal-europeu-dá-aval-a-vacinação-obrigatória/a-57133421> Acesso em: 12 abr. 2021.
- FERNANDES, Daniela. O que explica a lenta vacinação contra covid-19 na União Europeia. Bbc.com, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56651444> Acesso em: 12 mar. 2021.
- FOGAÇA, Anderson Ricardo. Judicialização da saúde: novas respostas para velhos problemas. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Internacional - UNINTER. Curitiba, 2020.
- MELLO, Guilherme; DE OLIVEIRA, Ana Luíza Matos; GUIDOLIN, Ana Paula; DE CASO, Camila; DAVID, Grazielle; NASCIMENTO, Júlio Cesar; GONÇALVES, Ricardo; SEIXAS, Tiago. A Coronacrise: natureza, impactos e medidas de enfrentamento no Brasil e no mundo. Campinas: Centro de Estudos de Conjuntura e Política Econômica – IE/UNICAMP, 2020. Disponível em: https://www3.eco.unicamp.br/images/arquivos/nota_cecon_coronacrise_natureza_impactos_e_medidas_de_enfrentamento.pdf Acesso em: 15 abr. 2021.
- NEHMI, Fátima. Nacionalização da vacina contra covid-19 e a licença compulsória de patente. Migalhas.com.br, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342188/nacionalizacao-da-vacina-contra-covid-19-e-a-patente> Acesso em: 15 abr. 2021.
- RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SATIE, Anna. OTOBONI, Jéssica. CNN BRASIL. Temperatura, doses e preço: o que se sabe sobre a vacina de Pfizer. Cnnbrasil.com.br, 2. dez. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/12/02/temperatura-doses-e-preco-o-que-se-sabe-sobre-a-vacina-de-pfizer> Acesso em: 12 abr. 2021.
- SOUZA, André de Mello e. TD 1615 - Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS): Implicações e possibilidade para a saúde pública no Brasil. Distrito Federal: Livraria do IPEA, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1615.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.
- UNIVERSITY OF OXFORD. Our World Data. Coronavirus (COVID-19) Vaccinations. Share of people who received at least one dose of COVID-19 vaccine. Ourworldindata.org, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations> Acesso em: 12 abr. 2021.

TEORIA DO PRODUTO BRUTO MITIGADO: NOVA LEITURA DO DANO AO ERÁRIO PARA A PROTEÇÃO SUFICIENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROBABILIDADE ADMINISTRATIVA

THEORY OF THE MITIGATED CRUDE PRODUCT: NEW READING OF DAMAGE TO THE ERARY FOR SUFFICIENT PROTECTION TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADMINISTRATIVE PROBITY

André Luís Bortolini¹⁷⁰

Bruno Rinaldin¹⁷¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz a discussão sobre a aplicação da Teoria do Produto Bruto Mitigado em hipóteses de danos ao erário, decorrentes de corrupção ou improbidade administrativa em processos licitatórios e contratos administrativos.

Nesse cenário, o artigo problematiza posições divergentes, doutrinária e jurisprudencialmente, quanto aos prejuízos ao erário decorrentes da frustração da licitude de processo licitatório ou de dispensa indevida de licitação, ressaltando argumentos opostos no sentido de ser o dano presumido (*dano in re ipsa*) ou, de outro lado, diante de eventual contraprestação ao pagamento, devendo a reparação ser estabelecida na exata medida da lesão efetivamente provocada ao Estado.

Sob a legitimidade das críticas de uma teoria em relação a outra, o presente estudo aspira evidenciar que, se de um lado uma corrente pode se apresentar excessiva, a outra, ao admitir ausência de lesão ao erário e inexistência de dever de ressarcimento, a despeito de comprovada a fraude ou dispensa indevida licitatória, em casos, por exemplo, de contraprestação útil e inexistência de sobrepreço, permite questionamento quanto a sua (in) suficiência à proteção ao direito fundamental à probidade administrativa.

A pesquisa, então, após desenvolver sobre as teorias acerca do produto (Teorias do Produto Bruto e do Produto Bruto Mitigado) e suas implicações nos Estados Unidos, Itália e Brasil, sugere nova leitura quanto aos danos provocados ao erário em face de atos de corrupção ou improbidade administrativa em processos licitatórios, que permita alcançar uma medida justa de reparação ao Estado.

Nessa esteira, com espeque na Teoria do Produto Bruto Mitigado, calcada no princípio da lenidade ou brandura, apresenta-se proposta no sentido de que, nessas hipóteses, apenas os custos lícitos concretamente despendidos

¹⁷⁰ Mestre em Direito pelo Unibrasil. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. União da Vitória/PR, Rua Cruz Machado, 493, Ed. Office Center, CEP 84.600-175. E-mail: abortolini@mppr.mp.br.

¹⁷¹ Especialista em Direito pela Unicuritiba. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Mangueirinha/PR, Rua Dom Pedro II, s/n, Forum, Centro, CEP 85.540-000. E-mail: brinadin@mppr.mp.br.

na execução do contrato administrativo podem ser legitimamente apropriados pelo contratado de má-fé, não cabendo, todavia, a inclusão do sobrepreço eventualmente obtido, os custos ilícitos e, sobretudo, os lucros.

Questiona-se, assim, se ao particular que contribui para a ilicitude ou age de má-fé em processos licitatórios ou dispensas de licitação, é legítimo auferir lucros, aproveitando-se da sua própria torpeza e desincentivando-se a atuar de acordo com parâmetros de *compliance* ou integridade.

Desta forma, o presente trabalho aspira provocar reflexão quanto ao devido exame de proporcionalidade na análise de lesões ao erário ímprobos, em licitações e contratos administrativos, em vista de se atingir a proteção suficiente do direito fundamental à probidade administrativa.

1 PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O DEVER DE PROTEÇÃO PELO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), harmonizando elementos jurídico-constitucionais para a arquitetura de um Estado Social e Democrático de Direito (NOVAIS, 2018, p. 210), estabeleceu os seus objetivos fundamentais, dentre os quais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º.).

Nessa perspectiva, o legislador constituinte firmou os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1o.), nos quais todas as atividades públicas sempre devem estar arrimadas, positivando, ainda, uma extensa relação de direitos e garantias fundamentais, cuja concretização se afigura essencial para efetivação de um modelo de Estado e de sociedade alicerçado no princípio democrático.

Foi sob essa mirada que a CF/88 elevou a probidade administrativa a direito fundamental, evidenciando-se a fundamentalidade formal em normas como as insculpidas no art. 37, caput, XXI, e §4o., e a fundamentalidade material compreendida na inter-relação com o núcleo de valores que informa a Constituição, assim como com os direitos previstos em tratados internacionais (art. 5o., § 2o., CF/88) (SARLET, 2018, p. 76). 172

Vislumbra-se o direito fundamental à probidade administrativa, nesse panorama, com um conteúdo multifacetado, no qual é possível se identificar o direito objetivo a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em vista de sua proteção e promoção.

¹⁷² Destacam-se as seguintes convenções em que o Estado brasileiro é signatário: (i) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000; (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, em 25.06.2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002; e (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18.05.2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.2006.

Daí decorre a relevância da abordagem do papel dos direitos fundamentais, especialmente os direitos a prestações, vinculados à noção de que ao Estado compete, além da não intervenção injustificada na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a função de dispor de meios materiais e implementar condições que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais (MENDES, 2004, p. 131-142).

Daniel Wunder Hachem, neste ponto, leciona que, para além de defesa contra investidas do Estado, figuram os direitos prestacionais como prestações materiais, fornecidas no mundo dos fatos, e prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções (HACHEM, 2013, p. 618-688).

Nesta mesma esteira, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que a organização e o procedimento se encontram a serviço dos direitos fundamentais, podendo ser condições de sua efetivação. Lembra, ainda, o autor, que é na esfera infraconstitucional que essas dimensões ganham maior relevância, posto que é o legislador que, no mais das vezes, cria estruturas organizacionais e estabelece procedimentos reclamados por direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 203 - 205).

Assim, o legislador ordinário, em sede de delimitações indiretamente constitucionais (ALEXY, 2017, p. 286), deve extrair elementos voltados à conformação do direito fundamental, vez que, na leitura de Wilson Steinmetz, o legislador está vinculado positivamente aos direitos fundamentais, no sentido de que compete a ele a tarefa de criar estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias, para a plena eficácia dos direitos fundamentais:

Há pouco se fez menção à vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais, em razão da dimensão objetiva desses direitos. As constituições democráticas contemporâneas impõem ao legislador infraconstitucional tarefas de legislação. Tais tarefas consistem no desenvolvimento de estruturas normativas que possibilitem a máxima efetividade possível das normas constitucionais e a harmonização dos direitos e bens que por elas são protegidos. Trata-se do desenvolvimento normativo da Constituição. Uma tarefa que o legislador constituinte decidiu partilhar com o legislador ordinário.

Em matéria de direitos fundamentais, essa atuação do legislador ordinário é imprescindível. Como frisou Hesse, “para poder tornar-se [sic] eficazes, a maioria dos direitos fundamentais carecem da organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir”. Além disso, as normas de direitos fundamentais, de um modo geral, se explicitam por meio de enunciados normativos ambíguos e vagos, com baixa densidade semântica.

Assim, a atuação legislativa em direitos fundamentais não

se reduz a restringi-los. Compete ao legislador – além de uma competência, é um dever- criar estruturas normativas configuradoras e reguladoras dos direitos fundamentais, dando-lhe, na vida social, eficácia ótima. Ou seja, cabe ao legislador a concretização das normas de direitos fundamentais, contribuir para a sua máxima efetividade (STEINMETZ, 2001, p. 38 - 39).

É nesse cenário de prestações normativas, no qual o legislador possui papel de protagonismo, que advieram à ordem jurídica brasileira estatutos diversos voltados à proteção do direito fundamental à probidade administrativa, destacando-se, no recorte estreito do presente trabalho, as Leis 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e 8.666/93, recentemente sucedida pela Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em atenção ao art. 37, XXI, da CF/88, regulamenta o processo licitatório e figura como ferramenta de proteção ao direito fundamental à probidade administrativa, visto que o seu processamento, além de permitir a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, busca preservar a igualdade entre todos os contratantes em potencial, permitindo que, em sendo preenchidos os requisitos exigidos, todos tenham a possibilidade de apresentar suas propostas e, ainda, celebrar o contrato para a consecução do objeto avençado (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 524 - 526)

Por sua vez, a Lei da Improbidade Administrativa, em conformação ao §4º do art. 37 da CF/88, também afigura-se como relevante instrumento de promoção da probidade administrativa, estabelecendo normas de comportamento para os agentes públicos e para aqueles que com eles se relacionam, e impondo sanções, de natureza cível, à ações ou omissões que importarem em enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10) ou violação a princípios da Administração Pública (art. 11).

Tais estatutos jurídicos oferecem alicerce aos debates a seguir destacados, relacionados a casos de corrupção ou improbidade administrativa em processos licitatórios e contratos administrativos, especialmente quanto à medida justa à reparação ao Estado, espaço em que emerge a Teoria do Produto Bruto Mitigado e a proposta de nova leitura de danos ao erário à luz da avaliação dos custos e lucros, como instrumento de proteção suficiente ao direito fundamental à probidade administrativa.

2 TEORIA DO PRODUTO BRUTO MITIGADO: LEITURA ESSENCIAL À PROTEÇÃO SUFICIENTE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DE PROCESSO LICITATÓRIO OU DISPENSA INDEVIDA: DANO PRESUMIDO OU EFETIVO?

A condução de processo licitatório contaminado, sem asseguramento de tratamento idêntico e equivalente a todos os concorrentes, com adjudicação obtida fraudulentamente, sem devida competição, pode levá-lo à anulação, prevendo o legislador ordinário, na leitura dos arts. 49 e parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93, a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Nessa perspectiva, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/21) reproduziu o espírito do art. 59 da Lei 8.666/93, ao prever, em seu art. 148, que a possibilidade de declaração de nulidade do contrato administrativo à luz do interesse público envolvido, opera retroativamente, bem como que, não sendo possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos.

Ainda, na mesma toada, o art. 149 assevera que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado, desde que não lhe seja imputável, devendo ser promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Destaca-se na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ainda, a redação do art. 73, pertinente ao presente estudo: “Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

De tal panorama é possível inferir clara delimitação: não tendo qualquer participação do particular na ilegalidade verificada ou se houver boa-fé dele, não há que se falar em sua responsabilidade pela reparação dos danos ao erário. De outro norte, o particular pode ser responsabilizado naqueles casos em que tenha contribuído para a ilegalidade ou agido com má-fé.

Nesse cenário, discute-se, há algum tempo, doutrinária e jurisprudencialmente, diante da frustração da licitude ou dispensa indevida de processo licitatório, em que medida deverá a parte, a quem é atribuível contribuição para a ilegalidade ou conduta de má-fé, ressarcir os danos causados, se total ou limitadamente, questionando-se, então, a existência de presunção legal de dano ou, em contraposição, a necessidade de comprovação de dano efetivo ao erário.

De um lado, sustenta-se que a lesividade decorre da ilegalidade, sendo presumida nos casos dos incisos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, dispensando-se a prova de efetivo dano patrimonial, e impondo-se a devolução total de valores pagos pelo ente público sem justo título. Sob essa ótica, desconsidera-se eventual prestação efetiva do bem contratado, que não prevalece em face da má-fé.

Trata-se, para essa corrente, de dano *in re ipsa*, ou seja, de dano que decorre do próprio fato, da própria ilegalidade, sendo, assim, presumido.

Nessa toada, o reconhecimento da ilicitude do processo licitatório, que contamina de arrasto o contrato com base nele firmado, à luz do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 e art. 4º, III, da Lei n. 4.717/1965, demandaria o retorno ao *status quo ante*, inclusive no que tange ao quantum aplicado na contratação.

Segundo Wallace Paiva Martins Junior, a frustração da licitude de processo licitatório “significa a corrupção dos princípios, regras e fins do instituto da licitação, em prejuízo real da isonomia entre os aspirantes e da seleção da obtenção da proposta mais vantajosa para o Poder Público.” (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 217 - 218).

A propósito, doutrinam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves que

[...] descumpridos os princípios e regras específicas de modo a comprometer a finalidade do procedimento licitatório, ter-se-á a frustração deste, com a conseqüente configuração da improbidade. A lesividade está ínsita na conduta do agente, sendo despicienda a ocorrência de prejuízo patrimonial imediato (GARCIA; ALVES, p. 348).

Nessa linha, então, entende-se que o pagamento despendido com contratos administrativos viciados (nulos), em razão de frustrações fraudulentas do processo licitatório ou dispensa indevida de licitação, causa prejuízo ao patrimônio público, ainda que o bem tenha sido entregue de maneira útil ao Estado ou o serviço tenha sido prestado com valores de mercado.

Como dito, tal posicionamento não alberga as hipóteses contempladas pelo parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 (art. 149 da Lei 14.133/21), que dispõe dos casos em que os contratados agem de boa-fé (ocasiões em que o Poder Público deve indenizá-lo pelos serviços até então executados), mas, sim, de hipóteses nas quais se configuram danos ao erário decorrentes de contratação firmada com base em atos de improbidade, dos quais participem os contratados.

Diante disso, alegam João Lucas Teixeira Bebe e Leonardo Duque Barbabela:

A contratação firmada com base em atos de improbidade, dos quais participem os contratados, é justificativa mais que suficiente para afastar a argumentação do enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. A valer, o reconhecimento da improbidade, que pressupõe má-fé, impede qualquer alegação de enriquecimento ilícito, uma vez que, por óbvio, afasta a boa-fé do contratado. Aquele que é contratado ao largo da legalidade, inclusive com a prática de atos ímprobos, não pode mesmo alegar enriquecimento ilícito, pois assume o risco do dispêndio irregular (BEBE; BARBABELA, 2014).

Esse tem sido o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, sob fundamento de que o prejuízo decorrente da frustração da licitude de processo licitatório ou de dispensa indevida de licitação é presumido (*dano in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade de contratação da melhor proposta pela Administração Pública, não sendo necessário que o autor da demanda demonstre a sua efetiva ocorrência.¹⁷³

No entanto, em linha de oposição, há corrente a sustentar que, quando o contratado fornece o bem ou presta o serviço, ainda que parcialmente, pode não haver caracterização de dano ao erário, dada a contraprestação ao pagamento, devendo restar comprovada a efetiva lesão material ao Estado.

Nesse panorama, alega-se que o entendimento adotado pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, lastreado em dano presumido ao erário em casos de frustração da licitude do processo ou de dispensa indevida, vai de encontro ao princípio do enriquecimento sem causa, na medida em que, além de permanecer com o bem ou serviço prestado, a Administração Pública teria direito ao ressarcimento do valor dispendido.

Ao advogarem sob essa ótica, Luzardo Faria e Bruno Guimarães apoiam-se na cláusula geral da proibição do enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil, com a devida adaptação ao regime jurídico-administrativo, à luz do contido no art. 54 da Lei n. 8.666/93, respaldando-se, também, nos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da equidade (FARIA; BIANCHI, 2018, 163-187).

Os mesmos autores lecionam, como reforço argumentativo, que a caracterização do dano como sendo *in re ipsa*, nos casos de improbidade administrativa, viola a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), aplicável à esfera do Direito Administrativo Sancionador, advertindo quanto às decisões que presumem fraude dolosa em processos licitatórios:

[...] as condenações de improbidade administrativa por dano ao erário presumido em razão de dispensa indevida de licitação – exige a lembrança de que se mesmo quando o juiz já tiver exaurido todos os métodos de investigação e avaliado todas as provas para esclarecer a verdade dos fatos, ainda não for possível formar um juízo de certeza acerca da culpabilidade

¹⁷³ Cita-se, entre tantos outros, os seguintes julgados: AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes, 1ª Turma, DJe de 09/03/2016; AgRg no AREsp 617.563/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe 14/10/2016; AgInt no AREsp 530.518/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 03/03/2017; AREsp 391.086/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, 1a. Turma, DJe 19/12/2018; REsp 1431610/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, 2a. Turma, DJe 26/02/2019; AgInt no AREsp 1205949/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, 2a. Turma, DJe 02/04/2019; REsp 1808323/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2a. Turma, DJe 25/05/2020; AgInt no REsp 1623487/PB, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1a. Turma, DJe 07/05/2020; AgInt no REsp 1879048/AL, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 1a. Turma, DJe 11/12/2020; AgInt no REsp 1888145/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 1a. Turma, DJe 05/03/2021.

do réu, o princípio da presunção de inocência, aliado ao do *in dubio pro reo*, demanda uma decisão absolutória, pois na ordem jurídico-constitucional brasileira não se pode condenar alguém com dúvidas ou presumir sua culpabilidade (FARIA; BIANCHI, 2018, p. 163-187, jul./set. 2018).

Nessa esteira, mas sob outro ponto de vista, Luís Mauro Lindenmeyer Eche sustenta que nem sempre a frustração/dispensa de licitação deve importar em presunção absoluta de dano, conforme concluem os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o que revela a imprecisão do uso da expressão latina *in re ipsa* (que denota inviabilidade de produção de provas do dano) (ECHE, 2018, p. 205-226, nov. 2018).

Para o autor, a presunção legal, *iuris tantum* ou relativa, admite a produção de prova destinada a descredibilizar a suposta ocorrência da lesão ou, ainda, a extensão desse dano, já que o dano material objeto da ação de improbidade administrativa deve ser indenizado na exata medida em que foi suportado pelo ente público, sob pena de enriquecimento sem causa deste (ECHE, 2018, p. 205 - 226).

Esse é o entendimento de alguns Tribunais Estaduais pátrios, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE FRAUDE À LICITAÇÃO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM VÍCIOS FORMAIS. AUTORIZAÇÃO DE PAGAMENTO DE DESPESAS CUJA LIQUIDAÇÃO NÃO SE DEU NA FORMA PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. SERVIÇO QUE FOI EFETIVAMENTE PRESTADO. DANO AO ERÁRIO QUE NÃO PODE SER PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE COM BASE EM SUPOSIÇÕES OU CONJECTURAS. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO CONCRETO AO ERÁRIO. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO PRESUMIDO. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C. Cível - 0000839-50.2019.8.16.0127 - Paraíso do Norte - Rel.: Desembargadora Regina Afonso Portes - J. 02.03.2021)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - PREGÃO Nº 70/2013. EXPRESSA LIMITAÇÃO DO OBJETO DO CERTAME. AQUISIÇÃO QUE NÃO SE RESTRINGIU À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL, LEITES ESPECIAIS E NUTRIÇÃO, COM AUTORIZAÇÃO DA ANVISA.

MANOBRA PARA ELIMINAR OS POSSÍVEIS PARTICIPANTES E GARANTIR A VITÓRIA DA EMPRESA RÉ. PROCEDIMENTO QUE DIFERE DOS ANTERIORES, NOS QUAIS A PUBLICAÇÃO SE DEU COM OBJETO AMPLO, COM MENÇÃO EXPRESSA DE “AQUISIÇÕES DE GÊNERO ALIMENTÍCIO” E NÃO DE “ALIMENTAÇÃO ESPECIAL”. RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REVOGAÇÃO E REFORMULAÇÃO DO OBJETO DO PREGÃO ANTES DA HOMOLOGAÇÃO. REFORÇO EM PARECER JURÍDICO DA PROCURADORIA MUNICIPAL. NÃO ACATAMENTO PELO PREFEITO MUNICIPAL. ATO ÍMPROBO IDENTIFICADO (ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/92). ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE. AUSÊNCIA DE ATO ÍMPROBO PREVISTO NO ARTIGO 10 DA LEI Nº 8.429/92. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DANO PRESUMIDO. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO. ALTERAÇÃO, POR CONSEQUÊNCIA, DAS PENALIDADES IMPOSTAS AOS RÉUS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 5ª C.Cível - 0000610-34.2017.8.16.0039 - Andirá - Rel.: Desembargador Luiz Mateus de Lima - J. 13.10.2020)

Segundo essa segunda linha de pensamento, portanto, identificado um cenário de execução do contrato, ainda que parcial e mesmo que comprovada a prática de improbidade administrativa por frustração ou dispensa do processo licitatório, não se pode determinar a devolução dos valores recebidos sem comprovação de dano concreto, a exemplo de eventual sobrepreço (preço da proposta contratada acima do preço de mercado), sobre o qual seria legítimo o ressarcimento ao erário.

Nesse horizonte, no entanto, se de um lado a proposta de dano presumido, com ressarcimento integral ao Estado do todo despendido, pode ser questionada sob a via argumentativa de excesso ou enriquecimento sem causa do Estado, de outro lado, admitir-se ausência de lesão ao erário e ressarcimento, mesmo que comprovada a fraude ou dispensa indevida licitatória, nos casos, por exemplo, de efetiva contraprestação e inexistência de sobrepreço, como se intentará demonstrar, pode configurar desproporcional ou insuficiente proteção ao direito fundamental à probidade administrativa.

2.2 TEORIA DO PRODUTO BRUTO MITIGADO: DESCONTO DOS CUSTOS LÍCITOS OU RESTITUIÇÃO DO LUCRO COMO MEDIDA DE PROPORCIONALIDADE NA REPARAÇÃO DOS DANOS AO ERÁRIO

No contexto das Administrações Públicas brasileiras, processos licitatórios, não raro, são indevidamente dispensados ou tem sua licitude frustrada, deixando-se de se aferir a proposta mais vantajosa ao interesse público e de se preservar a igualdade entre todos os interessados, provocando-se, assim, enriquecimentos

ilícitos e prejuízos ao erário, verdadeiros atos de corrupção ou improbidade administrativa que exigem rigor em sua apuração e responsabilização exemplar, em vista da proteção ao direito fundamental à probidade administrativa.

Nessa esteira, sustenta-se no presente trabalho, com o fim de prestigiar, a partir da regra da proporcionalidade, a proteção suficiente do direito fundamental à probidade administrativa, que, para além dos custos lícitos concretamente despendidos na execução do contrato (valores legitimamente apropriados pelo contratado), devem servir de parâmetro para a devolução parcial ao erário o sobrepreço que o contratado eventualmente tenha obtido, os custos ilícitos e, especialmente, os lucros.

Com o desiderato de se chegar a tal conclusão, faz-se mister a análise, mesmo que de forma breve, das duas grandes teorias que, no contexto mundial, definem os conceitos de produto do crime/ilícito, a Teoria do Produto Bruto e a Teoria do Produto Líquido ou Teoria do Produto Bruto Mitigado.

Para a Teoria do Produto Bruto, o risco da atividade ilícita é integralmente do seu autor, que deve perder todo o benefício obtido com a prática ilícita, lastreada na ideia de desincentivo da atividade ilícita mediante integral recomposição dos ativos.

Em outros termos, para esta linha teórica, sendo a anulação do contrato imputável ao contratado, é devida a devolução completa e integral do valor repassado a este pelo Estado, pouco importando os custos ou gastos realizados pelo contratado. Assim, deve o licitante ressarcir tudo aquilo que tiver recebido do poder público, não podendo reservar, para si, qualquer quantia.

Parte-se, para tal conclusão, da premissa de que a anulação, por si só, desfaz as situações fáticas a ele correlatas. Numa visão clássica, se há nulidade, todos os efeitos se desfazem, impactando os atos já praticados ou vantagens já auferidas.

Para André Luiz de Almeida Mendonça, segundo esta corrente teórica, *“el montante a ser recompuesto al Estado en función de una práctica ilícita — y en nuestro caso, de un ilícito de corrupción o improbidad — corresponde al valor bruto del beneficio económico obtenido por el acusado sin descontar los gastos e inversiones”* (MENDONÇA, 2016, p. 65-88).

De outro canto, para a Teoria do Produto Líquido ou Teoria do Produto Bruto Mitigado, calcada no princípio da lenidade ou brandura, a partir de um método de desconto, do benefício obtido pelo agente devem reduzir-se os custos que ele teve na operação.

Com uma visão diversa acerca dos efeitos da invalidade do contrato administrativo e pautada na crítica de que o Estado não pode se enriquecer indevidamente, esta vertente entende que a anulação não retroage de modo absoluto, propondo modulações nos efeitos de acordo com o caso concreto e, por consequência, permitindo-se que a parte contratada seja ressarcida pelo quanto gastou para prestar o serviço/obra, devendo devolver, contudo, o que sobejar tal valor, ou seja, o lucro e o sobrepreço.

Na lição, mais uma vez, de André Luiz de Almeida Mendonça, segundo a Teoria do Produto Bruto Mitigado (em espanhol, *la teoría de el producto neto*):

[...] es producto del ilícito el beneficio adquirido del negocio ilegal menos los costes involucrados en su ejecución. Al describir los contornos de esa corriente teórica, Cordero apunta que por ella se adopta el “método del descuento”, o sea, el producto del ilícito sería el efectivo lucro del ilícito obtenido por su autor, debiendo disminuirse del valor recibido los costes involucrados en la ejecución de la actividad (MENDONÇA, 2016, p. 65 - 88).

Assim, advoga-se que seria indevido fazer com que o particular, mesmo agindo com má-fé ou tendo contribuído para a anulação do contrato, seja instado a restituir todo o valor contratado e adimplido, cenário típico de confisco, vedado pela CF/88.

Na lição de Marçal Justen Filho:

[...] ainda que o terceiro não tenha atuado de boa-fé, a proclamação do vício não autoriza que a administração se invista na titularidade da prestação sem qualquer remuneração ao particular. Isso equivaleria a uma sanção de confisco, que não é admitida em nosso direito. Nesse caso, caberá indenizar o particular, mas com a eliminação de qualquer margem de lucro - diversamente do que se passará caso se configure a boa-fé do particular. Se houve boa-fé, deve-se indenizar o particular exatamente pelo valor da proposta que formulara, com todos os acréscimos que lhe seriam assegurados se a contratação fosse válida [...] (JUSTEN FILHO, 2005, p. 553).

A ordem jurídica brasileira, no entanto, baseia-se na Teoria do Produto Bruto, posto que a legislação nacional não adotou, até o momento, o conceito de desconto.

Esse quadro pode ser observado no Código Penal, a título de exemplo, que em seu art. 91 estabelece como efeitos da condenação a perda do produto do crime ou qualquer proveito do crime. Também, na Lei de Lavagem de Dinheiro, que prevê, como efeitos da condenação, a perda dos bens, direitos e valores relacionados direta ou indiretamente à prática do crime (art. 7º.). Ainda, a Lei de Improbidade Administrativa que, no art. 12, trata da perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ressarcimento integral do dano. Por fim, pode-se citar a Convenção de Mérida, acolhida pelo Brasil, que, no art. 2o., define como bens ativos de qualquer tipo, e, como produto de delito, bens de qualquer índole, derivados ou obtidos direta ou indiretamente.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18.05.2005, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.2006.

A despeito disso, com alicerce na posição acima citada de vedação de enriquecimento sem causa do ente público, não raro se reconhece como dano efetivo ao erário (montante a ser objeto de restituição) apenas o eventual sobrepreço na contratação pública, isto é, a diferença entre o valor de mercado e o valor do contrato.

De forma diversa, outros países do mundo, a exemplo de Estados Unidos e Itália, sob outra perspectiva, fixam o foco principal da análise na avaliação de existência ou não de corrupção/improbidade, emprestando, nessa ótica, destaque ao conceito de produto (do crime) que se relaciona diretamente ao conceito de dano ou enriquecimento ilícito.

Nos Estados Unidos destacam-se duas leis sobre o tema em apreço: (i) a chamada de CAFRA (*Civil Asset Forfeiture Reform Act*), de 2000, que propõe a aplicação da Teoria do Produto Bruto para atividades ilegais (v.g., tráfico de drogas), com perdimento total do produto em favor do Estado, e a Teoria do Produto Bruto Mitigado para atividades, em princípio (em seus fins), legais, mas que se apresentam com ilegalidade na sua execução (nesta possibilita-se ao autor do crime/ilícito o desconto dos custos diretos no exercício das suas atividades); (ii) a Lei FERA (*Fraud Enforcement and Recovery Act*), criada em 2009 em razão da repercussão do julgamento da Suprema Corte no Caso Estado x Santos, o qual aplicou a Teoria do Produto Mitigado, permitindo-se o desconto dos custos mesmo sendo atividade ilícita. Em resposta, o Congresso americano criou a aludida lei, em 2009, estabelecendo o dever de perdimento de todo e qualquer bem derivado, obtido ou retido, direta ou indiretamente, de atividades ilegais (MENDONÇA, 2016, p. 65-88).

Na Itália, por sua vez, a partir do Decreto Legislativo 231/2001 e de precedentes do Tribunal de Cassação, decidiu-se, na aplicação da Teoria do Produto, dar valor a uma regra de exclusão relacionada à natureza do negócio, ou seja, diferencia-se a atividade ilícita em si (v.g., tráfico de armas, que não se permite desconto) da atividade lícita em que houve um ato ilícito na obtenção ou execução do negócio. Nesta hipótese, admite-se o desconto dos custos no negócio, na medida da utilidade obtida pela vítima (MENDONÇA, 2016, p. 65-88).

Nessa perspectiva, sugere André Luiz de Almeida Mendonça a adoção no Brasil da Teoria do Produto Bruto Mitigado, na medida da utilidade experimentada pela vítima (ente público quando se trata de casos de corrupção/improbidade administrativa)¹⁷⁵, distinguindo-se negócios ilícitos (em que não se permitiria qualquer desconto) das relações lícitas marcadas por práticas ou modos ilícitos, nas quais descontar-se-iam os custos lícitos, diretos e indiretos, a exemplo de custos com impostos, INSS, materiais empregados na obra ou serviço, despesas com empregados (não incidindo em descontos custos ilícito, como pagamentos de propinas) (MENDONÇA, 2016).

Nessa toada, os lucros auferidos pelo contratado que age de má-fé ou contribui para nulidade decorrente de licitação/contrato inválido em razão

¹⁷⁵ Eventuais serviços ou obras prestadas e que se revelem inúteis ao interesse público, o dano ao erário deveria ser pelo menos igual aos valores que foram pagos ao contratado.

de corrupção ou improbidade administrativa devem ser reconhecidos como danos ao erário, não podendo a Administração Pública pagá-los ou, pagos, mostrando-se devida a restituição.

O lucro, para o Tribunal de Contas da União, é um conceito que pode ser descrito de diversas formas para representar uma remuneração alcançada em consequência do desenvolvimento de uma determinada atividade econômica:

Lucro ou margem é uma parcela destinada a remunerar o custo de oportunidade do capital aplicado, capacidade administrativa, gerencial e tecnológica adquirida ao longo de anos de experiência no ramo, responsabilidade pela administração do contrato e condução da obra através da estrutura organizacional da empresa e investimentos na formação profissional do seu pessoal, e criar a capacidade de reinvestir no próprio negócio.¹⁷⁶

Na mesma linha, Maçahico Tisaka (2011, p. 88) leciona que o lucro representa “parcela destinada a remunerar, o custo de oportunidade do capital aplicado, capacidade administrativa, gerencial e tecnológico adquirida ao longo de anos de experiência no ramo”.

O lucro, portanto, é conceito complexo, a envolver diversos fatores econômicos, consubstanciando-se, em suma, em remuneração que representa a diferença entre o valor total de uma obra/serviço e os custos correlatos (diretos ou indiretos) para a realização destes.

A importância do lucro em processos licitatórios é evidente, pois a escolha de uma margem maior ou menor de lucro pode representar a vitória ou a derrota no certame, figurando de forma ostensiva, em regra, apenas em licitações de maior vulto.

Tratam-se de casos em que a representação do lucro, exigida desde o edital, é demonstrada pela apresentação de documentos e cálculos contábeis, substanciados em planilhas, a exemplo de contratos de engenharia em que a taxa de lucro deve ser lançada no BDI (*Budget Difference Income* ou Benefícios e Despesas Indiretas).¹⁷⁷

O BDI, neste panorama, representa conceito chave para se chegar ao lucro contratual, significando um percentual que, aplicado sobre o custo da obra, eleva-o ao preço final dos serviços, razão por que deve ser avaliado em cada caso específico.

¹⁷⁶ Acórdão nº 2.369/2011. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/210090>. Consulta em 17/04/2021.

¹⁷⁷ Para o TCU: “A taxa de BDI deve ser formada pelos componentes: administração central, riscos, seguros, garantias, despesas financeiras, remuneração do particular e tributos incidentes sobre a receita auferida pela execução da obra. Custos diretamente relacionados com o objeto da obra, passíveis de identificação, quantificação e mensuração na planilha de custos diretos (administração local, canteiro de obras, mobilização e desmobilização, dentre outros), não devem integrar a taxa de BDI”. (TCU, Acórdão nº 2.622/2013, Plenário).

No entanto, tem sido usual em processos licitatórios a predeterminação, pela própria Administração Pública, quando do lançamento do edital, de margens, máxima e mínima, de lucro, de acordo com as obras ou serviços a serem contratados, evidenciando a preocupação da Administração Pública em não contratar proposta manifestamente inexequível.

Essa fixação de quantum “aceitável” de lucro para a contratação é objeto de críticas doutrinárias, a exemplo da lição de Marçal Justen Filho, para quem compete ao licitante apresentar a margem de lucro, que pode ser impactada por elementos econômicos diversos, tais como saúde financeira da empresa¹⁷⁸, podendo ele estar disposto a ter uma margem de lucro menor, em benefício, portanto, do interesse público.

Para o autor:

A licitação não se destina pura e simplesmente a selecionar a proposta de menor valor econômico, mesmo quando adotado o tipo menor preço. Visa a selecionar a proposta de menor valor que possa ser executada satisfatória e adequadamente. Justamente por isso, o ato convocatório deverá impor ao licitante o ônus de demonstrar a formação de seus custos diretos e indiretos, assim como a margem de lucro prevista. Usualmente, essa demonstração envolve a apresentação de planilhas com preços unitários, onde o particular formula projeções quanto a quantitativos de itens necessários à execução da prestação, indicando o custo necessário a tanto. Esses demonstrativos deverão indicar tanto os custos diretos como aqueles indiretos, relacionados inclusive com a carga tributária (JUSTEN FILHO, 2005, p. 614).

Por outro lado, naqueles casos em que o lucro não compõe o BDI ou não se estabelece, em margens, pela própria Administração Pública, a aferição pode se dar pela avaliação da documentação contábil da empresa licitante, seja por meio de constatação em registro detalhado ou análise do lucro obtido pela empresa em determinado período, cujo percentual poderá ser aplicado ao bem ou serviço objeto do contrato nulo, para fins de determinação do valor a ser devolvido a título de lucro (WEIBLEN, 2020, p. 47 - 78).

Tal quadro permite atingir um ponto de equilíbrio. Se, por um lado, é possível argumentar que o particular que não for ressarcido pelos custos que teve com a prestação do serviço “estará se empobrecendo por conta de uma situação que irá trazer benefícios financeiros para a Administração, mesmo sem previsão legal para tanto” (FARIA; BIANCHI, 2018, p. 163 - 187),

¹⁷⁸ Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf58.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

de outro lado, “ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, o particular não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza” (BEBE; BARBABELA, 2014).

Trata-se de reconhecer que, em casos de corrupção em processos licitatórios, admitir-se, como se faz correntemente, que o ressarcimento ao erário apenas se estabeleça com suporte no sobrepreço, é decisão que legitima o dano ao erário atinente ao lucro.

Nessa ótica, não há qualquer incentivo às empresas atuarem de acordo com parâmetros de *compliance* ou integridade e, ainda, evidencia-se uma proteção insuficiente, à luz da regra da proporcionalidade, ao direito fundamental à probidade administrativa.

O que está em jogo, aqui, a partir da dimensão prestacional de direitos fundamentais, em um modelo de suporte fático amplo, não é o controle dos excessos de atuação do Estado, mas, ao contrário, a não atuação juridicamente devida, competindo-lhe incorporar a realização de obrigações positivas.

Na lição de Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 78), quando uma ação estatal que deveria promover um direito prestacional não é realizada e para isso não há fundamentação constitucional, a consequência jurídica é o reconhecimento de um direito definitivo (dever do Estado) à realização dessa ação.

No destaque de Orlando Luiz Zanon Junior (2012), para os direitos a ações positivas ou prestações públicas “concorrem a carência (âmbito de proteção) e a inércia estatal (intervenção, sob a forma de não agir ou insuficiência da atuação), cuja conjugação acarreta a obrigação de atuar, de fomentar ou de compensação de danos (consequência)”.

Daí que é devido, diante de hipóteses como as retratadas no presente estudo, para a garantia do direito fundamental à probidade administrativa, a realização do teste da proporcionalidade, com todo o ônus argumentativo dele decorrente, uma vez que restrições a direitos fundamentais, mesmo que ínfimas, se não passarem pelo filtro da proporcionalidade, podem violar o conteúdo essencial do direito fundamental (SILVA, 2011, p. 197).

A avaliação ou teste de proporcionalidade funciona a partir da verificação da proporcionalidade em etapas argumentativas, sendo as duas primeiras com objeto sobre a validade de fins (finalidade constitucional da medida interventiva) e adequação de meios (meios adequados para realizar os fins constitucionais) e as últimas em atenção à intensidade e proporcionalidade do grau de intervenção restritiva ou de omissão na atuação estatal (proporcionalidade em sentido estrito) (ALEXY, 2017, p. 116 - 118).

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23-50), a análise da proporcionalidade é a maneira de se aplicar o dever de otimização do direito fundamental ao caso concreto, razão por que a regra da proporcionalidade, para além de assumir uma dimensão negativa, como proibição do excesso (proteção do indivíduo contra os atos estatais - função de defesa), afigura-se com um caráter positivo, chamada de *proibição da insuficiência*:

Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.

Neste ponto, disserta Ana Carolina Lopes Olsen (2012, p. 83 - 84):

Segundo a proibição da atuação insuficiente, tanto o legislador, quando da especificação de normas relativas a direitos fundamentais sociais prestacionais, quanto o administrador, quando da realização de atos concretos de prestação social, estão obrigados a alcançar limites mínimos do fim estabelecido na norma. Trata-se da aplicação da proporcionalidade para o fim de resguardar a efetividade da prestação positiva prevista em uma norma de direito fundamental social, de modo que a ação dos poderes públicos também deverá ser submetida aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pertinente, ainda, a doutrina de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2016, p. 482):

Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem estar coletivo. Hoje, compreende-se que o papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente. Nesse contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição.

Em casos como os ora analisados, de corrupção ou improbidade administrativa em processos licitatórios ou dispensas de licitação, admitir-se o

ressarcimento ao erário apenas quanto ao sobrepreço (ou nem isso, naquelas hipóteses em que, apesar da corrupção na licitação ou contratação, praticasse o preço de mercado), sem oferecer devida valoração ao lucro obtido na contratação ilícita, desafia a regra da proporcionalidade ao se apresentar como proteção insuficiente ao direito fundamental à probidade administrativa.

Trata-se, na verdade, de uma premiação para o contratado que frustra os fins da licitação, pois, mesmo que a ele se aplique sanções como as previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, não é instado a qualquer ressarcimento ao Poder Público, restando garantidos até mesmo os seus lucros.

Importa registrar, por pertinente, precedentes do Superior Tribunal de Justiça em aplicação da Teoria do Produto Bruto Mitigado, a exemplo do REsp 1.153.337/AC e do REsp 1.188,289-SP, nos quais, a partir de ato ilegal verificado, ao contratado foi garantido o direito de receber o quanto gastou na obra, pautado tal valor no custo básico, não se permitindo, todavia, que auferisse qualquer espécie de lucro, dada sua má-fé:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA E ACÇÃO DE COBRANÇA. LICITAÇÃO. NULIDADE. CONCORRÊNCIA DO PARTICULAR. OBRA EFETIVAMENTE ENTREGUE CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES DO EDITAL. INDENIZAÇÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 49 DO DECRETO-LEI 2.300/86 (ATUAL ART. 59 DA LEI 8.666/93).

[...]

3. Em relação ao contratado de má-fé, não lhe é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato - retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86. Esse retorno faz-se com a recolocação das partes no estado anterior ao contrato, o que por vezes se mostra impossível, jurídica ou materialmente, como ocorre nos autos (obra pública), pelo que as partes deverão ter seu patrimônio restituído em nível equivalente ao momento anterior, no caso, pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro.

4. Recurso especial não provido. (REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24.5.2012)¹⁷⁹ [...]. Por força da incidência do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o STJ sedimentou entendimento de que a invalidação do contrato garante ao contratado de boa-fé

¹⁷⁹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro& termo=200901362399&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 24/04/2021.

que iniciou a execução do contrato o dever de indenizar o o que foi executado até a data em que a nulidade for declarada, desde que não lhe seja imputável o vício. Já para o contratado de má-fé, como no presente caso, e à luz do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, é assegurado apenas o retorno ao status quo, equivalente ao custo básico do produto ou serviço, sem nenhuma margem de lucro. No mesmo sentido: REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24.5.2012. Nesse contexto, considerando que foi assentada a má-fé pelo Tribunal de origem, merece parcial provimento o recurso para que a pena de ressarcimento ao Erário corresponda, até a declaração da nulidade, ao que exceder o custo básico do serviço efetivamente prestado. [...] (REsp 1.188.289/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14.08.2012)¹⁸⁰

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União também tem adotado a Teoria do Produto Bruto Mitigado:

[...] 34. Entendeu-se, nesses casos, que do contratado de má-fé não é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato, em que o retorno ao status quo ante pode envolver a necessidade de indenização por efeitos de desconstituição impossível, como os serviços devidamente prestados. Todavia, decidiu-se que o contratado infrator não faria jus à margem de lucro relativa aos itens executados, que deveriam ser indenizados somente pelo valor do custo de produção. Assim se veria respeitado o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em relação à Administração.

35. Observando esses julgados da Corte Superior, percebe-se que a aplicação das normas do Direito Administrativo pátrio em conjunção com os princípios consagrados do direito advindos da esfera privada conduziu a soluções idênticas às que seriam obtidas com o uso da teoria do produto bruto. Ao contratado de má-fé, que concorreu para eivar de nulidade o contrato firmado com a Administração, impõe-se a devolução de todo o ganho auferido (equivalente à forma pura da teoria), podendo ser admitido abater do débito quantia suficiente para cobrir os custos incorridos na

¹⁸⁰ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro& termo=201000584992&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 24 abr.

execução do objeto do contrato, que se supõe lícito (forma mitigada). (Acórdão 1.306/2017)¹⁸¹

[...] 76. Por outro lado, nas situações em que a contratada der causa à nulidade, a *contrario sensu*, não faz sentido aplicar a interpretação tradicional do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993, devendo a indenização à contratada obedecer a outro critério. A saída alvitada nesses casos para que não seja aplicada a teoria do produto bruto – por ser excessiva e levar ao enriquecimento ilícito do Estado – é a adoção da teoria do produto bruto mitigado, um abrandamento que corrige as distorções da primeira teoria (produto bruto) e se adere melhor ao nosso ordenamento jurídico.

77. A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. Por essa teoria, a contratada teria direito de receber como indenização os custos reais por ela suportados para cumprir as obrigações contratuais até a declaração de nulidade do contrato, mas apenas estes custos. Dessa forma, o lucro ou remuneração por ela obtido em função do exercício de sua atividade não seria passível de ressarcimento pela Administração, muito menos o sobrepreço existente no contrato.

78. Desse modo, do valor total pago pelo contratante ao contratado, deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve para executar o empreendimento, e a diferença entre esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, se por um lado o indesejado enriquecimento ilícito da Administração é evitado, por outro são desestimulados comportamentos ilícitos das licitantes e contratadas, que passarão então a adotar maiores cautelas em seus atos tendo em vista o receio e risco de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio.

79. A teoria do produto bruto, portanto, é mitigada pela obrigação do poder público descontar, do valor total que pagou à empresa que deu causa à nulidade, os custos

¹⁸¹ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253a106%2520ANOACORDAO%253a2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252c%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 24 abr. 2021.

demonstrados, resultando, assim, em um valor menor de imputação de débito à contratada. Por custos da contratada, deve-se entender, no caso de um orçamento típico de obra pública, os custos diretos da planilha orçamentária efetivamente executados, somados às despesas indiretas que usualmente fazem parte do BDI do contrato, excluindo-se, obviamente, o lucro (remuneração) contratual declarado como parcela ou componente do BDI. (Acórdão 130/2019)¹⁸²

Em remate, diante da nulidade da licitação/contrato em virtude da prática de corrupção ou improbidade, propõe-se que o contratado deva devolver, ao menos, parte dos valores recebidos, à razão direta do montante correspondente aos lucros auferidos com o contrato, além do sobrepreço, os quais podem ser quantificados por meio de perícia ou com base em estimativa judicial (descontados dos custos lícitos diretos e indiretos), cenário que oportuniza maior eficácia ou proteção suficiente ao direito fundamental à probidade administrativa.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou problematizar as discussões, travadas em casos de prática de atos de corrupção em processos licitatórios, a respeito da existência e intensidade de lesões ao erário, bem como da medida para o ressarcimento do Estado.

Destacou-se, nesse debate, posições antagônicas hodiernamente estabelecidas na doutrina e jurisprudência, de um lado sustentando-se a existência de presunção legal de dano ao erário (restituição da integridade dos valores ilícitamente contratados), e, de outro, defendendo-se que, cumprido de maneira útil o objeto contratado, a reparação deve se dar na proporção do dano material efetivamente comprovado (necessidade de comprovação de dano efetivo ao erário).

Diante da legitimidade das críticas de uma teoria em relação a outra, o artigo pretendeu evidenciar que, se de um lado uma corrente pode se apresentar excessiva, a outra, ao admitir ausência de lesão ao erário e inexistência de dever de ressarcimento, a despeito de comprovada a fraude ou dispensa indevida licitatória, em casos, por exemplo, de contraprestação útil e inexistência de sobrepreço, permite questionamentos quanto à proteção (in) suficiente do direito fundamental à probidade administrativa.

Nesse horizonte, o estudo propôs um pensar de novos rumos para a proteção ao patrimônio público, trazendo à baila o estado da arte quanto às teorias sobre o produto do ilícito (Teorias do Produto Bruto e do Produto Bruto Mitigado).

¹⁸² Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253*130%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 24 abr. 2021.

Expôs-se, então, que a Teoria do Produto Bruto, que parece ter recebido acolhimento legal no Brasil, alinha-se à ideia de devolução integral, ou seja, de restituição do valor total contratado ou despendido, sem qualquer espécie de abatimento ou desconto de custo/despesa porventura comprovado pelo particular para a consecução do contrato administrativo.

De outro canto, procurou-se mostrar que a Teoria do Produto Bruto Mitigado, acolhida em países como Estados Unidos e Itália, advoga que, nessas hipóteses, a devolução deve ser parcial, sendo franqueado ao agente privado o desconto dos custos/despesas licitamente experimentados no contrato administrativo, temperando-se, portanto, a reparação ao erário.

A adoção da Teoria do Produto Bruto Mitigado, conforme defende o presente artigo, propõe uma nova leitura dos danos ao erário em casos de prática de atos de corrupção em processos licitatórios, sugerindo que apenas os custos lícitos concretamente despendidos, e devidamente comprovados, na execução do contrato administrativo podem ser legitimamente apropriados pelo contratado de má-fé, não cabendo, todavia, a inclusão do sobrepreço eventualmente obtido, os custos ilícitos e, sobretudo, os lucros.

Em outros termos, propõe-se, à luz de citados precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, que o particular que contribui para a ilicitude ou age de má-fé em processos licitatórios ou dispensas de licitação, não aufera os lucros decorrentes da sua própria torpeza.

Desta forma, em remate, estar-se-á reconhecendo que, em casos de corrupção em processos licitatórios, não se pode legitimar o dano ao erário decorrente do lucro, cenário que assegura, à luz da regra da proporcionalidade, proteção suficiente ao direito fundamental à probidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BEBE, João Lucas Teixeira; BARBABELA, Leonardo Duque. Contratação decorrente de dispensa indevida de licitação: obrigação de ressarcir lucro real ou estimado obtido pela contratada. MPMG Jurídico, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007.
- ECHE, Luis Mauro Lindenmeyer. O dano presumido nas ações de improbidade administrativa: breves considerações sobre o tema. Revista Judiciária do Paraná. Curitiba, ano 13, n. 16, p. 205-226, nov. 2018.
- FARIA, Luzardo; BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 163-187, jul./set. 2018.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3. ed. Lumen Juris.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista Direitos Fundamentais e Democracia- UniBrasil, v. 14, n. 14.1, p. 618-688, ago./dez. 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2005. 14. ed.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gllmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, p. 131-142, 2004.
- MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Los Criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento ilícito y perjuicios causados por actos corruptos. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 04, p. 65-88, out./dez. 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2018.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional:

- teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- STEINMETZ, Wilson. Colisão de direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TISAKA, Maçahico. Orçamento na construção civil: consultoria, projeto e execução. 2. ed., São Paulo: Pini, 2011.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais. RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL E CIBERCRIMES*CIVIL RESPONSIBILITY AND CYBER CRIMES*Aline Koner¹⁸³Eleonora Laurindo de Souza Netto¹⁸⁴José Guilherme Xavier Milanezi¹⁸⁵José Laurindo de Souza Netto¹⁸⁶**INTRODUÇÃO**

Os crimes informáticos acontecem desde muito antes do advento da internet. Com ela, nasceram novos meios de interação social, como também subiu os índices da marginalização e criminalidade. A liberdade de expressão é um direito pelo qual muito se batalhou, contudo, a extrapolação na atividade desse direito é comum, principalmente de maneira online.

O artigo 8º do Marco Civil da Internet trouxe a garantia à privacidade e à liberdade de expressão como parte do pleno exercício do direito de acesso à internet. Por alguns momentos a legislação aparenta ser demasiadamente repetitiva, contudo, trata-se de uma atenção redobrada para que cada parte do que toca à grande rede tenha suas regulamentações bem norteadas.

Com efeito, o *caput* aduz que os provedores de internet serão responsáveis por assegurar que dentro dessa relação estejam respeitados os direitos a privacidade e liberdade de expressão.

Ou seja, deste modo, percebe-se que a lei procurou resguardar o direito de um, sem oprimir o direito de outro. Nos dias de hoje, a rede mundial de computadores, por meio das redes sociais, tem sido usada frequentemente para práticas abusivas, principalmente no tocante aos crimes contra a honra, como também a injúria racial, a calúnia e a difamação. Posto isto, como instituir controle legal e coerção estatal na internet?

¹⁸³ Pós-graduanda em Prática na Advocacia na Faculdade de Educação Superior do Paraná – FESP-PR. Especialista em Ministério Público–Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Bacharel em Direito pela Faculdade Santa Cruz – FARESC. Assessora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: alinekoner@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9134-3129>. <http://lattes.cnpq.br/0281967128881184>

¹⁸⁴ Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Université Paris1 Pantheon-Sorbonne. Especialização em Direito Civil pela Universidade Panthéon-Assas Sorbonne. Pós-Graduação em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

¹⁸⁵ Especialista pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Bacharel em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (Jacarezinho/PR); Juiz de Direito da Comarca de Cerro Azul. E-mail: jgxm@tjpr.jus.br

¹⁸⁶ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade degli Studi di Roma La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná.

A limitação do direito na aplicação da punição ao agente infrator da norma, é a única forma condizente para controlar os abusos e alcançar os infratores da norma. Evidentemente, a informação dos usuários, principalmente as gerações mais jovens, quanto ao uso consciente da internet também é de extrema importância.

O presente trabalho tem como finalidade abordar os fatos históricos referentes ao avanço da internet, desde sua criação até sua disseminação na coletividade, por meio de pesquisa bibliográfica de conceitos históricos, bem como observações de casos de crimes cibernéticos no Brasil e como a legislação brasileira tenta resolver esses delitos.

A internet vem crescendo a cada dia, de forma que, nos dias de hoje, quase metade da população mundial possui acesso à rede, o que torna as medidas de restrição e conscientização ainda mais urgentes. Desse modo, a internet não só viabilizou o acesso ilegal a dados, como também gerou uma espécie de realidade virtual. Os usuários apresentaram um falar, um meio de comunicação social, próprios dessa realidade.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL, MARCO CIVIL DA INTERNET E SEUS PRINCÍPIOS

1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está intimamente relacionada ao desenvolvimento da relação entre seres humanos. Isso porque a palavra responsabilidade traz consigo uma ideia de reequilíbrio, a fim de restituir ou ressarcir eventual prejuízo.

Em outras palavras, quando um indivíduo venha a praticar uma ação, ou omissão, que traga danos a terceiros, este deverá ser responsável pelas consequências, devendo trazer novamente equilíbrio para a balança social. Sendo assim, responsabilidade é um fenômeno social.

Portanto, de acordo com Carlos Roberto GONÇALVES dentro da noção de responsabilidade civil, haverá essa obrigação de indenizar por parte de uma pessoa que tenha cometido pessoalmente o ato antijurídico, ou seja por ele responsável. Poderíamos ainda colocar que a responsabilidade civil está ligada a uma consequência jurídica gerada por ação, omissão, risco, negativa de um direito assegurado, má prestação de serviço, entre tantas outras formas (GONÇALVES, 2016, p. 25 - 28).

Podemos dizer que a responsabilidade decorre do abuso de normas jurídicas ou morais. A depender da violação, haverá ainda a possibilidade de infringir leis morais e do direito.

Ora, isso porque o campo da moral é mais abrangente que o do direito. Contudo, só haverá responsabilidade jurídica quando houver infração a uma norma existente em alguma legislação vigente de modo a lesar terceiro. Quando assim o for, o agente será obrigado a indenizar.

Já na esfera da responsabilidade moral, é possível aduzir que se trata da consciência individual. Nesse sentido, o ser humano se sentiria responsável perante si, ou perante Deus, caso seja moral religiosa; mas não há qualquer prejuízo a uma terceira pessoa. Sendo assim, da responsabilidade exclusivamente moral não será possível aventar responsabilidade jurídica.

1.2 CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO E A IMPORTÂNCIA DA INTERNET

No Brasil, em um primeiro momento, a reparação do dano era estritamente vinculada à condenação criminal, nos moldes do Código Criminal de 1830. Apenas anos mais tarde adotaram a ideia de independência entre as esferas civil e criminal.

Já o Código Civil de 1916 trouxe a ideia propagada pela teoria subjetiva, exigindo culpa ou dolo do autor do ilícito para que esse fosse responsável pela obrigação de reparar. Subsistia, ainda, a presunção de culpa do causador do dano em alguns casos.

Todavia, com o desenvolvimento do setor industrial, bem como a ampliação das relações sociais e comerciais, proliferou-se os danos. Com efeito, surgiram novas teorias, almejando, sobretudo, maior proteção aos lesados.

Atualmente, nosso Código Civil prevê a responsabilidade civil com base na culpa do autor, mas autoriza que em alguns casos determinados por lei, a imputação objetiva do dever de reparar.

De igual forma, a nossa Constituição Federal de 1988 preconiza como direito fundamental a proteção do indivíduo pela responsabilidade civil. Assim podemos atestar toda a relevância deste instituto para as relações sociais e comerciais da nossa comunidade. O legislador constitucional estava almejando a manutenção da ordem jurídica, protegendo bens e direitos e reprimindo o ato lesivo.

Deste modo, a responsabilidade subjetiva será a regra geral do nosso Código Civil, mas ante a teoria do risco e do dano objetivo, inovou o legislador a fim de prever algumas situações que serão abarcadas pela responsabilidade objetiva. Será competente aos órgãos do judiciário fazerem a leitura de acordo com o caso concreto para decidir sobre o dever de indenizar.

Com fins didáticos, não abordaremos todos os artigos do Marco Civil da Internet. Então se faz necessário analisar o artigo 6º da Lei Federal 12.965 para que permita elucidar a interpretação da legislação no que trata sobre a grande rede.

Vejamos:

Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.¹⁸⁷

Deste modo, de acordo com Tarcisio TEIXEIRA as normas jurídicas realizadas para a internet deverão sempre buscar harmonia com demais legislações, mas

¹⁸⁷ BRASIL. Lei Federal nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

entendendo seu objetivo precípua. Com efeito, os princípios e objetivos do Marco Civil da Internet nos apresentam a sua importância no desenvolvimento da nossa sociedade tecnológica (TEIXEIRA (coord.), 2015, p. 12 – 13).

Então nesse conjunto de circunstâncias, lembrando sempre que a internet detém alto grau de maleabilidade, ou seja, evolui e adapta seus meios e ações em alta velocidade, ENTENDER QUE A REDE ALMEJA o desenvolvimento humano e social se queda como norte no pensar jurídico da Lei.

A despeito de qualquer evolução digital, devemos nos manter seguros no caminho de se respeitar o ordenamento jurídico, mas permitindo as alterações que a dinâmica da tecnologia nos traz. Não é demais lembrar que aqui podemos novamente sobrelevar a importância de se responsabilizar eventuais transgressores, penal e civilmente, para que se mantenha a ordem social.

Somente assim poderemos aproveitar as vantagens e facilidades da tecnologia, sem abrir mão de nenhum direito e garantia.

1.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ANÁLISE DE SEUS ARTIGOS 1º E 2º

A internet é um fenômeno social e cultural que impacta de forma significativa o século XXI. Assim, restou alteradas as relações comerciais e de trabalho, bem como relacionamentos pessoais e de nações.

Vivendo essa denominada “Terceira Onda”, ou em outras palavras, “Revolução Digital”, temos que a globalização e o estreitamento dos laços permitiram que fossem disseminadas ideias. Assim, tivemos o surgimento de diversas campanhas on-line que possuíam interesses coletivos, como efetivação dos direitos civis e proteção do meio ambiente, porém também permitiu o surgimento de estruturas criminosas, que se aproveitam das facilidades da internet para propagar seus danos.

Assim, o Estado com o Marco Civil tenta um maior controle. Assim pretende-se regulando as atividades garantir privacidade, sigilo e liberdade de imprensa.

Vale associar a leitura desse artigo ao que preconiza o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que também versa sobre liberdade expressão:

Art. 5º (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.¹⁸⁸

¹⁸⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jan. 2020.

Salta aos olhos que por um lado a internet se mostra um local perfeito para as pessoas se manterem no anonimato, em razão da própria tecnologia, por outro a Constituição Federal de 1988 veda esse tipo de situação.

Tarcisio TEIXEIRA, explica ainda, que atualmente há mecanismos de segurança que permitem que os provedores identifiquem os usuários que tentaram se manter no anonimato. Contudo, nem sempre isso é possível, a depender da expertise do transgressor com a tecnologia digital, e quais são os sistemas adotados pelos prestadores de serviço (TEIXEIRA (coord), 2015, p. 14).

Vale deixar claro, contudo, que se trata de um assunto complexo e que quando da análise de qualquer caso concreto envolvendo responsabilização do usuário anônimo, ou do provedor de internet que não conseguiu fornecer dados, deve ser analisado minuciosamente as legislações e regulamentações disponíveis.

Já ao que tange ao marco civil da internet, regulamentado pela lei federal 12.965/2004, é uma referência legislativa brasileira no assunto. Assim, alguns doutrinadores no direito denominam o marco civil como ‘constituição da internet’.

Isso porque é uma legislação que nos traz não só princípios, mas também parâmetros gerais sobre o uso da internet no Brasil. Assim, poderemos perceber princípios, direitos e deveres, bem como as diretrizes a serem tomadas pelo poder público.

Veja-se que o Marco Civil da Internet poderá ser utilizado para consolidar a liberdade de expressão, porquanto auxilia o cidadão a não só se comunicar, mas também se manifestar sobre qualquer assunto. Assim, o medo que se criava em relação a uma eventual insegurança no tema, deve restar afastada (LOPES, 2016).

É importante consignar que antes da referida lei, os poderes públicos, mormente o judiciário, se viam sem legislações específicas para tratar e debater o tema. Veja-se que em decisões judiciais, havia insuficiência de fundamentação legal para dirimir e solucionar disputas.

Deste modo, o Poder Legislativo buscou opções. E não tentou solucionar esse problema sozinho, pois a Câmara dos Deputados disponibilizou o projeto de lei para ser consultado e debatido entre os cidadãos antes da discussão legislativa.

Assim, almejou-se uma maior transparência no processo legislativo. Cidadãos que fossem usuários, bibliotecárias, funcionários de empresas de tecnologias, enfim, que tivessem algum envolvimento com a internet tinham seu direito de voz.

Ademais, uma das dificuldades encontradas nesse debate, mas que ainda se enfrenta, é a questão de termos técnicos. Em um lado, operadores do direito aplicam seus termos no estudo da legislação; em outro, os indivíduos que lidam com tecnologia aplicam termos técnicos que também podem causar confusão aos juristas.

Seja como for, vejamos o objetivo da legislação de acordo com seu artigo 1º: “Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”.

Pois bem. Esses ideais nortearam as decisões judiciais. Assim a legislação aduziu que o Estado deverá proteger os direitos do cidadão, inclusive em situações

que envolvam a informática. Assim, não é repetitivo dizer que em nosso mundo globalizado, o Estado precisa ter atenção nesse tema.

Ora, não há como se olvidar que ante a ausência de lei, como já aventado, havia uma multiplicidade de abusos, que hoje são enquadrados como cybercrimes que não recebiam qualquer resposta. Desta feita, com o Marco Civil, pode-se regular as atividades e assegurar os direitos dos cidadãos.

Desse modo, apesar de existirem alguns temores sobre essa legislação, esses no sentido que essa legislação seria utilizada justamente para tolher a liberdade individual e de livre expressão; ocorre que tal pensamento está distante da realidade. Como podemos depreender do artigo 2º, a lei é justamente pautada na liberdade de expressão.

Adiante, sobre o inciso I, temos que este apenas assegura que as fronteiras da internet sejam globais. Trata-se de um processo de definição para que não reste lacunas interpretativas que permitam condutas ilícitas sem respostas pela legislação.

Já sobre o inciso II, temos a preocupação do legislador com os direitos humanos. Buscando maior aproximação com a temática do curso, qual seja os cybercrimes, temos que desde o início da Internet havia situações que violavam direitos fundamentais.

Exemplificando: casos como pedofilia e divulgação pela internet de imagens de pornografia infantil precisavam ser tratadas exclusivamente em âmbito penal de maneira oblíqua. Faltavam normativas que trouxessem medidas para auxiliar no combate a este tipo de crime no meio on-line.

Deste modo, quis o legislador que fossem solidificadas as ideias de proteção ao ser humano. O zelo aqui se faz imperioso para que seja assegurada o exercício da cidadania por todos os usuários da grande rede.

A seu turno, o inciso III preza pela pluralidade e a diversidade. Esse preceito passa muito pela ideia de liberdade de expressão, pois a internet, com ampla participação, pode assegurar a pluralidade e a diversidade.

Todavia, assegurar essa diversidade também importa um cuidado sobre todos usuários que farão uso da rede mundial. Deve-se ter em mente o respeito às individualidades de cada ser humano e proteger sua dignidade.

Já o inciso IV, preza pela abertura e colaboração, que se trata de um compartilhamento de informações. Uma das características da globalização é justamente uma abertura de dados e comércios entre países. Portanto, umas maiores transparências, bem como a liberdade de opinião, ficam como pilares desse tipo de sociedade que vivenciamos.

Sendo assim, para bom andamento da internet, uma boa abertura é essencial. Assim, diversos programas podem agir na rede, a fim de se desenvolver e adaptar.

O inciso V cuida da livre iniciativa e a defesa do consumidor que irá se fazer presente na rede. Há um cuidado com o mercado que irá atuar a fim de atender a demanda do consumidor no que toca à grande rede. Com efeito, a atividade econômica, para ser verdadeiramente livre, precisa estar de acordo com a regulamentação vigente.

Anteriormente, a inerente não apresentava regras adequadas ao seu meio. Com o passar dos anos, as redes sociais e sites, bem como a legislação vigente se adaptou e evoluiu para atender de forma coerente o mercado.

Enfim, vale ressaltar que é reconhecida a liberdade como premissa na internet. Mas para isso ser coerente de acordo com nosso ordenamento jurídico, precisa ser preservado o interesse da coletiva.

Por fim, o inciso VI traz a atenção para a finalidade social da rede. Deve-se, então, analisar essa parte do artigo com os demais princípios e objetivos do Marco Civil. Isso porque não há como analisar separadamente esta ideia do legislador.

Portanto, a liberdade de expressão – uma vez mais - e o acesso à informação, devem ser levados em conta quando da interpretação da lei. A norma sobre a rede deverá sempre proteger os demais direitos constitucionais, mas possibilitando na medida do possível a finalidade precípua da grande rede (BARROSO, 2008, p. 352).

1.4 PRINCÍPIOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Adiante, a lei prevê os princípios que irão nortear o uso da internet no Brasil. Vejamos o texto normativo:

ART. 3º A DISCIPLINA DO USO DA INTERNET NO BRASIL TEM OS SEGUINTE PRINCÍPIOS: I - GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, COMUNICAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; II - PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE; III - PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS, NA FORMA DA LEI; IV - PRESERVAÇÃO E GARANTIA DA NEUTRALIDADE DE REDE;
V - PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE, SEGURANÇA E FUNCIONALIDADE DA REDE, POR MEIO DE MEDIDAS TÉCNICAS COMPATÍVEIS COM OS PADRÕES INTERNACIONAIS E PELO ESTÍMULO AO USO DE BOAS PRÁTICAS; VI - RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES DE ACORDO COM SUAS ATIVIDADES, NOS TERMOS DA LEI; VII - PRESERVAÇÃO DA NATUREZA PARTICIPATIVA DA REDE; VIII - LIBERDADE DOS MODELOS DE NEGÓCIOS PROMOVIDOS NA INTERNET.¹⁸⁹

Então, nos mesmos moldes do artigo 2º, vamos analisar detidamente cada inciso.

O inciso I, traz uma vez mais a garantia de liberdade de expressão como sustentáculo do Marco Civil da Internet. Assim, aventando também pela

¹⁸⁹ BRASIL, Lei Federal nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

liberdade de comunicação e manifestação do pensamento, faz a ressalva que seja dentro dos termos da Constituição Federal.

Deste modo, Marcelo Frullani Lopes (2016) assevera que a liberdade do usuário irá estar adstrita aos seus deveres enquanto cidadão. Então, não deverá agredir o direito de terceiros, bem como entender que a liberdade de seu pensar deve estar dentro de limites impostos também pela responsabilidade de informação. Em outras palavras, caso o cidadão não ofenda honra alheia, ou manipule informações que causem confusão na sociedade, ele estará protegido pela livre pensar, assegurado constitucionalmente.

Nesse ponto, vale ressaltar que as velocidades de propagação das notícias pela internet são muito superiores aos outros meios, inclusive rádio e televisão. Então há de se sobrelevar o cuidado em não difundir as denominadas fake News, as quais poderão ser melhor abordadas oportunamente.

A seu turno, o inciso II prevê a proteção da privacidade. É intrigante perceber que a privacidade ganhou esse parâmetro de princípio na lei, porquanto dentro do tema internet, há um receio justificado em que se quebrem sigilo de diversas informações pessoais.

Assim a legislação teve o cuidado de se prever como norte para demais regulamentações que o cidadão tenha sua vida privada protegida. Caso seja desrespeitado esse princípio, os servidores e eventuais hackers estarão sujeitos às penalidades da lei.

Já o inciso III prevê a proteção dos dados pessoais. Trata-se de um princípio de suma importância, porquanto há uma preocupação generalizada quanto a roubo de identidades e dados financeiros.

Com eventuais vazamentos dos dados de caráter pessoal, permitiria o mal-uso destes. Exemplificando os possíveis danos: Seria possível utilizar dados pessoais para responsabilizar determinado indivíduo de algumas condutas delituosas pela internet, atribuindo falsamente à pessoa que teve seus dados perdidos na rede por algo que sequer tem conhecimento; noutro ponto, permitiria que hackers acessassem contas bancárias e fizessem transações livremente sem anuência do dono da conta.

O inciso IV traz a preservação e garantia da neutralidade de rede. É possível resumir o princípio da neutralidade aventando que a internet será para qualquer fim específico por parte do usuário. Em outras palavras, o internauta não pode ter seu acesso discriminado em razão do que ele irá fazer navegando na web: checar e-mails, visualizar e postar em redes sociais, fazer compras, pesquisas sobre determinados temas.

Assim, velocidade de navegação não pode ser alterada pelos provedores de internet em razão do tipo de consumo feito pelo usuário. A transmissão, comutação e roteamento devem ser iguais.

A seu turno, o inciso V prevê que deverá se adotar padrões internacionais, bem como estimular a perícia técnica que assegure a estabilidade, a segurança e a funcionalidade da rede. Todos os envolvidos nesse processo demandam que haja todas essas características para um uso seguro da internet.

Ora, desde usuários individuais, passando por grandes negócios que façam uso do meio digital, até o próprio Estado, demandam segurança e estabilidade da internet. É um princípio muito claro, porém é importante sobrelevá-lo ante sua importância.

Por sua vez, o inciso VI é igualmente incontestável. Isso porque assegura que haverá responsabilização dos agentes proporcionalmente aos seus danos e suas atividades. É um princípio signficante para nosso curso, que pretende versar sobre responsabilidade civil, então veja-se que a legislação já prevê que eventuais condutas que gerem danos deverão gerar responsabilidade de indenizar de acordo com o nexu causal e as teorias cíveis.

O inciso VII aventa o princípio da preservação da natureza participativa. Aqui é outra relevante particularidade da internet, pois muitos usuários realmente buscam essa participação global com outras pessoas.

Insta consignar que o próprio debate sobre o Marco Civil da Internet foi permeado por essa natureza participativa, pois todas as partes envolvidas que desejaram debater o tema, tiveram sua voz por meio de blogs e no canal de discussão trazido pela Câmara dos Deputados.

Avante, o inciso VIII aduz pela liberdade dos modelos de negócios. A evolução do meio digital é intensa e líquida, de modo que seria extremamente exaustivo para a legislação tentar acompanhar seu compasso.

Este princípio então prevê que o meio digital poderá adaptar seus negócios como for, desde que atendendo as regulamentações e legislações vigentes. Alguns exemplos de modelo de negócio:

- M-Commerce: Comércio eletrônico focado em celulares.
 - B2C (Negócio-a-Consumidor): Lojas exclusivamente fixadas na internet que almejam vendas para consumidores finais. Groupon e Peixe Urbano podem ser exemplos.
 - B2B (Negócio-a-Negócio): Negócios comerciais que restam na internet que vendem somente para outras empresas. Há empresas que também vendem para consumidores finais, mas tem um foco especial em vender para outras empresas, sendo a Dell um exemplo.
 - Consumidor a Consumidor: plataformas de compra e venda entre próprios consumidores. Mercado Livre surgiu como uma espécie de C2C
 - Marketplace: centro de compras com diversos fornecedores.
- Atualmente o Mercado Livre é um Marketplace, assim como a Amazon.

Contudo, vale mencionar que a revolução recente trouxe alguns serviços on-line como aluguel de vídeos (Netflix) e redução de intermediários, como agências de turismo (booking.com).

Seja como for, o parágrafo único ainda prevê que os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Destarte, deverá sempre se manter atenção em normas específicas que possam permear o assunto.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO PENAL INFORMÁTICO

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

A classificação dos crimes cibernéticos acontece da seguinte forma:

Os crimes informáticos próprios em que o bem jurídico violado é a própria tecnologia da informação. Trata-se de acordo com Damásio de JESUS, de um dos pilares que a novel legislação conseguiu preencher as lacunas. Anteriormente havia demasiada ofensa aos princípios da legalidade, sobretudo em seus pontos que versam sobre taxatividade e reserva legal (JESUS, 2016, p. 25 - 27).

Por outro lado, os crimes informáticos impróprios são aqueles que a tecnologia atua como meio para o cometimento do delito. Assim, outros bens jurídicos tutelados pelo Código Penal são atingidos com o auxílio da informática. Importante que a nova legislação ainda que tenha trazido alguns elucidamentos sobre o tema, fato é que a legislação anterior era suficiente para dar respostas penais aos crimes.

Os crimes informáticos mistos ocorrem quando há ofensa a mais de um bem jurídico. É uma situação complexa onde além do dano ao bem jurídico informático há outro bem jurídico tutelado.

Já o crime informático indireto acontece quando o agente utiliza a tecnologia como meio para praticar um delito fim de outra ordem. Um bom exemplo é quando o autor captura dados pessoais de determinada pessoa para ofender sua honra. Outro cenário possível para melhor compreensão é quando um *hacker* adquire violando sistemas de segurança dados bancários e furta todo patrimônio da vítima. Importante consignar que pelo princípio da consunção o autor do delito tão somente respondera pelo crime que tinha por finalidade.

2.2 COMPETÊNCIA E LUGAR DO CRIME INFORMÁTICO

Demonstrada A territorialidade do delito segue as regras previstas pelo Código Penal e de Processo Penal.

Vale dizer que o Brasil aduz como competência da Justiça Federal caso seja praticado contra bens da União ou que por Convenção ou Tratado o Brasil tenha se comprometido a combater.

Seguindo a ideia de ubiquidade prevista no artigo 6, o lugar do crime será precisamente o local onde ocorreu a ação ou omissão. Exemplificando, caso o autor em Brasília danifique dados de alguém em São Paulo, o dispositivo que sofreu o ataque será o juízo competente para processar e julgar o crime digital.

Crimes praticados no estrangeiro não seguem as nossas normas, sem embargo de poderem haver tratados de extradição.

Seja como for, vale atentar ao artigo 70 do CPP que irá versar que o juízo competente será de acordo com o local da infração:

Art. 70. A competência será, de regra, determina pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de

tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. § 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução. § 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado. § 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.¹⁹⁰

Assim, recomenda-se extrema diligência e cuidado ao compulsar e analisar um delito informático na hora de se estabelecer a competência de processamento e julgamento.

3 LEGISLAÇÃO PERTINENTE AOS CRIMES INFORMÁTICOS

Demonstrada nossa evolução acerca do cuidado legislativo sobre a internet, agora iremos nos debruçar sobre como o Brasil legisla sobre crimes informáticos.

De plano, veja-se que o Brasil adota o princípio da legalidade como um dos pilares no Direito Penal. Sendo assim, não haverá crime sem lei anterior que o defina.

Nessa linha de ideias, Damásio de JESUS expõe que sobressai a dificuldade em se criminalizar ações perpetradas sobre tecnologia da informação. Muitas vezes até o processo legislativo se encerrar, ela já pode se mostrar obsoleta. Razão não é outra para termos debatido sobre os princípios, direitos e deveres que solidificam o Marco Civil da Internet (JESUS, 2016).

Seja como for, o Brasil adotou algumas estratégias para tentar, com propriedade, condenar técnicas informáticas que estivessem causando desordem. A proposta passa por versar sobre Técnica, Comportamento e Crime.

A técnica será um procedimento, método, *software* que ao ser utilizado possa caracterizar uma conduta. Vale dizer que poderá ser elaborada tanto manualmente quanto automaticamente, por meio de ferramentas ou métodos automatizados. Exemplo: *SQL-INJECTION*, o qual representa um código que pode destruir a base de dados de um sistema informático e roubar suas informações.

No entanto o comportamento é o ato executado por uma ou mais técnicas. Podem ser realizadas individualmente ou por uma pluralidade de agentes; ação ou omissão. Seus alvos poderão ser dispositivos ou sistemas informáticos, bem como rede de computadores.

¹⁹⁰ BRASIL. Decreto Lei Federal nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

O crime praticado serão um ou mais comportamentos, que utilizam uma ou mais técnicas que ofendam algum bem jurídico de terceiros protegidos por lei. Assim, a depender da legislação de determinado país a conduta poderá ser ou não considerada criminosa, sem prejuízo de eventuais ações de indenização em âmbito cível.

Seja como for, é importante perceber que as técnicas e comportamentos serão dificilmente tão somente enquadradas como crimes, porquanto há de se observar demais regras, como a lesividade que exige um dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Portanto, exige-se um maior cuidado por parte do operador do direito, para que este entenda as peculiaridades do mundo digital ao analisa-lo e tentar atuar sobre.

Com efeito, identificar com precisão e estudo quais comportamentos merecem a tutela penal e ter sua conduta sobrelevada a um crime, deve realmente constituir uma atividade danosa de maneira inequívoca.

3.1 DIREITO PENAL INFORMÁTICO E PRIMEIRAS REFORMAS

No último capítulo, foi possível analisarmos alguns comportamentos informáticos que podem ser nocivos a terceiros. Assim, algumas dessas técnicas serão consideradas pela legislação pátria como merecedoras da tutela penal.

Com efeito, caso as condutas humanas perpetradas pelos agentes venham a ser consideradas ‘crimes digitais, essas deverão estar rigorosamente dentro das regras. E, como já foi debatido no teor deste trabalho a respeito dos processos legislativos envolvendo tecnologia e informática, anteriormente buscava-se punir não só as técnicas, mas sua constante mutação impedia precisão técnica normativa (JESUS, 2016).

Foi assim que apenas os atos realmente danosos foram considerados crimes, dada sua relevância. Dessa forma, quando houver bem jurídicos violados, haverá um crime digital, ou cibercrime, mas sempre a depender do que exatamente for executado.

Vejam os principais exemplos de condutas que podem ser criminalizadas ou não, a teor que preconiza os principais doutrinadores no tema:

- **Acesso ilegítimo:** é um acesso sem qualquer previa autorização. Veja-se que nem sempre haverá propriamente uma invasão do sistema, ou seja, quebrar mecanismos de segurança para proteção da integridade dos dados. O Brasil buscou analisar algumas convenções internacionais para tipificar de maneira acurada esse delito. Assim, caso o acesso tenha o dolo de agir de maneira ilegítima, ele poderá ser enquadrado pela lei específica (Lei 12.737/2012) ou artigo 154-A do CP a depender da situação (RAMIDOFF, 2017, p. 42 - 43).

- **Interceptação Ilegítima:** Esse crime é previsto pelo artigo 10 da lei 9.276. Vejam: esse crime é quando o autor se faz utilizar de técnicas e artefatos informáticos para capturar dados e informações de qualquer tipo de comunicação ou transmissão particular.

- Interferência de dados: é um dano informático cometido a fim de alterar, deteriorar ou acabar com algum dado. Para ser considerado propriamente um crime informático, o autor deverá invadir o sistema utilizando técnicas ou artefatos tecnológicos a fim de burlar o sistema de proteção. Assim sera enquadrado no artigo 154-B do CP. Mas caso seja tão somente um dano informático, o crime será tão somente de Dano, a teor do artigo 163
- Interferência em sistemas: Ocorre quando o autor age com dolo a fim de ilegitimamente obstruir gravemente a performance de um sistema digital. Nesse sentido, os dados informáticos constantes serão introduzidos, transmitidos, danificados, eliminados, deteriorados ou suprimidos. O Brasil, com o advento da Lei 12.737/2012, tipificou o delito de interrupção ou perturbação de serviços telefônicos e informáticos.
- Uso abusivo de dispositivos: qualquer artefato ou técnica informática que seja utilizada para fins criminosos, poderão ser enquadrados como crime. Após a lei 12.737 de 2012, o artigo 154 do CP prevê punição para o invasor e ao agente que desenvolveu o artefato que permite acessar indevidamente sistemas digitais. Já o artigo 325 do CP prevê sobre crimes de sigilo da Administração Pública.
- Falsidade ou fraude informática: Esse crime ocorre quando o agente se aproveita da manipulação de dados, seja por meio da introdução, alteração, eliminação ou supressão dos arquivos. No Brasil, utilizamos o artigo 299 do CP de maneira ordinária, pois é falsidade ideológica de alguns documentos, até estelionato dependendo da maneira com usam esses dados. Contudo, não será crime quando for um banco de dado exclusivamente privado e não houver demais ações. Já no que toca à administração pública, o artigo 313, introduzido em 2000, e 313-B tem crimes cometidos por funcionários públicos. O 325 do CP, inciso II do parágrafo 1º, é quando algum particular atacar a Administração Pública
- Burla Informática: Uma ação dolosa que busca benefício informático originado de um dano informático. A depender do benefício recebido, será melhor enquadrado em algum tipo penal, a teor do que foi debatido no último ato informático
- Furto de dados ou vazamento de informações: Trata-se de um ato delituoso informático de difícil tipificação. O autor cópia ou move algum dado ou informação confidencial ou protegida por algum sistema. Alguns enquadramentos possíveis são a interceptação telemática, da lei 9276 de 96. A depender do uso desses dados, também as autoridades enquadravam como concorrência desleal, elencado pelo artigo 195 da Lei 9279 de 96. Caso houvesse algum vazamento de dados, o tipo seria o 153 do CP. A seu turno, a Lei 12.737 de 2012 trata como invasão de dispositivo informático, caso não seja crime mais grave. Um exemplo interessante é caso um ex-funcionário ainda receba e-mails funcionais, não será qualquer tipo de crime, mas sim negligência da empresa.
- Pichação informática ou *defacement*: Esse crime é cometido quando há algum tipo de alteração nas páginas on-line. Com efeito, o autor

busca incluir alguma ‘pichação’, ou seja, inserir no banco de dados, por meio de um acesso indevido, alguma mensagem específica. Os crimes podem ser de dano, honra, ou concorrência desleal.

- Envio de mensagens não solicitadas: famoso spam. O envio constante de mensagens não solicitadas pode causar danos ou prejuízos, seja por dano ao sistema informático, seja por outros virus adquiridos. Tirando essas situações, o Brasil não tem legislação sobre spam

- Uso indevido informático: Não há tipo penal específico. Seja como for, caso o agente utilize de maneira indevida sistemas informáticos, causando prejuízos ou danos ao sistema, poderá ser averiguada a extensão dos problemas causados e se serão tutelados penalmente.

Pois bem. A tutela penal dos direitos informáticos demandou algumas reformas.

Ora, O nosso Código Penal vigente é da década de 40, ao passo que a tecnologia deu grandes saltos a partir da década de 90.

Com efeito, Tarcísio TEIXEIRA explica que as legislações e normas presentes em nosso ordenamento jurídico até então não se mostravam suficientes para atender a questão. Obviamente, muitos casos ainda eram possíveis de serem tratados com o conteúdo disponível, mas havia muita margem para analogias *mallam parte*, que são vedadas pelos princípios penais (TEIXEIRA (coord), 2015, p. 15).

Sendo assim, a informática despontou como bem jurídico relevante a ser versado sobre norma penal.

Alguns princípios penais foram elencados para que fosse possível compreender melhor os desafios que surgiram ante a revolução digital.

Assim, dada a relevância crescente da tecnologia e da internet em nossa sociedade, os aspectos danosos de eventuais desvios na utilização das técnicas e artefatos, como amplamente discutido nos últimos temas, permitiram que legisladores dessem a atenção para o tema.

Vale ressaltar que ainda temos dificuldades em termos investigativos nos crimes digitais. Contudo anteriormente não havia tipos específicos que pudessem nortear as ações das autoridades competentes a fim de proteger penalmente o âmbito informático

Os crimes informáticos, enfim, detêm demasiada relevância nos campos da honra e da economia. Assim, pessoas físicas ou jurídicas que tenham seus dados particulares, econômicos, financeiros, comprometidos pelas condutas delituosas poderão receber proteção.

O juízo de reprovação, então, incide sobre precisamente essa violação de dados e informações privadas. Foi nesse contexto que a Lei 12.737 de 2012 foi promulgada como veremos adiante com maior propriedade.

O conceito de crime informático pela *Organization for Economic Cooperation and Development* é: “qualquer comportamento ilegal, aético ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados

ou informações, a falsificação de programas, o acesso e/ou o uso não autorizado de computadores e redes”.

Seja como for, um crime informático será inerente à tecnologia. Por um lado, ela será o meio do cometimento do crime, ou fará parte diretamente do dano causado. Em outras palavras, ela será o meio ou o fim do delito.

Nesse sentido, é relevante compreender que não somente hackers irão cometer crimes informáticos, mas qualquer pessoa.

3.2 SURGIMENTO DA LEI 12.737 DE 2012 – LEI CAROLINA DIECKMANN

O contexto em que surgiu a Lei de Crimes Cibernéticos é de conhecimento geral. Contudo, não é demais lembrar que ocorreu ante ao vazamento ilegal de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, razão pela qual levou seu nome à legislação (RAMIDOFF, 2017, p. 10 – 11).

O Brasil já tinha um projeto legislativo que tramitava desde de a década de 90. A criminalização de algumas condutas que não possuíam qualquer resposta penal, permitia anonimato ao criminoso que lograva êxito em sua empreitada criminosa com o amparo de seu computador.

Com efeito, após a criação de delegacias específicas para investigar delitos digitais, imperioso se fez tipificar novos crimes e elucidar condutas. E assim, graças ao fato que foi levado a conhecimento nacional da suposta invasão ao sistema de dados da atriz que teve suas fotos íntimas divulgadas na internet, houve um tramite legislativo agilizado pelas autoridades públicas (RAMIDOFF, 2017, p. 10 – 11).

Seja como for, não é demais lembrar que os setores de bancos também demandavam novas regulamentações, porquanto havia uma severa onda de golpes e fraudes digitais, que traziam amplos prejuízos e que não tinham uma resposta adequada.

Então, como resposta à nossa sociedade contemporânea exposta a riscos, optou o legislador brasileiro por elaborar uma legislação sobre crimes cibernéticos, mas sem muita profundidade. Em outras palavras, aprovou-se normas penais para responder algumas condutas que estariam causando confusão e insegurança, mesmo que sem amplo debate sobre o tema, para proteção de direitos supraindividuais.

CONCLUSÃO

Com o surgimento de novos ambientes virtuais cada vez mais dinâmicos e distintos, ante o desenvolvimento acelerado da tecnologia para transmissão de dados, fica evidente o aumento do acesso à Internet em todos os âmbitos da sociedade.

Essa nova era digital, por não dispor de normas claras, propicia uma maior liberdade e o surgimento de delitos estimuladas pelo anonimato existente na rede. Tal cenário aumenta a situação de insegurança virtual no Brasil, que vem se enfatizando por ser o responsável por parte considerável

dos incidentes e comportamentos impróprios na Internet. Partes das condutas criminosas já são tipificadas no Código Penal, precisando somente de ajuste ao meio informatizado.

Contudo, algumas tipificações ainda são inexistentes no atual ordenamento jurídico, fato que já está sendo estudada pelos legisladores. Assim, faz-se primordial o avanço dos procedimentos utilizados por parte dos usuários da Internet no Brasil, com políticas públicas mais eficaz que colaborem para um melhor serviço das autoridades judiciais e policiais. Punindo e tipificando condutas ainda determinadas, sem olvidar de aprimorar a educação, semeando valores de apreço ao próximo, para que o nosso país não seja mais conhecido como campeão de fraude e ilicitudes nos meios digitais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 352.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto Lei Federal nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.
- BRASIL. Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.
- BRASIL. Lei Federal nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.
- BRASIL. Lei Federal nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.
- BRASIL. Lei Federal nº. 13.735, de 30 de novembro de 2012. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm. Acesso em: 28 abr.2021.
- BRASIL. Lei Federal nº. 13.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- JESUS, Damásio de. *Manual de crimes informáticos*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES, Marcelo Frullani. *Entrave tecnológico provoca impasse sobre Marco Civil e anonimato*. Revista Consultor Jurídico, 17 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/entrave-tecnologico-provoca-impasse-marco-civil-anonimato>.
- SILVA, Angelo Roberto Ilha da (org). *Crimes cibernéticos: racismo, cyberbullying, deep web, pedofilia e pornografia infatojuvenil, infiltração de agentes por meio virtual, obtenção de provas digitais, nova lei antiterrorismo, outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- TEIXEIRA, Tarcisio (coord). *Direito das novas tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

A EVOLUÇÃO DA MEDIAÇÃO: A NEUROCIÊNCIA E OS ASPECTOS FACIAIS EM AUDIÊNCIAS VIRTUAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE EVOLUTION OF MEDIATION: NEUROSCIENCE AND FACIAL ASPECTS IN VIRTUAL AUDIENCES IN PANDEMIC TIMES

José Laurindo de Souza Netto¹⁹¹
Bruno Smolarek Dias¹⁹²
Lilian Cristina Pinheiro Goto¹⁹³
Anna Fernanda Scalla Menotti¹⁹⁴

INTRODUÇÃO

Os novos tempos se mostram propensos à uma abertura interdisciplinar no ramo prático do Direito. A pandemia mundial do vírus Covid-19 ensinou ao mundo que é possível adaptar-se a nova realidade. Na esfera jurídica as transformações foram intensas para que se fizessem seguir os rígidos protocolos de segurança contra o avanço do vírus, fazendo nascer uma espécie de “darwinismo jurídico”, cuja implementação espera-se que seja comunicativa com as demais áreas do conhecimento. Nesta esteira, a partir dos avanços nas pesquisas em neurociência, pretende-se demonstrar que as novas evidências científicas ligadas à expressão facial da emoção podem ser úteis na boa condução das audiências virtuais, realizadas em grande escala após a implantação dos rigorosos protocolos de segurança contra a disseminação da doença, demonstrando que a adaptação é necessária para dar efetividade à realização da justiça.

¹⁹¹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade degli Studi di Roma La Sapienza. Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: jln@tjpr.jus.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

¹⁹² Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC, ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal (2012) e Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália.

¹⁹³ Discente do Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Dámasio Eduacional, Pós-graduada em Direito Ambiental pela Faculdade Unyleya, Extensão em FACS 3.0, ministrado pelo F-M Group Internacional, em parceria com o Laboratório de Expressão Facial da Emoção (FEELab) da Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal (Codificadora e Instrutora), Extensão em Neuropsicologia, Cognição e Emoção pela PUC/SP, Pós graduanda em Psicologia Jurídica pela Faculdade Metropolitana, servidora do Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR e Mediadora voluntária desde 2019.

¹⁹⁴ Discente do Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho e Direito do Trabalho na PUC-PR. Advogada. Juíza Leiga no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. anna_menotti1@hotmail.com.

1 A PANDEMIA DA COVID-19 E AS AUDIÊNCIAS VIRTUAIS DE MEDIAÇÃO

A disseminação em larga escala do vírus Covid-19 e o alastramento da pandemia em nível global foi palco de mudanças significativas no campo do Direito. Com a prevenção do vírus surgiram inconvenientes que retardaram a condução natural dos processos, como a restrição das audiências presenciais. Como meio de alavancar o prosseguimento do processo as audiências virtuais têm se tornado grandes aliadas, principalmente neste momento de incertezas, no qual ainda não há disponibilidade de vacinas suficientes para toda população, bem como pelo fato de que as vacinas disponíveis não possuem 100% de eficácia comprovada, e ainda, pelo fato de que o vírus tem sofrido mutações, aumentando o clima de incertezas.

Neste cenário, destacam-se técnicas interessantes na condução de audiências remotas, que buscam dar maior efetividade ao ato realizado virtualmente.

Importa destacar que o modelo de audiências virtuais não são exclusivos deste período pandêmico, mas já era utilizados nos Estados Unidos da América desde o início da década de 80, com o objetivo de evitarem os transtornos que poderiam decorrer do contato entre vítima e agressores (LENZA, 2013, p. 1092).

No Brasil, a realização de atos processuais por videoconferência também não é de criação e utilização inéditas da pandemia Covid 19, pois já havia sido utilizado o meio virtual anteriormente no Estado de São Paulo para interrogatório de presos, inclusive, regulamentado pela Lei Estadual nº 11.819, de 05.01.2005. Ocorre que o STF, em 30/10/2008, por 9x1 declarou a referida Lei inconstitucional, com fundamento de vício formal, mencionando que a competência para legislar acerca de matéria processual, nos termos do artigo 22 da Constituição Federal, é competência privativa da União.

Posteriormente, o Congresso Nacional, aprovou a Lei nº 11.900, de 08.01.2009, que alterou o Código de Processo Penal, admitindo a realização de interrogatório e outros atos processuais por videoconferência (TRISTÃO, 2010, p. 48).

Com a chegada inesperada do vírus Covid-19, a necessidade tornou o momento ideal para repensar as formas de se fazer justiça, considerando que a “onlização” processual já é uma realidade na prática. Assim, com o desenvolvimento tecnológico, extremamente avançado, certamente o ambiente virtual se desenvolverá e perpetuará para garantir maior efetividade aos Poder Judiciário.

Os meios consensuais – conciliação e mediação – traduzem maior adequação na resposta ao conflito e devem ser vistos como formas de participação democrática na administração da Justiça. Assim, uma vertente meramente quantitativa, voltada a produtividade, deve ser categoricamente afastada. (SILVA, 2018, p. 99).

A mediação tem por fundamento filosófico o desenvolvimento dos mediandos, para que estes possam lidar melhor com as situações conflituosas de suas vidas. Esta filosofia norteadora determina seus princípios e objetivos fundamentais” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 61).

Por meio da mediação são aplicadas técnicas de pacificação social pautadas em uma justiça dialogal, contrapondo-se à utilização da força presente na autotutela.

O papel do mediador é o de facilitar que os interessados possam, a partir da análise avaliativa e construtiva das questões levantadas, estarem aptos a realizarem uma negociação que esteja além do próprio litígio e, com isso, entenderem o motivo das decisões tomadas por ambos. Ele desempenha papel avaliativo para facilitar a negociação, colaborando para que os mediados pratiquem uma comunicação mais construtiva, identificando interesses em comum, indo além do próprio litígio, entendendo o motivo da decisão tomada por ambos (LIMA; FERREIRA, 2019, p. 31).

Roberto Portugal Barcellar (2016, p. 110) demonstra que “a postura do mediador é mais passiva em relação ao mérito na medida em que ele não pode sugerir soluções e deve apenas ampliar a discussão, abrir o leque de possibilidades, a fim de que a comunicação se estabeleça”. Dessa forma, pretende-se na mediação uma compreensão mais aproximada dos interesses reais das partes envolvidas, conduzindo-as por meio de um caminho de diálogo a partir das questões trazidas, para que o dissídio seja solucionado.

Para Angela Hara Buonomo Mendonça (2004), a história revela que as soluções de conflitos entre grupos humanos se efetivaram, de forma constante e variável, através da mediação. Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas têm longa e efetiva tradição em seu uso. É uma prática antiga, identificada já no Velho Testamento, embora seja comum ser representada como um novo paradigma, uma inovadora metodologia de resolução de conflitos.

A vida em sociedade pressupõe organização e implica a existência do Direito. A sociedade cria o Direito como expressão da vontade social no propósito de formular as bases da justiça e segurança. As necessidades de paz, ordem e bem comum levam a sociedade à criação de um organismo responsável pela instrumentalização e regência desses valores.

Para o homem e para sociedade, o Direito não constitui um fim, apenas um meio para tornar possível a convivência e o progresso social. Apesar de possuir um substrato axiológico permanente, que reflete a estabilidade da natureza humana, o Direito é um engenho à mercê da sociedade e deve ter a sua direção de acordo com os rumos sociais. As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o Direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o Direito envelhece, deixa de ser processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para qual foi criado. Não basta, portanto, o ser do Direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social (NADER, 2001, p. 17).

Neste sentido, considerando o quadro global de pandemia e a disseminação do vírus da Covid-19, bem como, tendo-se consciência de que a justiça não pode parar, as audiências virtuais têm sido consideradas

interessante via de efetivação do Direito, já que por meio delas é possível dar continuidade aos trabalhos. Contudo, o judiciário deve estudar a melhor adequação ao processo de “onlarização” dos serviços, mantendo a qualidade e a segurança jurídica aos jurisdicionados. Sob tal prisma, o estudo dos aspectos faciais em neurociência pode ser útil, pois pode garantir que novas técnicas de mediação sejam utilizadas e postas em prática, em complementação às já utilizadas, para que as audiências virtuais sustentem o mesmo grau de efetividade das audiências presenciais.

1.1 A NEUROCIÊNCIA E O DIREITO

No âmbito jurídico, especialmente nos mecanismos empregados na mediação, a aplicação das técnicas neurocientíficas aliadas às demais áreas do conhecimento demonstram-se assertivas na promoção da justiça. No entanto o ambiente deve ser preparado para que se possa de fato estimular os litigantes a dialogarem e resolverem seus conflitos de uma forma mais eficiente, célere e menos desgastante.

Alguns mecanismos estratégicos de pacificação social como o Direito Sistêmico (de Sami Storch), as Constelações (na perspectiva de Hellinger), os Processos Circulares (sob a ótica de Kay Pranis), a Transformação de Conflitos (por John Paul Lederach) e o Direito Fraternal (como fundamento de um humanismo integral de origem cristã, mas que se constitui também em elemento cultural de influência, transformação e fixação de novos paradigmas), possuem objetivos comuns e por vezes utilizam-se de Metodologias ativas que podem incluir Neurociência, Neuropsicologia, Cognição e Emoção.

Este estudo apresenta a perspectiva neurocientífica no intuito de demonstrar qual a sua contribuição nos processos mediáveis, sobretudo com a aplicação da Neurociência Facial proposta pelo neurocientista Dr. Freitas-Magalhães.

A Neurociência estuda os mecanismos do funcionamento do sistema nervoso e suas implicações no organismo. É a área multidisciplinar do conhecimento que analisa o sistema nervoso, e, assim, busca compreender as bases biológicas do comportamento. (MAGALHÃES, 2020, p. 16).

Na conceituação de Atahualpa Fernandez (2019, p. 27):

A neurociência – e particularmente a neurociência cognitiva (que trata de relacionar os processos mentais com os processos neuronais; a atividade cerebral com o pensamento e comportamento humano criando um modelo de trabalho do cérebro e mente) – buscando estabelecer uma ponte entre a mente e a matéria, é o estudo do cérebro, da mente e da consciência humanas, isto é, das bases neuronais do pensamento, da percepção, do comportamento e da emoção; é o estudo dos mecanismos da relação cérebro/mente ou, o que é o mesmo, dos mecanismos cerebrais que nos ajudam a entender a função

dos genes na configuração do cérebro, o papel dos sistemas neuronais na percepção do entorno e a relevância da experiência como princípio de orientação nas ações futuras.

[...] A Neurociência é a área de conhecimento que permite uma aproximação ao conhecimento de como se hão construído e que circuitos neuronais estão envolvidos e participam na elaboração das decisões que toma o ser humano, a memória, a emoção e o sentimento, e até mesmo os juízos e os pensamentos envolvidos nas condutas éticas. Trata-se de uma disciplina que experimentou um crescimento espetacular nos últimos quinze anos. De seu modesto começo como um ramo da fisiologia, o estudo da relação cérebro/mente - também chamado de neurociência - se expandiu consideravelmente em anos recentes, estando agora fadado a se tornar a rainha das ciências.

Para Gross (1987 apud Barth 2019, p. 65), as origens da neurociência remontam à antiguidade. O primeiro registro escrito sobre o cérebro humano foi encontrado pelo egiptólogo Edwin Smith, em um papiro datado de 1700 a.C., que por sua vez fazia menção a um tratado ainda mais antigo, de 3000 a.C., o qual documentava observações anatômicas e alterações patológicas, correlacionando danos cerebrais com paralisias, afasia e convulsões. Estudos comprovam ainda que povos antigos (maias, astecas, incas, romanos, gregos, kishii, celtas e chineses) se utilizavam da técnica da trepanação¹⁹⁵ por motivos religiosos no intuito de tratar dores e outras doenças mentais.

O estudo entre Direito e Neurociência pode representar um avanço na realização da justiça, pois a abertura à interdisciplinaridade tem por objetivo dialogar com outras fontes, comunicando áreas importantes na busca pela pacificação social.

Erigutemberg Meneses (2019, p. 23) aduz que a interface Direito e Neurociência começou realmente a ser levada a sério a partir do momento em que o *National Institutes of Health* nos Estados Unidos intitulou os anos de 1990 de “década do cérebro”. Através do órgão, o governo americano incentivava os pesquisadores do mundo todo a investigarem o cérebro físico e como seu funcionamento afeta o comportamento humano. A iniciativa originou-se de proposição legislativa recomendada pela comunidade neurocientífica, votada pelo congresso norte-americano na intenção de reduzir o impacto econômico negativo das doenças e afecções do cérebro que estariam acometendo a população americana. Alguns anos depois, os pesquisadores europeus de carona nos avanços das pesquisas em

¹⁹⁵ Tratava-se do corte de um fragmento de osso craniano para que se pudesse ter acesso ao cérebro. Hipócrates e Celsus descreveram diferentes métodos para remover fragmentos do crânio. O uso da trepanação foi prescrito até o início do séc. XIX, mas o alto índice de mortalidade suscitou discussões acerca de sua adequação, e sua prática restou bastante reduzida (GROSS, 1987 apud Barth, 2019, p. 65).

Neurociência e na finalização do projeto genoma humano sugeriram que a primeira década do século vinte e um se chamasse de «década da mente».

1.2 A NEUROCIÊNCIA FACIAL APLICADA À MEDIAÇÃO

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, estabelece um procedimento, mesmo que mais simplificado para a realização do procedimento de mediação, mencionando que ao início todos deverão ser cientificados acerca das regras que conduzirão os trabalhos ali realizados.

É nesse momento que o mediador, facilitador, deverá colocar em prática todas as suas habilidades para que o ambiente se torne 'confortável' para as partes, e para que conseqüentemente a comunicação possa ser reestabelecida de uma forma mais efetiva.

Assim, é essencial que o facilitador seja um profissional capacitado para exercer aquela função, e que tenha conhecimento aprofundado no ser humano e na forma com que as decisões são tomadas, afinal, o modo de abordagem das partes, de forma individualizada, influenciará diretamente na facilitação do diálogo e possível resolução do conflito apresentado.

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência (VASCONCELOS, 2008, p. 19).

Hodiernamente existem programas específicos com capacidade para realizar a leitura facial em tempo real. Contudo, como o mercado virtual evolui rapidamente e de maneira incontrolável, há que se atentar às questões éticas oriundas desta tecnologia, já que para uma aplicação assertiva destes programas na condução das audiências, devem ser considerados programas com bases epistemológicas sólidas.

É neste sentido que se apresenta o conceito de Inteligência Facial (IF). Tal conceito foi pioneiramente apresentado pelo neurocientista português, Dr. Freitas

Magalhães, na American Psychological Association (APA) ¹⁹⁶ na Annual Convention de Chicago, em 09 de agosto de 2019. Intitulado “*Facial Intelligence: A New Theory to Understand the Function of Human Face*”. A ideia central da Inteligência Facial é focalizada no eixo nuclear dos verbos fatoriais: Identificar (I, *identify*), Reconhecer (R, *recognize*), Regular (Re, *regulate*) e Usar (U, *use*) a emoção por meio da face, e quais suas implicações e aplicações em diversos contextos neuropsicossociais. Propõe o autor o conceito de Cérebro 4.0, revolucionando o então tradicional conceito de cérebro trino (reptiliano, racional e emocional), propondo o cérebro quadri (reptiliano, racional, emocional e facial).

Além de apresentar ao mundo o conceito de Inteligência Facial (IF), Magalhães foi o criador da F-M *Periodic Table of Basic Emotions*, uma taxonomia sistemática das oito emoções básicas (alegria, desprezo, dor, medo, nojo, raiva, surpresa e tristeza) com recurso para serem codificadas por meio do F-M FACS 3.0, possibilitando a identificação das emoções por meio da estrutura muscular da face humana.

A tal estudo atribui-se grande relevância epistemológica e empírica, o que demonstra uma forma qualificada de atuação no âmbito jurídico. Os conflitos interpessoais possuem três elementos basilares:

- a) Relação interpessoal: conflito interpessoal pressupõe, pelo menos, duas pessoas em relacionamento, com suas respectivas percepções, valores, sentimentos, crenças e expectativas. Ao lidar com o conflito não se deve desconsiderar a psicologia da relação interpessoal. A qualidade da comunicação é o aspecto intersubjetivo facilitador ou comprometedor da condução do conflito.
- b) Problema objetivo: o conflito interpessoal tem sua razão objetiva, concreta, material. Essa materialidade pode expressar condições estruturais, interesses ou necessidades contrariados. Portanto, o aspecto material, concreto objetivo, do conflito é um de seus elementos. A adequada identificação do problema objetivo, muitas vezes, supõe prévia abordagem da respectiva relação interpessoal.
- c) Trama ou processo: a trama ou processo expressa as contradições entre o dissenso na relação interpessoal e as estruturas, interesses ou necessidades contrariados. Como foi, por que, onde, quando, as circunstâncias, as responsabilidades, as possibilidades e processos do seu desdobramento e implicações (VASCONCELOS, 2008, p.20).

É justamente na primeira fase, interpessoal, que os conhecimentos ligados a neurociência devem ser postos em prática.

¹⁹⁶ Disponível em: www.apa.org

Como exemplo de sua aplicação cita-se a utilização do software FaceReader 7.1, de reconhecimento automático das expressões faciais, em tempo real. Trata-se de um software produzido pela empresa holandesa Noldus, que está em constante atualização e é capaz de codificar e interpretar os estados emocionais de uma determinada expressão facial. A aplicação da tecnologia de reconhecimento facial já havia sido sugerida, por exemplo, por Barlett, Hager, Ekman e Sejnowski. A versão mais recente do FaceReader é a oitava, que inclui 20 Aus (unidades de ação) do FACS, mas já permite a atualização para o F-M FACS 3.0, e converte a pontuação de movimentos faciais numa emoção, tendo como base, as já citadas e descritas oito emoções básicas. A codificação é feita por meio de leitura de imagens ou vídeos, sendo possível realizá-la em tempo real. (Magalhães, 2020, p. 245).

Na abordagem sobre psicopatia o Dr. Freitas-Magalhães observou a expressão facial e as neuromicroexpressões de Anders Behring Breivik, autor de atentados na Noruega que culminaram na morte de 77 pessoas em 22 de julho de 2011, a qual demonstrou que o psicopata se sentia motivado pela recompensa. Os vídeos da condenação de Anders foram avaliados e sua expressão facial foi codificada, deixando transparecer vestígios das expressões de alegria e desprezo, sem nenhum vestígio de medo pela punição, nem culpa ou vergonha.

Não se deve, contudo, considerar a neurociência apenas mais uma disciplina científica, mas sim o conjunto de ciências cuja pesquisa está voltada ao estudo do sistema nervoso e que tem por objetivo entender a relação causal entre a atividade cerebral, o comportamento e a aprendizagem, com amplas possibilidades de uso pelo Direito.

A pandemia reafirmou um momento de “onlarização” no âmbito do Sistema Judiciário, embora os movimentos anteriores a ela já caminhassem rumo a inevitável reforma e inovação. A digitalização processual, a utilização da Inteligência Artificial, a possibilidade de realização do trabalho remoto e a regulamentação das audiências virtuais surtiram reflexos. Muito provável que quando a pandemia cessar já tenha se instaurado um novo modelo de se fazer justiça, totalmente remoto e com altos níveis de efetividade, economia e eficiência.

Conforme leciona Fernanda Tartuce (2013, p. 55), “a mediação é flexível e este é um de seus mais importantes predicados”. A consciência sobre as várias possibilidades de atuação e sobre a diversificação das técnicas é de suma relevância para a realização de uma mediação produtiva, mas não basta, posto que a sensibilidade é um ponto essencial a ser desenvolvido pelo mediador.

Sendo flexível a mediação, as audiências virtuais podem se socorrer da utilização das novas técnicas disponibilizadas pela ciência, bem como de todas as metodologias e procedimentos até agora aplicados. Assim, com a utilização da tecnologia das ciências faciais em tempo real, é possível fazer audiências virtuais utilizando-se de ferramentas novas e assertivas, mesmo sem a presença física das partes.

Sugere-se, portanto, que dentre todas as novidades possíveis que conduzam ao caminho da paz, seja adicionada a técnica da leitura facial da

emoção, em tempo real, superando algumas dificuldades causadas pela ausência da presença física das partes, como por exemplo nas audiências para inquirição de testemunhas, vítimas ou réus em diversos processos.

Verifica-se que para além da mediação a ciência da leitura facial da emoção transborda para outras esferas, sobretudo em tempos em que audiências virtuais parecem se firmar como a regra e as audiências presenciais se tornam exceção, superando-se a visão tradicional que se tinha acerca de como o Poder Judiciário resolvia os conflitos apresentados.

CONCLUSÃO

Conhecer o funcionamento do cérebro humano é elemento fundamental para que se possa compreender qual a abordagem correta para determinados tipos de personalidades observância do contexto em que se encontram os indivíduos para que se possa alcançar a solução mais saudável e eficiente para o conflito.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece a Política Judiciária Nacional de Resolução Adequada de Conflitos, que define qual o conteúdo programático do curso de facilitadores (mediadores e conciliadores) em seu anexo I, não levou em consideração os conhecimentos abordados pela neurociência cognitiva, que certamente auxiliaria na forma de abordagem dos jurisdicionados e na correta escolha do meio de resolução dos conflitos.

A pandemia do Covid-19, fez com que o Poder Judiciário mais uma vez se adaptasse para que pudesse atender suas demandas, utilizando para tanto, por necessidade do distanciamento social, que as audiências se realizassem por videoconferência. Assim, não há motivo para que o desenvolvimento da neurociência e das tecnologias não sejam utilizadas em favor da sociedade, sendo conveniente e necessário que o tema fosse incluído no programa de formação de mediadores e conciliadores.

A utilização da interdisciplinaridade no âmbito do direito e mais especificamente nas mediações apresentam uma proposta mais articulada do conhecimento, afinal com a utilização de ciência especializada traz sentido para a tomada de decisão. Assim, a utilização da neurociência na mediação judicial, com o treinamento adequado dos mediadores para que possam informar e realizar a leitura dos que estão dispostos a resolverem seus conflitos através do diálogo, ser contextualizada através de todos os saberes acoplados, como verdadeiros vasos comunicantes.

REFERÊNCIAS

- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Neuroética, Direito e Neurociência. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARCELLAR, Roberto Portugal. Mediação e Arbitragem. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARTH, Rochelle Cardoso. Direito e Neurociência: Liberdade, Racionalidade e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Júlio Olivé. Mediação e Solução de Conflitos: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FERREIRA, Jussara Borges. Mediação, Conciliação e Acordos nos Atos de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.
- MAGALHÃES, Freitas Armindo. A neurociência da face humana: o cérebro e a emoção. Escritos; Ed. Autor. Edição do Kindle, 2020.
- MAGALHÃES, Freitas Armindo. Inteligência Facial. 30. ed. FEELab Science Books: Porto, Portugal, 2020.
- MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v. 3, p. 142 e ss. Set. 2004.
- MENESES, ERIGUTEMBERG. Neurodireito: Repercussão e implicações da neurociência para o direito penal. Edição do Kindle.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro. Forense, 2001.
- SILVA, Érica Barbosa e. Conciliação. In: SILVEIRA, João José Custódio (Org.). Manual de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação de conflitos. São Paulo: Atlas, 2013.
- TRISTÃO, Adalberto Dias. Aspectos Relevantes do Interrogatório. Revista Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro, n. 119, Junho/2010. p. 44-58.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PODER JUDICIÁRIO*RESOLUTIONS OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND JUDICIAL POWER*Antonio Evangelista de Souza Netto¹⁹⁷Flávia Jeanne Ferrari¹⁹⁸Francisco Cardozo Oliveira¹⁹⁹**1 GESTÃO PARTICIPATIVA E DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO: RESOLUÇÃO Nº 221/2016 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

A Resolução nº 221 de 10/05/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao tratar da temática da gestão participativa e democrática, assinala diretrizes para a elaboração das metas e das políticas nacionais do Poder Judiciário.²⁰⁰

Antes de abordar o tema mais de perto, é válido deixar alguma palavra sobre as funções dos direitos e garantias fundamentais.²⁰¹

Do ponto de vista funcional, os direitos e garantias fundamentais desempenham algumas importantes funções específicas. Entre outras, é possível realçar as seguintes funções específicas dos direitos fundamentais: i) funções de defesa; ii) funções de prestação (jurídica e material); iii) funções de proteção; iv) função de não discriminação; e v) função de ampliação democrática.

Em primeiro lugar, os direitos e garantias fundamentais têm função defensiva, tendo em vista que se destinam à proteção das pessoas em face do poder abusivo do Estado. Assim, os direitos fundamentais permitem que

¹⁹⁷ Juiz de Direito de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Pós-doutorando em Direito pela Università degli Studi di Messina - Itália. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-doutorando em Direito Pela Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2014). Mestre em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2008). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8000-7840>.

¹⁹⁸ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba (2019). Especializações nas áreas de Ministério Público – Estado Democrático de Direito (2019); Direito Militar (2018); Processo Civil (2017); Direito Ambiental (2017); Direito do Trabalho (2013) e Bel. Direito pela Facear (2012). Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba, Linhas de Pesquisas: Compliance (2019); Sustentabilidade e Direito (2020) e Direito Penal Econômico (2020). Professora. Adjunta da Seção de Sindicância, Processos Administrativos e Inquéritos Policiais Militares, da Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da 5ª Região Militar - 5ª Divisão de Exército. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3990-7633>.

¹⁹⁹ Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor Titular de Direito Civil no Centro Universitário Curitiba e Professor na Escola da Magistratura do Paraná.

²⁰⁰ As especificações contidas nesta Resolução estão alinhadas com a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o período compreendido entre os anos 2021 a 2026, estabelecida na Resolução CNJ nº 325/2020.

²⁰¹ Este é o trigésimo quarto texto de uma série de outros tratam das orientações normativas do Conselho Nacional de Justiça.

os particulares se defendam dos abusos praticados pelo Poder Público, inclusive com possibilidade de reclamar tutela jurídica do Poder Judiciário.

Em segundo lugar, os direitos e garantias fundamentais têm função prestacional, considerando que frequentemente impõem uma obrigação de fazer, uma prestação positiva ao Poder Público. As prestações estatais, nesse sentido, podem ser de natureza jurídica ou de natureza material. As prestações jurídicas são aquelas que impõem ao Estado a criação de normas que expressem direitos fundamentais. As prestações materiais, de outro lado, são aquelas que consistem na concessão de uma vantagem ou bem concretamente apreciável. É o que ocorre, por exemplo, com alguns direitos sociais, como educação e moradia, que exigem posturas ativas do Estado em favor indivíduos.

Em terceiro lugar, os direitos e garantias fundamentais têm funções protetivas em face de terceiros, tendo em vista que servem para proteger os indivíduos em face dos demais particulares. Nesse contexto, compete ao Estado garantir a proteção dos indivíduos, por exemplo, pela criação estruturas policiais adequadas e de sistemas eficientes de justiça penal. Nesse ponto, portanto, se ressalta a importância de assegurar os direitos fundamentais de todos os membros da sociedade, inclusive das vítimas e das pessoas que estão expostas aos efeitos deletérios da criminalidade. Foi nesse sentido, aliás, que a Corte Interamericana, no Caso Velásquez Rodríguez VS Honduras, reconheceu que o Estado tem a obrigação de reprimir criminalmente violações de direitos fundamentais.

Em quarto lugar, os direitos e garantias fundamentais têm função não-discriminatória, considerando que tutelam todos os membros da sociedade, inclusive as minorias.

Por fim, os direitos e garantias fundamentais tem função ampliativa da participação democrática, tendo em vista que asseguram o pluralismo político e a participação da vontade popular nas decisões do Estado.

A temática da gestão participativa e democrática relaciona-se a esse último aspecto.

De acordo com o art. 1º da Resolução, gestão participativa e democrática representa o conjunto de meios destinados a promoção da participação de todos os interessados (magistrados, servidores e, quando oportuno, jurisdicionados) nos processos de tomadas de decisões, com oportunidades para que se possa expressar opiniões e visões de todos os seguimentos institucionais do Poder Judiciário.

A respeito desse tema é importante lembrar da edição da Portaria CNJ nº 59/2019, que passou a regulamentar o desenvolvimento das atividades da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário. Entre outros, valem ser citados os seguintes artigos 2º e 3º da Portaria:

Art. 2º A Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, composta por representantes dos órgãos do Poder Judiciário, tem o objetivo de propor diretrizes relacionadas com a Estratégia Nacional do Poder Judiciário, impulsionar sua implementação, monitorar

e divulgar os resultados, bem como de atuar em temas voltados à governança judiciária buscando a melhoria dos serviços jurisdicionais.

Art. 3º A Rede de Governança Colaborativa é organizada pelas seguintes estruturas:

I – Comitê Gestor Nacional;

II – Comitês Gestores dos Segmentos de Justiça;

III – Subcomitês Gestores dos Segmentos de Justiça.

Parágrafo único. Os Comitês citados nos incisos I e II serão responsáveis por propor diretrizes nacionais, impulsionar sua implementação, monitorar e divulgar os resultados.

A criação da norma se justifica na medida que o Conselho Nacional de Justiça é o órgão que tem competência para controlar a atuação administrativa e financeira dos tribunais e para coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário.

Além do mais, como destacado no texto introdutório da Resolução, a concepção dos aludidos princípios se apoia no fato de que a gestão participativa se revela um dos instrumentos mais eficientes para a promoção da democratização institucional, para a concepção de canais construtivos de diálogos e para a implementação de direcionamentos estratégicos mais coerentes e integrativos.

A despeito dessas colocações, é necessário mencionar que a intenção deste trabalho é preponderantemente descritiva. O texto almeja apenas conferir destaque às linhas gerais dos direcionamentos assinalados na Resolução CNJ nº 221/2016, sem deixar de salientar a relevância do exercício da competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. Assim, serão indicados os traços mais significativos de alguns dos vários dispositivos da citada resolução, deixando a ressalva sobre a importância de uma leitura mais detalhada de todo o conteúdo da referida norma.

Inicialmente, a Resolução elenca alguns princípios gerais que devem direcionar as práticas relacionadas à gestão participativa e democrática no âmbito do Poder Judiciário. Os citados princípios são os seguintes:

- Princípio do desenvolvimento da cultura participativa: orienta que seja promovido o desenvolvimento de uma cultura de participação nos tribunais, sensível às opiniões de todos os magistrados, servidores e colaboradores, além dos representantes de associações de classe e dos jurisdicionados.
- Princípio do fortalecimento estrutural da governança: recomenda que sejam tomadas medidas para fortalecer e consolidar as estruturas destinadas à governança e à atuação em rede, com promoção da integridade institucional do Poder Judiciário;
- Princípio da participação cooperativa: exalta a importância da criação de canais mais amplos e seguros de diálogo

institucional para servirem como meios de interação e cooperação permanentes entre os órgãos do Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça.

- Princípio da participação social: este princípio destaca a importância do aprimoramento de mecanismos que favoreçam a aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade, de modo que possa haver mais empatia, sensibilidade e compreensão dos desafios reciprocamente enfrentados nos dois contextos, institucional e social.

Em seguida afirma-se que a governança em rede, a liderança dos representantes das redes, a criação de novos meios de interação e a transparência são condições necessárias à efetivação da adequada participação democrática.

Conforme expressamente indicado, “a governança em rede consiste na atuação coordenada de comitês e subcomitês, comissões, conselhos consultivos e outras estruturas similares compostas por integrantes de diferentes órgãos do Poder Judiciário e que atuam de forma colaborativa para a realização de objetivo comum.”

No que diz respeito aos representantes das redes de governança instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça, é indispensável que desempenhem adequadamente um efetivo papel de liderança estratégica ou contribuam para a implementação de políticas judiciárias voltadas ao aprimoramento da governança e da participação democrática.

Com relação à criação de novos meios de interação, é relevante destacar que todas as iniciativas voltadas a concepção de mecanismos favoráveis à participação democrática devem servir para contribuir com a definição de metas nacionais pelo Conselho Nacional de Justiça, apoiado pela Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário (RGCPJ). Como assinalado na Resolução, “no processo de formulação das políticas judiciárias do CNJ, devem ser desenvolvidos processos participativos para obtenção de opiniões e considerações de órgãos do Poder Judiciário, de magistrados de todos os graus de jurisdição e servidores e, quando for o caso, de jurisdicionados.”

Ainda com relação à transparência ressalta-se tratar-se de parâmetro determinante para a atuação administrativa dos tribunais, indispensável ao aprimoramento da participação e controle social das atividades do Poder Judiciário.

Segundo os direcionamentos do Conselho Nacional de Justiça, nos termos da Resolução, os processos participativos são realizados por meio de diferentes modalidades, conforme o objetivo pretendido, o público-alvo, o tempo e os recursos disponíveis para sua realização. Sem prejuízo da possibilidade de criação de outras modalidades no âmbito dos Tribunais, apresentam-se as seguintes modalidades de participação democrática:

- Audiência pública, meio de participação presencial, aberto a qualquer interessado, que possibilita a manifestação oral dos participantes, nos termos das regras definidas

pelo Tribunal para a ocasião, e tem por objetivo possibilitar a expressão de opiniões, especializadas ou não, e a obtenção de soluções para demandas específicas; disponibilizar-se-á no sítio eletrônico do respectivo órgão do Poder Judiciário, sempre que possível, gravação em vídeo da sua íntegra ou principais evento

- Consulta pública, consistente num mecanismo participativo, de caráter consultivo, a se realizar por escrito, no formato e em prazo definidos previamente, aberto a qualquer interessado. As opiniões podem ser coletadas por formulários eletrônicos, e-mail ou outros meios;
- Enquetes e pesquisas, consubstanciadas na coleta de sugestões, manifestações ou opiniões sobre temas específicos;
- Fóruns e encontros consistes na reunião presencial de diferentes órgãos do Poder Judiciário, por meio de seus representantes, para discussão de temas específicos e eventuais deliberações, que deverão ser registradas em ata específica para o evento;
- Grupo de trabalho, que é um grupo formalmente instituído para análise de demanda específica e apresentação de resultados sob a forma de estudos, relatórios e propostas de normatização, em prazo previamente estabelecido;
- Mesa de diálogo, consistente em mecanismo de interação coordenado pelo CNJ, presencial ou a distância, com a participação de representantes de diferentes órgãos do Poder Judiciário, e, eventualmente, dos demais Poderes e da sociedade civil, com o objetivo de trocar livremente ideias e experiências sobre tema específico e obter sugestões;
- Ouvidorias, que são unidades de comunicação entre o cidadão e os órgãos do Poder Judiciário, que constitui espaço de participação social e democrática, e de controle da qualidade dos serviços públicos.
- Reuniões virtuais realizadas em tempo real com o auxílio tecnológico de áudio e vídeo que permitam o contato visual e sonoro entre pessoas localizadas em diferentes localidades, ou provenientes de diferentes tribunais, instituições ou da sociedade civil, quando for o caso.

A respeito da participação na formulação de metas nacionais o art. 5º da Resolução estabelece que o processo participativo para a formulação das metas nacionais do Poder Judiciário deve ser composto pelas seguintes etapas:

- Etapa de elaboração de uma proposta inicial de metas pelos integrantes da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário (RGCPJ), em reunião preparatória promovida pelo Conselho Nacional de Justiça;

- Fase de desenvolvimento propriamente dito dos processos participativos promovidos pelos representantes da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário (RGCPJ), nos tribunais, para manifestação de magistrados e servidores, bem como dos técnicos relacionados;
- Etapa de consolidação das sugestões relacionadas às metas nacionais pelos representantes da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário (RGCPJ), em cada tribunal. As referidas sugestões deverão ser enviadas para análise dos subcomitês, quando houver, e aos comitês da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário (RGCPJ).
- Fase de abertura de prazo não inferior a quarenta e oito horas para manifestação de integrantes dos subcomitês e comitês, em caso de opiniões divergentes quanto às metas nacionais
- Etapa de análise das manifestações apresentadas, consolidação e divulgação da proposta de metas nacionais pelos subcomitês e, posteriormente, pelos comitês, sob a coordenação de órgãos componentes do comitê gestor nacional;
- Fase final de apresentação de propostas de metas nacionais para análise e sugestões do Conselho nacional de Justiça, em reunião preparatória que antecede o Encontro Nacional do Poder Judiciário.

Finalmente, a respeito da democratização da participação na formulação de políticas do Poder Judiciário, cumpre destacar que a origem das políticas judiciárias será encontrada nos estudos e análises do Conselho Nacional de Justiça acerca das propostas que visam o aperfeiçoamento dos mecanismos de efetivação das medidas judiciais e o aprimoramento institucional do Poder Judiciário. Tais propostas²⁰² devem ser concebidas por Conselheiros, Comissões Permanentes, Corregedoria Nacional de Justiça e pela Presidência do Conselho Nacional de Justiça, sempre alinhados aos parâmetros constitucionais da democracia, aos valores fundamentais da sociedade e aos postulados da dignidade da pessoa humana.

São essas as principais disposições da Resolução CNJ nº 221/2016.

O teor das normas da Resolução CNJ nº 221/2016 evidencia as incontestáveis contribuições do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o fortalecimento das instituições democráticas, redução dos índices de desigualdade e favorecimento ao acesso à ordem jurídica justa.

²⁰² No estrito sentido da Resolução: Art. 7º O processo participativo poderá ocorrer em pelo menos uma das etapas de formulação das políticas judiciárias (elaboração e desenvolvimento da proposta): I) elaboração da proposta: o objetivo da participação nessa etapa é a prospecção e a compreensão da demanda ou problema objeto da política a ser proposta pelo CNJ, para a qual se espera obter informações relevantes, sugestões e opiniões prévias à sua proposição; II - desenvolvimento da proposta: a participação tem por finalidade obter sugestões e opiniões sobre proposta de política já delineada pelo CNJ, porém, ainda não aprovada. O objetivo da participação nessa fase é o aperfeiçoamento da proposta ou a consolidação da política.

2 ACESSO À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO: RESOLUÇÃO Nº 215 /2015 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Por meio da Resolução nº 215 de 16/12/2015²⁰³ o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu normas sobre o acesso à informação²⁰⁴ e diretrizes para aplicação da Lei 12.527/2011 no âmbito do Poder Judiciário.²⁰⁵

Constitucionalmente a Resolução se fundamenta no teor do inciso XXXIII, do art. 5º, na disposição do inciso II, do §3º, do Art. 37, e na previsão do §2º, do art. 216, todos da Constituição Federal. É válido conferir a redação dos referidos dispositivos:

Art. 5º. [...] XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 37 . [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Art. 2016. [...] § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

No plano infraconstitucional a matéria está disciplinada, entre outras, na Lei nº 12.275/2011 e no Decreto nº 7.7724/2012, que a regulamenta. De

²⁰³ Esta Resolução sofreu alteração em virtude das seguintes normas: Portaria nº 67, de 7 de abril de 2020; Resolução n. 273, de 18 de dezembro de 2018; Resolução n. 265, de 9 de outubro de 2018; e Resolução n. 260, de 11 de setembro de 2018. A análise será feita, no entanto, considerando o texto atual.

²⁰⁴ Eneida Desiree Salgado assinala que Segundo Eneida Desiree Salgado: “Uma das facetas do princípio constitucional da publicidade é o direito de acesso à informação. É a partir do reconhecimento (e, eventualmente, da positivação) desse direito que o controle e a accountability vertical são exercidas pelos cidadãos. Não há como vigiar os agentes públicos se não houver transparência e informação.” De acordo com a autora, “a exigência de pleno acesso à informação pública deriva do princípio da publicidade e, como seu corolário, do ideal republicano e da cidadania. Os cidadãos têm direito a saber como estão atuando os agentes públicos, como empregam os recursos públicos, quantos são e qual sua remuneração e quais os motivos para suas decisões. Ainda, o direito de acesso à informação obriga também os entes privados que recebem recursos públicos, como bem determina a Lei 12.527/2011.” SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

²⁰⁵ Este é o trigésimo quinto texto de uma série de outros tratam das orientações normativas do Conselho Nacional de Justiça.

acordo com o art. 3º da mencionada Lei:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

É importante destacar a correlação da Resolução em apreço com a Lei Complementar 101/ 2000, que estabelece normas sobre as finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Nesse contexto, merecem destaque as previsões dos artigos 48 e 48-A, que tratam da transparência da gestão fiscal.

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. [...]

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão

a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

No âmbito do Poder Judiciário ainda deve-se lembrar que a temática da transparência foi abordada na Portaria CNJ nº 67//2020, que definiu critérios para o Ranking da Transparência do Poder Judiciário, ano 2020.

O Conselho Nacional de Justiça destacou a importância de definir normas seguras acerca do acesso à informação no âmbito do Poder Judiciário, considerando que se trata de um dos princípios fundamentais regentes da administração pública. O direito à informação, em sentido amplo, implica o dever de se garantir transparência, acessibilidade, integralidade e integridade das informações referentes às atividades institucionais.

3 O PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À vista do que se colocou, antes de abordar as particularidades da Resolução CNJ nº 215/2015, considerando a natureza fundamental direito à informação, é conveniente fazer breve reflexão sobre o cuidado que o Poder Judiciário dever ter com a proteção dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, é certo que todos órgãos do Poder Judiciário devem promover medidas preventivas para evitar quaisquer violações ou agravos aos Direitos fundamentais relacionados às suas atividades.

A prevenção de violações aos direitos fundamentais se inicia com a identificação dos riscos que suas atividades podem gerar.

Nesse sentido, é importante que o Poder Judiciário promova com rigorosa frequência procedimentos de avaliação e reavaliação dos impactos favoráveis ou desfavoráveis causados aos direitos fundamentais

Esse monitoramento controlado de riscos deve ocorrer sempre pelo emprego de métodos eficientes e procedimentos ajustados ao cenário concreto. Para isso, recomenda-se que os instrumentos de apuração de riscos sejam permanentemente aperfeiçoados, de modo que possam para detectar com precisão os riscos atuais provocados pelas atividades correspondentes.

Para favorecer a efetividade das medidas correlatas, os resultados obtidos pelas referidas avaliações devem ser divulgados de maneira objetiva,

clara e transparente, permitindo que todos os interessados possam conhecer as exatas dimensões dos riscos e eventualmente gerados em desfavor dos direitos fundamentais.

A conscientização e o conhecimento detalhado desses riscos permitirão a concepção de estratégias preventiva mais sólidas para evitar violações aos direitos fundamentais.

As estratégias preventivas delineadas pelo Poder Judiciário à vista dos riscos apurados também devem ser divulgadas de maneira objetiva e transparente, permitindo que todos os interessados exerçam controle crítico sobre elas e, eventualmente, apresentem sugestões para seu aprimoramento.

Ainda sobre a transparência, é salutar que os órgãos do Poder Judiciário garantam publicidade adequada a todos os magistrados, servidores e colaboradores acerca das normas jurídicas relativas a direitos fundamentais cujos efeitos possam lhes atingir. Dessa forma o Poder Judiciário contribuirá positivamente para a conscientização e esclarecimento dos referidos sujeitos, além ampliar os meios para o controle social das suas atividades.

Cumprir notar que a divulgação de dados e informações, entretanto, deverá ser realizada dentro dos limites delineados no ordenamento jurídico, com preservação de dados que estejam tutelados pelos direitos de sigilo.

De outro passo, a abertura de canais de comunicação para recebimento de notícias relacionadas à preservação ou violação dos direitos fundamentais se revela providência altamente recomendável para ampliar a efetivação das aludidas medidas.

As medidas de preservação e a repressão de violações a direitos fundamentais no âmbito do Poder Judiciário, portanto, podem ser reforçadas pela criação de canais de comunicação para recebimento de informações, sugestões, esclarecimentos ou denúncias.

Esses canais de comunicação, especialmente destinados a identificação de problemas e tomada de providências, devem ser abertos a qualquer interessado, disponibilizados em plataformas acessíveis e amplamente divulgados.

Com isso se quer dizer que além de assegurar a preservação dos direitos dos informantes, sobretudo pela ocultação da sua identidade, as formas de acesso aos canais destinados ao recebimento de denúncias devem ser amplamente divulgadas e oferecidas sem custos ou ônus para quem se utilizar desses meios de comunicação.

Foi com base nessas premissas, considerando principalmente a necessidade de ampliar os meios de garantia do direito fundamental de acesso à informação²⁰⁶, que o Conselho Nacional Justiça criou a Resolução nº 215/2015.

²⁰⁶ De acordo com FRANÇA, “Os atos administrativos ampliativos que não atinjam direitos individuais de terceiro, direitos difusos ou direitos coletivos não necessitam de fundamentação. Mas a Administração pode perfeitamente instada a apresentar o motivo pertinente, quando há o exercício do direito ao acesso à informação de interesse público ou individual, ou o emprego do direito de petição. Outro conjunto importante de exceções reside naquelas informações mantidas pelo Estado, mas que cujo

Lembre-se que neste texto não se propõe uma abordagem crítica aprofundada do teor e do alcance dos dispositivos da Resolução. A estrita pretensão do trabalho projeta-se ao amplo realce das medidas preconizadas pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do tema. Logo, sem deixar de afirmar a necessidade da leitura integral das normas, apontar-se-á apenas algumas disposições que expressam os traços gerais da medida.

Desde logo, quando ao alcance das medidas, a Resolução afirma que todos órgãos administrativos e judiciais do Poder Judiciário devem garantir às pessoas naturais e jurídicas o direito de acesso à informação. Esse acesso, segundo o art. 2º, deverá ser franqueado por meio de procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.²⁰⁷

O art. 3º, por sua vez, assinala que todos os procedimentos estabelecidos na Resolução deverão se pautar pelos princípios básicos da administração pública, orientados pelas seguintes premissas:

- Deve-se reconhecer que a publicidade é uma regra geral²⁰⁸ e que o sigilo é medida excepcional;
- É preciso exercer a transparência ativa, ou seja, disponibilizar todas as informações de interesse público, independentemente de solicitações prévias de interessados;²⁰⁹

acesso deve ser restrito em virtude de segurança da sociedade ou do Estado, ou mesmo quando são pertinentes à privacidade do administrado. Aqui, o dever de motivação do ato administrativo pode sofrer as restrições que se fizerem necessárias para que essas limitações constitucionais sejam observadas, mas não a ponto de eliminá-lo por completo.” FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no direito administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

²⁰⁷ Art. 7º Cada órgão do Poder Judiciário disponibilizará em seu sítio eletrônico oficial, em campo de destaque, atalho para acesso à página do Serviço de Informações ao Cidadão e ao Portal da Transparência.

²⁰⁸ Sobre a publicidade das sessões de julgamento, por exemplo o art. 22 estabelece o seguinte: Art. 22. As sessões dos órgãos colegiados do Poder Judiciário são públicas, devendo ser, sempre que possível, transmitidas ao vivo pela internet, observada a regulamentação de cada órgão ou tribunal, bem como a disponibilidade orçamentária. § 1º Por decisão fundamentada, determinados atos instrutórios do processo administrativo disciplinar poderão ser realizados na presença, tão somente, das partes e de seus advogados, ou apenas destes, desde que a preservação do direito à intimidade não prejudique o interesse público da informação. § 2º As sessões de que trata o caput serão registradas em áudio, e o conteúdo será disponibilizado no respectivo sítio eletrônico oficial no prazo de 5 (cinco) dias, e em ata, a ser disponibilizada no sítio eletrônico oficial no prazo de 2 (dois) dias, contados da data de sua aprovação. § 3º Será garantido ao interessado o acesso à íntegra das discussões e decisões, de acordo com os meios técnicos disponíveis.

²⁰⁹ Com relação à transparência ativa, o Art. 5º da Resolução prevê o seguinte: A divulgação das informações de interesse geral produzidas ou custodiadas pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro dar-se-á, independentemente de requerimento, por meio de seus sítios eletrônicos, bem como

- Sempre que possível deverão ser utilizados os meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;²¹⁰
- Deve-se promover a cultura da transparência em todos os seguimentos da Administração Pública, notadamente no âmbito do Poder Judiciário;
- Sempre que possível devem-se ser desenvolvidas medidas que contribuam para o aprimoramento do controle social da Administração Pública, principalmente no contexto do Poder Judiciário.

deverá observar: I – o caráter informativo, educativo ou de orientação social das publicações e demais comunicações realizadas por qualquer meio, sendo vedada a menção a nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidor público; II – a preferência pela utilização de meios eletrônicos em detrimento dos impressos, salvo quando esses, em tiragem estritamente limitada à respectiva necessidade, e com uso de insumos de baixo custo financeiro e reduzido impacto ambiental, forem destinados para: a) informar a população sobre seus direitos e sobre o funcionamento da Justiça, em linguagem simples e acessível; b) cumprir dever legal; c) editar publicações de teor científico ou didático-pedagógico; d) atender à política de gestão documental do órgão quanto ao armazenamento físico; III – o livre acesso, a integralidade, a exatidão e a integridade das informações alusivas à gestão administrativa, financeira e orçamentária dos tribunais e conselhos.

²¹⁰ Art. 6º Os sítios eletrônicos do Poder Judiciário deverão conter: I – finalidades e objetivos institucionais e estratégicos, metas, indicadores e resultados alcançados pelo órgão; II – registro das competências e da estrutura organizacional, endereços, inclusive eletrônicos, e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; III – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras desenvolvidos; IV – levantamentos estatísticos sobre a sua atuação; V – atos normativos expedidos; VI – audiências públicas realizadas e calendário das sessões colegiadas; VII – campo denominado “Transparência”, em que se alojem os dados concernentes à: a) programação e execução orçamentária, inclusive informações referentes a procedimentos licitatórios, com os respectivos editais e resultados, e a todos os contratos celebrados; b) Tabela de Lotação de Pessoal (TLP) de todas as unidades administrativas e judiciárias, com identificação nominal dos servidores, cargos efetivos, cargos em comissão e funções de confiança ocupadas, atualizada semestralmente; c) estruturas remuneratórias e quadro com discriminação de todas as rubricas utilizadas na folha de pagamento, com seu código, denominação e fundamento legal; d) remuneração e proventos percebidos por todos os membros e servidores ativos, inativos, pensionistas e colaboradores do órgão, incluindo-se as indenizações e outros valores pagos a qualquer título, bem como os descontos legais, com identificação individualizada e nominal do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta serviços, com detalhamento individual de cada uma das verbas pagas sob as rubricas ‘Remuneração Paradigma’, ‘Vantagens Pessoais’, ‘Indenizações’, ‘Vantagens Eventuais’ e ‘Gratificações’, apresentados em dois formatos, com detalhamento da folha de pagamento de pessoal e do contracheque individual, conforme quadros descritos no anexo desta Resolução; e) relação de membros e servidores que se encontram afastados para exercício de funções em outros órgãos da Administração Pública; f) relação de membros e servidores que participam de Conselhos e assemelhados, externamente à instituição. Os dados constantes do campo “Transparência” deverão estar integrados a sistema informatizado de administração financeira e controle, nos termos de Resolução do CNJ. VIII – respostas a perguntas mais frequentes da sociedade (FAQ); IX – mecanismo que possibilite o acompanhamento dos respectivos procedimentos e processos administrativos instaurados e que não se enquadrem nas hipóteses de sigilo.

Para facilitar a compreensão das disposições contidas nos seus artigos, a Resolução apresenta um elenco de conceitos que devem ser utilizados na interpretação do sentido e alcance de suas normas. Nesse sentido, de acordo com o previsto no Art. 4º:

Informação corresponde a todos os dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato, incluindo peças processuais:

- Autenticidade é a qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;
- Disponibilidade é condição da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;
- Documento é uma unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;
- Informação pessoal corresponde a toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;²¹¹
- Informação sigilosa é toda informação temporariamente submetida ao regime de restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;
- Integridade é a qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;
- Primariedade é qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.
- Tratamento da informação equivale ao conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação.²¹²

²¹¹ Art. 32. As informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem detidas pelo Poder Judiciário: I – terão acesso restrito a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que se referirem, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da data de sua produção; e II – poderão ter sua divulgação ou acesso por terceiros autorizados por previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referem ou do seu representante legal. Parágrafo único. Caso o titular das informações pessoais esteja morto ou ausente, os direitos de que trata este artigo assistem ao cônjuge ou companheiro, aos descendentes ou ascendentes, conforme o disposto no parágrafo único do art. 20 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996.

²¹² Com relação à classificação das informações o art. 24 estabelece o seguinte: São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as

Como visto o sigilo de informações, no atual cenário constitucional, é uma medida excepcional cujo emprego só se pode tolerar à vista de consistentes fundamentos que a justifiquem. De todo modo, a Resolução não descarta a possibilidade de sigilo, como pode se notar, por exemplo²¹³, da seguinte redação do art. 9º:

Art. 9º O disposto nesta Resolução não exclui as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça, inclusive quanto aos procedimentos investigatórios cíveis e criminais, aos inquéritos policiais e aos processos judiciais e administrativos, nos termos das normas legais e regulamentares específicas, assim como o disposto na Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A decretação do sigilo deve se dar mediante justificativa escrita e fundamentada nos autos.

§ 2º O sigilo de que trata o caput deste artigo não abrange: I – a informação relativa à existência do procedimento judicial ou administrativo, bem como sua numeração; II – o nome das partes, ressalvadas as vedações expressas em lei e o

informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas; VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

²¹³ No que diz respeito à transparência passiva, o Art. 8º da Resolução prevê o seguinte: Os órgãos do Poder Judiciário velarão pela efetiva proteção dos direitos arrolados no art. 7º da Lei 12.527/2011, no âmbito da respectiva administração. § 1º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa ou pessoal, é assegurado o acesso à parte não sigilosa, preferencialmente por meio de cópia com ocultação da parte sob sigilo, ou, não sendo possível, mediante certidão ou extrato, assegurando-se que o contexto da informação original não seja alterado em razão da parcialidade do sigilo. § 2º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas, utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo, será assegurado apenas com a edição do ato decisório respectivo, sempre que o acesso prévio puder prejudicar a tomada da decisão ou seus efeitos. § 3º A negativa de acesso às informações objeto de pedido, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares previstas em Lei. § 4º Informado do extravio da informação solicitada, poderá o interessado requerer à autoridade competente a imediata abertura de sindicância para apurar o desaparecimento da respectiva documentação. § 5º Constatados impedimentos fortuitos ao acesso à informação, como o extravio ou outra violação à sua disponibilidade, autenticidade e integridade, o responsável pela conservação de seus atributos deverá, no prazo de 10 (dez) dias, justificar o fato, indicar os meios que comprovem suas alegações e comunicar a ocorrência ao requerente.

disposto no art. 4º, § 1º, da Resolução do CNJ 121/2010, com redação dada pela Resolução do CNJ 143/2011; III – o inteiro teor da decisão que extingue o processo judicial, com ou sem resolução de mérito, bem como o processo administrativo.

§ 3º Os dados relativos à existência e numeração do procedimento, bem como ao nome das partes poderão ser momentaneamente preservados se a sua revelação puder comprometer a eficácia das diligências instrutórias requeridas.

No que concerte aos procedimentos de acesso à informação, compete a cada órgão definir os critérios da implementação do Serviço de Informações ao Cidadão (SIC), sempre alinhados aos parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido, o art. 10 prevê o seguinte:

Art. 10. Cada Tribunal ou Conselho deverá regulamentar em sua estrutura administrativa a unidade responsável pelo Serviço de Informações ao Cidadão (SIC), acessível por canais eletrônicos e presenciais, em local e condições apropriadas para: I – atender e orientar o público quanto ao acesso a informações; II – informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades; III – protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações, e, sempre que possível, o seu fornecimento imediato; e IV – encaminhar o pedido recebido e registrado à unidade responsável pelo fornecimento da informação, quando couber. Parágrafo único. O SIC poderá ser operacionalizado pela Ouvidoria ou outra unidade já existente na estrutura organizacional.

Para finalizar, nos termos dos artigos 20 e 21 da Resolução, devem ser censuradas todas as condutas que de qualquer modo impliquem violação das garantias, normas e diretrizes estabelecidas na legislação acerca uso indevido das informações obtidas nos termos da Resolução. Os responsáveis por práticas dessa natureza deverão ser investigados, submetidos a procedimento disciplinar e punidos, nos termos da lei.

Essas são, portanto, em linhas gerais, as disposições da Resolução CNJ nº 215/2015, com as modificações ulteriores, acerca do acesso à informação e da aplicação da Lei nº 12527/2011 no âmbito do Poder Judiciário.

De tudo que se disse pode-se notar o positivo desempenho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na promoção dos valores constitucionais e na importância da sua atuação em defesa dos direitos fundamentais.

4 INSTITUCIONALIZAÇÃO DO FÓRUM DE ASSUNTOS FUNDIÁRIOS NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: RESOLUÇÃO CNJ Nº 110/2010

As orientações contidas na Resolução nº 110 de 06/04/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alterada pela Resolução CNJ nº 326/2020, institucionalizam, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum de Assuntos Fundiários, de caráter nacional e permanente, destinado ao monitoramento dos assuntos pertinentes a essa matéria e à resolução de conflitos oriundos de questões fundiárias, agrárias ou urbanas.²¹⁴

Independentemente dos anos já transcorridos desde a publicação da Resolução CNJ nº 110/2010, e das normas ulteriores com regras equivalentes, a abordagem se justifica pela relevância contemporânea das questões discutidas.

O teor desta Resolução também é congruente com a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o período compreendido entre os anos 2021 a 2026, prescrita na Resolução CNJ nº 325/2020.

Antes de tratar mais detalhadamente do assunto, cumpre notar que não se pretende fazer uma crítica mais aprofundada sobre o tema discutido e sobre todo o conteúdo assentado na Resolução CNJ nº 110/2010. Logo, tendo em vista os restritos fins deste trabalho, serão feitas apenas algumas breves menções sobre o assunto e sobre certos dispositivos da mencionada Resolução.

Até hoje no Brasil existem muitos conflitos relacionados a problemas fundiários.

Esses conflitos provocam efeitos não apenas sobre as pessoas que vivem no campo, atingem igualmente os moradores das cidades e, de certo modo, afetam toda a sociedade.

Os enormes custos operacionais das demandas judiciais individuais e dos procedimentos judiciais, a grande quantidade de recursos públicos empregados em medidas administrativas e jurídicas, a instabilidade socioeconômica e a insegurança jurídica geradas pelas disputas fundiárias, são apenas alguns dos inúmeros efeitos negativos desencadeados pela falta de direcionamentos adequados à solução dessas controvérsias

Esse cenário demonstra a evidente necessidade de se monitorar e desenvolver mecanismos mais eficientes para promover adequadamente a composição de conflitos fundiários.

Nesse sentido, por ocasião da adoção das medidas correlatas, nas considerações iniciais acerca da Resolução CNJ nº 110/2010, o Conselho Nacional de Justiça assinalou a “ importância de se encontrar meios para a resolução de conflitos de caráter fundiário, oriundos de questões que envolvem milhões de jurisdicionados no país, quer no campo ou nas cidades, o que exigem do Poder Judiciário a busca de soluções eficazes e também a interlocução entre outros segmentos do Poder Público.” O Conselho Nacional destacou, ademais, que as controvérsias fundiárias, principalmente as que

²¹⁴ Este é o quadragésimo segundo texto de uma série de outros tratam das orientações normativas do Conselho Nacional de Justiça.

assumem dimensões coletivas, “precisam ser solucionadas pelo Judiciário ou por seus serviços auxiliares de notas e de registro, delegados ou oficializados, sob sua fiscalização por expressa disposição constitucional.”

Por esses e outros motivos o Fórum de Assuntos Fundiários passaria a ser uma instituição de caráter permanente e com abrangência nacional, cujas atividades deveriam ser preponderantemente voltadas ao aprimoramento das medidas relacionadas a conflitos fundiários, num sentido amplo, cujos efeitos pudessem alcançar os moradores da cidade e do campo, colocando em risco a segurança jurídica e estabilidade socioeconômica de todos. Além disso, o Fórum de Assuntos Fundiários deve servir de meio para a consolidação de medidas ajustadas à efetivação dos direitos sociais básicos, do acesso à moradia digna e, sobretudo, do cumprimento da função social da propriedade rural.

Para cumprir seus objetivos, segundo apontado na Resolução, o Fórum de Assuntos Fundiários deve desenvolver as seguintes atividades:

- i) Monitorar o desenvolvimento e os resultados de demandas judiciais que discutam questões relacionadas à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária e para fins de reforma urbana, bem como dos procedimentos processuais correlatos, principais ou acessórios, mesmo de natureza criminal, relacionados à sua implantação;
- ii) Realizar o acompanhamento e o desenvolvimento de demandas judiciais relativas a domínio e à posse de imóveis, principalmente as decorrentes da ocupação desordenada da área urbana ou rural. No mesmo sentido, acompanhar os feitos que se refiram a parcelamento irregular do solo urbano e a problemas relacionados aos programas de financiamento habitacional.
- iii) Acompanhar o andamento e desenvolvimento das ações e demandas judiciais voltadas ao combate do trabalho escravo;
- iv) Elaborar estudos e avaliações para encaminhar propostas de práticas concretas que possam favorecer o cumprimento dos desígnios do Fórum de Assuntos Fundiários. Esses direcionamentos também devem visar o aperfeiçoamento das orientações normativas cujos escopos sejam a prevenção e resolução de controvérsias ligadas aos mencionados direitos.
- v) Elaborar estudos e avaliações para encaminhar propostas de práticas concretas para a modernização e aprimoramento das atividades dos cartórios de registro de imóveis relativas à ocupação do solo rural e urbano.
- vi) Estimular ações concretas e indicar diretrizes normativas acerca do aprimoramento procedimental, da especialização e da eficiência da organização estrutural de unidades judiciárias cujas competências abranjam a efetivação de direitos fundiários, num amplo sentido.

- vii) Atuar concretamente e assentar providências coordenadas para censurar a fragmentação da resolução dos conflitos fundiários e combater ações nesse sentido.
- viii) Encaminhar propostas de providências concretas e de medidas normativas orientadas à prevenção de conflitos judiciais e à concepção de planos estratégicos consistentes sobre problemas agrários, urbanos e habitacionais.
- ix) Atuar, efetivamente, para criar medidas de combate à violência no campo e nas cidades, à regularização fundiária, à pacificação social, à defesa do direito à moradia digna e ao desempenho da função social da propriedade.

O Fórum de Assuntos Fundiários passou a ser composto por um Comitê Executivo Nacional, cujos membros serão indicados Presidente do Conselho Nacional de Justiça e pelo Corregedor Nacional. Além desse Comitê Executivo Nacional,²¹⁵ foram criados Comitês Estaduais ou Regionais que atuariam, nas áreas de suas respectivas, conjuntamente com o Comitê Nacional.

Esse Comitê Executivo Nacional, entre outras atividades, deve encaminhar os trabalhos fórum, conduzir suas atividades, estabelecer os correspondentes programas, formar grupos de estudo, prover encontros, reuniões e eventos, tudo com desígnio de cumprir os objetivos almejados pelo Fórum de Assuntos Fundiários.

O Fórum promoverá ao menos um encontro nacional por ano, com ampla participação de todas as pessoas que, direta ou indiretamente, possam

²¹⁵ De maneira mais detalhada, conforme indicado pelo art. 4º da Resolução, ao Comitê Executivo Nacional competirá: I- Elaborar e fazer cumprir o programa de trabalho do Fórum; II- Conduzir as atividades do Fórum de Assuntos Fundiários, propondo medidas concretas e promovendo as ações necessárias para a consecução dos objetivos do Fórum; III- Constituir forças-tarefa e supervisionar os trabalhos a elas relacionados; IV- Organizar encontros nacionais de membros do Poder Judiciário, com ou sem a participação de outros segmentos do poder público, da sociedade civil e de comunidades interessadas, para a discussão de temas relacionados às suas atividades e para a proposição de soluções que contribuam para a solução de questões fundiárias rurais e urbanas; V- Promover a realização de seminários e outros eventos regionais, com a participação de membros do Poder Judiciário, de estudiosos e especialistas, e de tantos quantos tenham envolvimento com os temas de seu interesse, para o estudo e o desenvolvimento de soluções práticas voltadas para a superação das questões fundiárias rurais e urbanas; VI- Integrar a magistratura em torno dos temas relacionados aos objetivos do Fórum, mantendo permanente interlocução com os membros dos Comitês Estaduais; VII- Coordenar os trabalhos dos Comitês Estaduais, propondo ações concretas de interesse local, regional ou estadual; VIII- Realizar reuniões periódicas ordinárias, ou extraordinárias, sempre que for necessário, para a condução dos trabalhos do Fórum; IX- Participar de outros eventos promovidos por entes públicos ou entidades privadas, sempre que isso se mostrar próprio e adequado à sua integração institucional ou à contribuição para a concretização dos objetivos do Fórum; X- Designar membros dos Comitês Estaduais ou Regionais para representar o Fórum de Assuntos Fundiários em eventos locais ou mesmo de caráter nacional, sempre que isso se mostrar mais conveniente e adequado para o interesse público; XI – Manter a Presidência, a Corregedoria Nacional e os Conselheiros permanentemente informados de suas atividades, por meio da Secretaria-Geral do Conselho Nacional de Justiça.

contribuir com a sua missão, ampliar o debate sobre questões fundiárias e propostas que possam o protagonismo do Poder Judiciário efetivação dos direitos sociais²¹⁶.

Pelo que se mencionou acerca da Resolução CNJ nº 110/2010 observam-se a importância das contribuições normativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com vistas à melhoria do aproveitamento dos recursos humanos, elevação dos graus de eficiência das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário, obtenção de melhores resultados nas resoluções de disputas com expressão coletiva e efetivação dos direitos constitucionais.

CONCLUSÃO

Para reafirmar os direcionamentos assinalados acima, ainda é adequado deixar algumas breves considerações complementares sobre a natureza fundamental do direito social à moradia digna e sobre as funções sociais da propriedade e das cidades.

Dependendo dos critérios adotados, as classificações dos direitos fundamentais poderão ser extremamente variadas.

De todo modo, levando em conta o tratamento estrutural que a Constituição Federal dispensa aos direitos fundamentais no Título II, é possível dizer que os direitos fundamentais representam um gênero, composto por várias espécies. Nesse sentido, as espécies de direitos fundamentais elencadas na Constituição Federal seriam as seguintes: i) os Direitos Individuais, notadamente os elencados no artigo 5º da Constituição Federal; ii) os Direitos Sociais e Coletivos, principalmente os arrolados no artigo 6º e seguintes da Constituição Federal; iii) os Direitos de Nacionalidade, sobretudo os indicados nos artigos 12 e 13 da Constituição Federal; e iv) os Direitos Políticos, principalmente os do artigo 14 e seguintes, da Constituição Federal.

Incluem-se no rol de direitos sociais apontados no art. 6º da Constituição Federal, entre outros, os direitos à educação, saúde, alimentação, trabalho, transporte, lazer, segurança e moradia digna.

Nesse sentido, portanto, não há dúvidas de que o direito à moradia é um direito social fundamental.

De outro lado, adotando-se critérios de funcionalidade, os direitos fundamentais, inclusive os sociais, poderiam ser classificados de acordo com as funções específicas que exercem.

Seria possível, nesse caso, identificar as seguintes funções específicas dos direitos fundamentais: i) funções de defesa; ii) funções de prestação (jurídica e material); iii) funções de proteção; iv) função de não discriminação; e v) função de ampliação democrática.

²¹⁶ Art. 8º Para dotar o Fórum Nacional dos meios necessários ao fiel desempenho de suas atribuições e para que sejam atingidos seus propósitos, o Conselho Nacional de Justiça poderá firmar parcerias, termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, cuja atuação institucional esteja relacionada aos objetivos do Fórum de Assuntos Fundiários.

Não obstante as demais funções apontadas, os direitos fundamentais com funções prestacionais são aqueles que exigiriam uma prestação positiva do Estado, uma obrigação de fazer, de natureza jurídica ou material.

As primeiras exigem que o Estado crie normas que expressem esses direitos fundamentais.

As segundas, prestações de ordem material, de outro lado, determinam que o Estado conceda vantagens ou benefícios concretamente apreciáveis aos titulares dos direitos. O direito à moradia digna se enquadra nesta hipótese. Ou seja, trata-se de um direito social fundamental cuja concretização compete ao Estado mediante comportamento positivo que impliquem benefícios concretos aos destinatários da norma.

Em síntese, no Brasil a atuação concreta do Estado para buscar a efetivação do direito fundamental à moradia está positivada, como se pode deduzir do conteúdo do art. 6º da Constituição Federal.

No que diz respeito à positivação da tutela jurídica dos direitos sociais, lembre-se que as maiores referências da positivação constitucional dos direitos sociais são a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919 (Weimar) e a Constituição Brasileira de 1934.

A Constituição Brasileira de 1934 procurou criar um regime democrático que assegurasse a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Nesse sentido, o art. 115, da Constituição de 1934, previa que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna. A garantia da liberdade econômica estaria garantida dentro desses limites. Além disso, o art. 138 da Constituição de 1934 previa incumbir à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: i) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; ii) estimular a educação eugênica; iii) amparar a maternidade e a infância; iv) socorrer as famílias de prole numerosa; v) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; vi) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; e vii) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

A Constituição Federal de 1988, seguindo essa tradição, também assegurou proteção efetiva aos direitos sociais, como se nota do exemplificado acima.

Outrossim, não se pode deixar de esquecer da obrigatoriedade do cumprimento da função social da propriedade, expressamente consagrada no inciso XXIII, do art. 5º, da Constituição Federal.²¹⁷

²¹⁷ “Mas, quando uma propriedade cumpre sua função social? Esse conceito está definido pelo art. 186 do Texto Constitucional que determina a função social é cumprida quando propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência previstos na lei, os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado (art. 186, I); utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (art. 186, II); observância das disposições que

De acordo com esse dispositivo, o direito de propriedade deve ser exercido para que seja cumprida sua função social.

A citada diretriz ainda consta do inciso III, do art. 170, da Constituição Federal, ao prever que ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, o princípio da função social da propriedade.

Seguindo a mesma perspectiva, que diz respeito às questões fundiárias no âmbito urbano, o art. 182 da Constituição Federal estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

É válido dizer que o desenvolvimento das funções sociais da cidade por meio política urbana significa a priorização de funções destinadas a combater e reduzir as desigualdades sociais e territoriais, a combater e eliminar a pobreza, a promover a justiça social e a satisfazer os direitos fundamentais das pessoas de terem condições de vida digna, como à moradia e um meio ambiente sadio (LIBÓRIO, SAULE JÚNIOR, 2017).

Do mesmo modo, o art. 186 da Constituição Federal, que cuida da política agrícola e fundiária, preconiza que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: i) aproveitamento racional e adequado; ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Nesse sentido, a propósito dos conflitos, a definição de medidas adequadas para a superação de controvérsias relacionados a problemas fundiários urbanos ou rurais deve se pautar no princípio das funções sociais da propriedade e da cidade, além de atentar para as demais diretrizes decorrentes dos princípios da pacificação social, da igualdade e da razoabilidade (LIBÓRIO, SAULE JÚNIOR, 2017).

Ainda do ponto de vista ambiental, já no plano infraconstitucional, o art. 1.228, §1º, do Código Civil, assinala, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Essa são apenas algumas das inúmeras referências legislativas acerca da importância das questões fundiárias, da função social da propriedade e da efetivação dos direitos sociais correlatos.

regulam as relações de trabalho (art. 186, III); exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, IV)." MCNAUGHTON, Charles W.. Constituição Federal. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

Pode-se concluir, portanto, que a criação do Fórum de Assuntos fundiários pelo Conselho Nacional de justiça, expressa o cumprimento do comando constitucional que determina a assunção de medidas concretas para contribuir para a efetivação do direito fundamental à moradia digna. Além disso, a Resolução CNJ nº 110/2010 também demonstra estrita observância aos demais postulados constitucionais acerca da efetiva tutela jurídica dos direitos fundiários.

REFERÊNCIAS

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no direito administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

LIBÓRIO, Daniela Campos; SAULE JÚNIOR, Nelson. Princípios e instrumentos de política urbana. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MCNAUGHTON, Charles W. Constituição Federal. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

FEMINISMO E CRIMONOLOGIA CRÍTICA: UM DIÁLOGO POSSÍVEL

FEMINISM AND CRITICAL CRIMINOLOGY: A POSSIBLE DIALOGUE

Taís de Paula Scheer²¹⁸

INTRODUÇÃO

A preocupação com o fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher ocupa há tempos a pauta dos Poderes do Estado. O incremento de políticas públicas de atendimento à mulher vítima de violência, a criação de varas judiciais especializadas e metas de julgamento voltadas ao tema e a edição de novas leis refletem a tentativa do Estado e da sociedade de impor freios à chaga da violência de gênero.

Contudo, ao que parece, esses esforços não têm surtido efeitos. Notícias envolvendo violência contra a mulher continuam a fazer parte da rotina da mídia e o número de ações penais relativas à matéria não diminui, pelo contrário. A forma de enfrentamento do tema, portanto, precisa de um novo olhar.

O presente artigo se propõe a estabelecer um diálogo entre a criminologia crítica e o movimento feminista, de forma a enxergar nas premissas daquela o caminho a ser percorrido para o atendimento dos anseios deste.

No primeiro capítulo é apresentada a trajetória recente do movimento feminista após a redemocratização no Brasil, dando ênfase à luta na esfera política e de movimentos sociais pelo reconhecimento de direitos às mulheres e às tensões decorrentes do enfrentamento da violência contra a mulher e a manutenção da desigualdade de gênero.

O segundo capítulo traz questionamentos da criminologia crítica a algumas bandeiras do movimento feminista, em especial o punitivismo exacerbado, reafirmando o Direito Penal como *ultima ratio*. As críticas levantadas pela criminologia crítica são direcionadas à hiper responsabilização criminal, com a criação de novos tipos penais e recrudescimento de penas nos casos de violência contra a mulher.

Por outro lado, ressalta-se a complexidade do fenômeno subjacente à violência íntima e familiar permeada pela afeição e múltiplas dependências dos sujeitos envolvidos, em especial econômica e psicológica.

Ao fina, destaca-se a importância da interlocução entre o movimento feminista e a criminologia crítica, partindo das premissas da Lei Maria da Penha no contexto do enfrentamento da violência contra a mulher, que possui um forte viés multidisciplinar.

²¹⁸ Juíza de Direito Substituta da 5ª Subseção Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, integrante da CEVID gestão 2021/2022. Especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR. e-mail taispaulascheer@gmail.com.

1 FEMINISMO NO BRASIL E LEI MARIA DA PENHA

No Brasil, a trajetória do movimento feminista também parte da concepção da desigualdade entre os gêneros masculino e feminino em uma concepção binária, lutando pelo reconhecimento de direitos na esfera legal e social, como o direito ao voto, ao emprego, à liberdade reprodutiva.

A esse respeito, bem sintetiza a doutrina:

O Brasil não é diferente do resto do mundo e está marcado por uma concepção binária de gênero (masculino e feminino), sendo certo que o gênero feminino foi submetido no curso da história a todo tipo de desigualdade, por consequência, a inúmeras injustiças. Tudo isso está a indicar como a questão da violência contra a mulher é algo que preocupa e está presente em nossa sociedade há muito tempo. Certo é também que em toda ordem social há sempre resistência. Mesmo neste contexto de opressão surgiram movimentos feministas que, através de lutas incansáveis, abriram as trincheiras para os processos de emancipação da mulher. Primeiramente lutaram por condições de trabalho, participação política, etc. Atualmente, sem abandonar estas demandas que não estão ainda superadas apesar de incontáveis avanços, surgiram outras frentes, atreladas à liberdade sexual e a própria desconstrução da visão binária de gênero (NICOLITT; ABDALA; SILVA, 2018, p. 31/32).

No final da década de 80 e início da década de 90, o movimento feminista no Brasil deixou de girar apenas em torno da bandeira da opressão das mulheres e ganhou força uma atuação mais especializada, com uma perspectiva mais técnica e profissional.

À semelhança de Estados Unidos e Europa, os movimentos feministas se colocaram como organizações autônomas, sem vinculação formal com qualquer partido político, surgindo as organizações não-governamentais (ONGs). A partir de 1985 são instaladas as primeiras delegacias especializadas (Delegacias da Mulher) para enfrentamento da violência contra a mulher.

Importante destacar a campanha para assegurar os direitos das mulheres na nova Constituição, que teve início com a organização de eventos em diversas capitais, em articulação com os movimentos feministas e outras entidades da sociedade civil, bem como nas Assembleias Legislativas e Conselhos estaduais e municipais.

Desse período histórico é o conhecido “lobby do batom”, fruto de uma articulação suprapartidária que exigiu a presença de mulheres na Assembleia Constituinte e a análise de temas importantes para o movimento feminista.

Ângela Arruda explica que (ARRUDA, 2019, p. 89):

Conhecido como o ‘o lobby do batom’, esse trabalho de *advocacy* foi realizado em articulação estratégica com as diversas categorias de mulheres trabalhadoras rurais e urbanas, empregadas domésticas, profissionais de saúde e delegadas de polícia. Além disso, se apoiou no estabelecimento de parceria com a bancada de mulheres na Câmara e no Senado. Agindo de forma suprapartidária, a maioria das integrantes dessa bancada feminina teve papel fundamental ao apoiar e apresentar emendas propostas pelo CNDM, cujas integrantes percorriam diariamente os corredores e gabinetes do Congresso Nacional em um trabalho presencial incessante durante todos os anos em que se desenvolveu o processo constituinte.

A principal conquista obtida por esse movimento foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reconheceu em seus dispositivos a igualdade entre o homem e a mulher perante o Estado e na sociedade conjugal, garantindo-lhe direitos e deveres iguais e assegurou expressamente o enfrentamento estatal à violência cometida no seio da família ²¹⁹.

Esse dispositivo constitucional possibilitou, mais tarde, a promulgação da Lei nº 11.340/2006 em 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

A Lei nº 11.340/2006 é considerada um grande avanço na proteção das mulheres em situação de violência e no enfrentamento desses crimes, sendo fruto direto da atuação dos movimentos de mulheres.²²⁰

²¹⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Art. 226 (...) §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. 8º§ O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

²²⁰ “A promulgação da Lei Maria da Penha não se deu como fato isolado, mas se inseriu em um contexto histórico pelo reconhecimento dos direitos das mulheres a partir da luta dos movimentos feministas. Assim, a luta das mulheres pelo fim da violência não se constituiu no campo estritamente penal e, desde sua origem, desenvolve ações mais amplas, com abrangência política e institucional junto ao poder público e aos movimentos sociais. Neste contexto, o Brasil participou ativamente de diversos movimentos emancipatórios realizados internacionalmente e se tornou signatário de diversos instrumentos jurídicos internacionais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw), das Nações Unidas, em 1979; a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Conferência Mundial dos Direitos Humanos em Viena (1993); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em Belém (1994); a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada em Pequim e adotada pela ONU (1995); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, também adotado pela ONU (1999); a

Vale lembrar, ainda, como ocorreram os atentados à vida da Maria da Penha e os desdobramentos do seu julgamento na esfera nacional e internacional:

No dia 29 de maio de 1983 na cidade de Fortaleza/CE, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi atingida por um tiro de espingarda desferido pelo marido, colombiano, naturalizado brasileiro. Em razão do tiro e da lesão na coluna ficou paraplégica. Foi o desfecho de uma relação tumultuada, pontilhada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal. Passado pouco mais de uma semana, quando ela já tinha retornado ao lar sofreu uma descarga elétrica enquanto tomava banho. O agressor foi condenado pelo júri em 04 de maio de 1991, mas teve novo julgamento pelo júri em razão da anulação do anterior, tendo sido condenado em **15 de março de 1996** a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão. Após recursos aos Tribunais Superiores foi preso somente em setembro de 2002 para cumprir pena. Esse caso foi reportado pela Maria da Penha e entidades de direitos humanos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos – OEA. Em 16 de abril de 2001 foi publicado relatório pelo órgão com repercussão internacional, dentre as diversas recomendações estava a necessidade de legislação própria, com reparação às vítimas, políticas de prevenção e combate à impunidade desses delitos (CUNHA, 2019, p. 35).

A violência de gênero explicitada pela Lei Maria da Penha abrange situações decorrentes de vínculos familiares e de relações íntimas de afeto, que por ser “cruelmente” democrática, atinge todas as mulheres, independente de classe social, raça, orientação sexual, grau de escolaridade, etc:

(...) mesmo mulheres bem-sucedidas, livres, empoderadas, podem sofrer violência fundada no gênero em razão de relações íntimas de afeto nas quais o homem quer impor à liberdade e a autonomia, sua visão machista, sexista, com a missão de submetê-la a seu controle e caprichos, como se objeto fosse, reificando-a ao tentar privá-la de sua autonomia e submetê-la a seus desejos, a seu domínio possessório. Todos podem ver a mulher como livre, independente, forte, economicamente, bem-sucedida,

Conferência Pequim+5, realizado em Nova Iorque (2000).” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de gestão para as alternativas penais. Brasília, 2020, p. 163).

mas na visão do agressor, não passa de algo que pode por ele ser dominado, colocado em submissão. Ademais, mesmo mulheres independentes e economicamente fortes, podem ter hipossuficiência afetiva que coloca o ser humano em hipossuficiência e vulnerabilidade” (NICOLITT; ABDALA; SILVA, 2018, p. 87).

A Lei Maria da Penha consagra uma virada paradigmática nos padrões legais vigentes até então e impõe novas práticas ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, como bem destaca Debert:

(...) mesmo com conotação universal e um tanto essencialista, o movimento feminista tornou pública uma abordagem sobre conflitos e violência na relação entre homens e mulheres como resultante de uma estrutura de dominação. Tal interpretação não estava presente na retórica tampouco nas práticas jurídicas e judiciárias no enfrentamento de crimes até a promulgação, em 2006, Lei n. 11.340 (“Maria da Penha”) (DEBERT; GREGORI, 2008, p. 168).

A legislação supracitada superou a noção meramente punitivista e retributivista do Direito Penal e trouxe mecanismos multidisciplinares de fortalecimento e enfrentamento da violência doméstica e familiar, com enfoque no encaminhamento da mulher em situação de violência e familiares à rede de proteção, bem como do autor da violência a grupos reflexivos de conscientização e sensibilização.

Contudo, de acordo com o Manual de Gestão de Alternativas Penais do Conselho Nacional de Justiça de 2020 o “Estudo realizado pelo Ipea (Garcia, 2013) revelou que a lei não significou a redução dos homicídios contra as mulheres, se comparados os períodos antes e depois da vigência da lei” (CNJ, 2020, p. 158).

Diante desse paradoxo, não obstante a existência de legislação moderna e inovadora, a violência doméstica e familiar contra a mulher continua com números alarmantes, o que torna imprescindível a melhoria na prestação jurisdicional, priorizando a proteção integral da mulher.

A Lei nº 11.340/2006, a despeito de estar vigente há pouco menos de 15 (quinze) anos, ainda não foi materializada em sua plenitude. Os seus mecanismos de intervenção multidisciplinar com foco nas mulheres e seus familiares em situação de violência carecem de melhor implementação e efetivação no Poder Judiciário brasileiro.

A pretexto de oferecer uma ampla proteção à mulher vítima de violência, o Estado impõe uma visão estritamente punitiva e retributiva do Direito Penal, meramente incriminadora, dissociado do espírito da Lei Maria da Penha, o que acabou por não reduzir os números crescentes dessa violência.

Assevere-se a necessidade de superar uma perspectiva apenas de natureza criminal, com enfoque na multidisciplinariedade, reconhecendo a complexidade do fenômeno da violência doméstica e familiar, o que pode ser viabilizado com a plena integração entre a rede de proteção e as medidas judiciais aplicadas.

Em geral, a atuação do Poder Judiciário é voltada a aplicação da pena pela prática de delitos, desconsiderando aspectos determinantes do contexto da violência doméstica e familiar, o que configura um espaço que silencia e revitimiza as mulheres.

É preciso perceber que os tipos penais, quando relacionados à violência doméstica, trazem consigo um conflito interpessoal, subjetivo, permeado por sentimentos contraditórios, baseados em vínculo afetivo e/ou familiar que extrapolam os elementos normativos que os compõem.

Por isso, imprescindível investigar os motivos da manutenção dessa estrutura opressora, propondo mecanismos para alçar a mulher como protagonista do desenrolar do processo penal, o que encontra fundamento na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que não se limita a um caráter penal por possuir normas de interdisciplinaridade, prevenção e assistência/acolhimento das mulheres em situação de violência.²²¹

Essa guinada epistemológica exige adentrar nos mecanismos discursivos e normativos do processo penal, enfrentando diversas formas de exercício do poder que reproduz a lógica patriarcal, mesmo que de forma sutil. O foco precisa ser a proteção integral da mulher, que perpassa a necessidade de acolhimento, reconhecimento e empoderamento, para que seja possível dar um basta ao ciclo de violência.

2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E FEMINISMO

A criminologia crítica surge no seio da Escola de Frankfurt cotejando análise empírica e teoria social.

Essa teoria enuncia que o processo seletivo de criminalização possui duas etapas primária e secundária. A primária é de responsabilidade do poder político com a criação de tipos penais e a sanção de determinadas condutas (formação da lei penal). A secundária é a atuação propriamente dita do sistema de justiça sobre os agentes que praticam a conduta tipificada em lei, submetendo-o a investigação policial e ao processo penal e suas consequências (aplicação da lei penal).

Importante esclarecer, em síntese, que para a criminologia crítica os meios para reduzir a criminalidade perpassam pela busca de soluções na política socioeconômica.

A teoria criminológica crítica parte da premissa que:

(...)o sistema de justiça criminal reproduz (e produz) iniquidade

²²¹ “Art. 4º. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

social ao interessar-se muito pela delinquência das classes sociais mais baixas e pouco por outro tipo de transgressão. Daí porque os mais pobres estarem sobrerrepresentados dentro do sistema carcerário. Como um modo de controle social, a intervenção penal brutaliza e transforma em bodes expiatórios os grupos mais vulneráveis da sociedade (MENDES, 2017, p. 61)

A criminologia crítica impõe questionamentos à criminologia tradicional, centrada na punição do sujeito e no monismo jurídico da modernidade, demonstrando o viés de controle social e ineficácia das prisões na repressão dos comportamentos violentos. Consagra a noção de Direito Penal como *ultima ratio* e a imprescindível multidisciplinaridade para entender esse fenômeno.

A doutrina da criminologia crítica destaca que:

A alternativa oferecida pela criminologia crítica consiste no favorecimento da leitura das situações problemáticas através de códigos doados por outras disciplinas; códigos estes que alimentam atores sociais e agências do Estado, das comunidades locais, da sociedade civil, diversos daqueles do sistema da justiça criminal e, provavelmente, mais capazes de permitir-lhes um controle preventiva e reativo. Consiste, ainda, em favorecer, através de enfoques multidisciplinares, a coordenação e a sinergia dos diferentes atores e agências sociais, ou seja, a edificação de construções comuns, cujos componentes científicos e institucionais possam variar segundo a natureza dos problemas a serem afrontados. Experimentando esta sinergia, talvez seja possível restituir ao direito penal o seu papel subsidiário de *ultima ratio* e construir um direito penal mínimo compatível com os princípios do Estado de Direito e da democracia (BARATTA, 1999, p. 58).

A doutrina enfatiza que no Brasil, hoje, tem-se diversos movimentos de política criminal: o movimento minimalista (Direito Penal mínimo), que pretende a abertura do controle penal para a sociedade e democratização desse controle; um movimento de fortalecimento e expansão em diversas frentes, quais sejam, contra a criminalidade de colarinho branco; demandas dos novos movimentos sociais (feminismos), e o viés mais radical de criminalização “Lei e Ordem” (ANDRADE apud CAMPOS, 1999, p. 107 - 108).

A demanda por mais tipos penais e aumento de penas é compatível com a Lei Maria da Penha, ou melhor, tais políticas podem de fato reduzir o fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher?

Segundo a criminóloga Vera de Andrade o sistema meramente retributivista e punitivo “não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero” (ANDRADE apud CAMPOS, 1999, p. 113)

Paradoxalmente, as demandas dos movimentos identitários por mais criminalizações de diversas condutas na esfera da violência doméstica e familiar contra a mulher escancara uma noção conservadora de lei e de ordem.

Haveria, portanto, uma incompatibilidade entre os movimentos feministas e a criminologia crítica? (ANDRADE apud CAMPOS, 1999, p. 112).

Vera de Andrade (apud CAMPOS, 1999, p. 113) afirma que sim:

Quando, na Europa dos anos 80, a base dos movimentos criminalizadores foi a chamada ‘dimensão simbólica’ do Direito Penal; no Brasil dos anos 80, parece que tal base é a punição. O que conduz, a meu ver, a uma situação paradoxal. Essa demanda pelo sistema acaba por reunir o movimento de mulheres, que é um dos movimentos mais progressistas do país, com um dos movimentos mais conservadores e reacionários, que é o movimento de ‘Lei e Ordem’. Ambos acabam paradoxalmente unidos por um elo, que é mais repressão, mais castigo, mais punição e, com isso, fortalecem as fileiras da panaceia geral que vivemos hoje em matéria de Política Criminal.

Em geral o enfoque dos movimentos de maximização do Direito Penal é centrado no punitivismo, desconsiderando aspectos determinantes do contexto da violência doméstica e familiar, ao silenciar e revitimizar as mulheres.

O sistema punitivo tradicional, caracterizado pelo enfoque na prisão e na busca constante por regras mais “duras”, tais como a criação de novos delitos e penas mais altas, é incapaz de enfrentar a violência de gênero, que exige uma verdadeira transformação cultural, com a responsabilização do agressor e o empoderamento da mulher.

Nesse sentido:

O discurso feminista da neocriminalização, louvável pelas boas intenções e pelo substrato histórico, parece encontrar-se, nessa perspectiva, imerso na reprodução da mesma matriz (patriarcal e jurídica), da qual faz a crítica, num movimento extraordinariamente circular. Pois, em primeiro lugar, reproduz a dependência masculina, como colocava o professor Baratta, na busca da autonomia e emancipação feminina; ou seja, segmentos do movimento feminista buscam libertar-se da opressão masculina

(traduzida em diferentes formas de violência) recorrendo à proteção de um sistema demonstradamente classista e sexista, e creem encontrar no Estado e no Direito estatal o grande pai capaz de reverter sua orfandade social e jurídica (ANDRADE apud CAMPOS, 1999, p. 115).

O processo penal encetado no punitivismo contribui para tornar ainda mais invisível a violência de gênero, porque ele é expiatório, individualiza o problema, pressupõe que com a aplicação da sanção penal a justiça está feita, enquanto os elementos da estrutura patriarcal são reproduzidos e, em momento algum, contestados.

O “processo penal domestica por assim dizer a conflitualidade, organizando-a numa polaridade excludente, típica do princípio do contraditório no processo penal, traduzindo em categorias jurídicas polares a complexidade das relações de gênero” (RIFIOTIS, 2008, p. 230).

Observa-se, também, a ênfase em uma visão paternalista do Estado, que com o intuito de proteger a mulher acaba por tolher sua autonomia, sem resultados práticos eficientes, haja vista as penas baixas previstas na legislação penal, que invariavelmente implicam na imposição do cumprimento de pena em regime aberto, com as deficiências notoriamente conhecidas (falta de casas de albergado, ausência de fiscalização das condições impostas etc).

Essa forma equivocada de lidar com a questão faz com que, a despeito do número cada vez maior de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o que implica no aumento da demanda no sistema de Justiça, é predominante a insatisfação das mulheres no tratamento recebido nesse sistema, conforme demonstram algumas pesquisas empíricas.²²²

O dilema que se coloca é “encontrar uma resposta que, de um lado, não seja meramente legitimadora do poder punitivo, mas que também não seja, por outro lado, a manutenção do déficit de proteção do qual as mulheres historicamente são vítimas.” (MENDES, 2017, p. 177).

A Lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha) exige uma abordagem diferenciada e multifacetada da temática da violência contra a mulher. Reconheceu-se que a violência doméstica e familiar contra a mulher não é apenas uma questão de direito criminal, mas envolve aspectos sociais, culturais e antropológicos, e, por isso, buscou-se desenhar um sistema de justiça capaz de observar a peculiaridade dessa chaga.²²³

²²² BARBOZA, Priscila da Silva. A “judicialização das relações sociais”: tensões entre o campo jurídico e as expectativas das mulheres “vítimas” de violência doméstica e familiar na 3ª Vara Criminal de Pelotas/RS (2009-10). Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Pelotas. Pelotas. 2011. Disponível em: <http://wp.ufpel.edu.br/ppgs/files/2014/06/priscila-da-silva-barboza.pdf>. Acesso em: setembro de 2020. BRAGAGNOLO, Regina Ingrid; LAGO, Mara Coelho de Souza; RIFIOTIS, Theophilos. Estudos do modo de produção da justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina. Revista de Estudos Feministas. Florianópolis, 23(2): 352, maio-agosto de 2015.

²²³ Juan Antonio Cobo Plana expõe que “(...) la violencia doméstica es muy compleja, de tal forma

Assevere-se a necessidade de superar uma perspectiva apenas de natureza criminal, com enfoque na interdisciplinaridade²²⁴, reconhecendo a complexidade do fenômeno da violência doméstica, alçando a mulher a protagonista, em especial, por meio das medidas protetivas de urgência, com a implantação de assistência psicológica e jurídica adequadas.

É preciso buscar soluções que sejam capazes de compreender o fenômeno da violência doméstica e familiar, garantam uma escuta qualificada e o protagonismo da mulher no contexto de interrupção do ciclo de violência, bem como promovam transformações estruturais nas relações de gênero.

A cessação do ciclo de violência em sua perspectiva multifacetada nem sempre passa pelo tratamento tradicionalmente conferido pelo Direito Penal, mas sim pelo fortalecimento da posição da mulher, com resgate de sua autoestima e conscientização do agressor.

Uma guinada epistemológica e interpretativa da justiça penal, com a implementação dos mecanismos multidisciplinares nas medidas protetivas de urgência permitirá uma intervenção mais efetiva do Poder Judiciário, resgatando a dignidade da mulher, superando sua identificação como vítima estática e frágil.

Importante ressaltar que essa ressignificação da mulher como vítima da violência exige abordagens de outras searas para que as decisões por ela tomadas sejam livres e desembaraçadas de qualquer constrangimento, culpa ou opressão.

A mulher deve ser reposicionada como protagonista na esfera judicial, para que possa intervir ativamente no andamento das medidas protetivas de urgência e da ação penal, por meio do atendimento integral da mulher em múltiplos aspectos (assistência jurídica, psicológica, médica, assistencial, econômica, etc).

Soraia Mendes bem sintetiza o diálogo entre feminismo e criminologia crítica:

que cualquier intento de simplificar o generalizar puede llevar a errores de su valoración. Uno de estos posibles errores, que podría aparecer en la respuesta jurídico penal en la violencia doméstica, es el de la generalización, el no distinguir suficientemente entre los diferentes tipos de violencia doméstica, o entre las diferentes gravedades y diferentes riesgos, y, por supuesto y como consecuencia directa, entre las distintas posibilidades de respuesta que cada caso requiere.” (PLANA, Juan Antonio Cobo. La Prueba interdisciplinar na violencia doméstica: um punto de vista médico forense. In: NICOLITT, André; ABDALA, Mayara Nicolitt; SILVA, Laís Damasceno. Violência Doméstica: estudos e comentários à Lei Maria da Pena. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 88).

²²⁴ “Acionar a rede interdisciplinar prevista na Lei Maria da Pena seria mais adequada para tratar dessas questões importantes no entorno do tipo penal geral, pois tão somente o ingresso da ação em juízo não parece ser capaz de resolver tais questões. Ao menos sob o ponto de vista das mulheres que preferem não ingressar com tais ações.” (BARBOZA, Priscila da Silva. Tensões na regulação jurídica da violência de gênero no Brasil: Lei Maria Pena, intimidade e reconhecimento. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 124. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/53103/R%20-%20T%20-%20PRISCILA%20DA%20SILVA%20BARBOZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 set. 2019).

O caráter histórico, social, cultural e familiar perverso da violência de gênero justifica seja o direito à proteção contra este tipo de violação um direito fundamental exclusivo das mulheres, no mesmo sentido do direito à autodeterminação, no que concerne ao aborto. É sob esse ponto de vista que devem circunscrever-se os limites de atuação da lei penal em relação às mulheres (MENDES, 2017, p. 221).

Em suma, é preciso compreender o fenômeno da violência contra a mulher como complexo e multifacetado, com muitas idas e vindas, avanços e retrocessos, sendo importante encarar todas as suas nuances para poder enfrentá-lo satisfatoriamente.

Tal perspectiva exige um Poder Judiciário que extrapole a narrativa meramente penal e incriminadora e atinja a profundidade das relações afetivas e familiares envolvidas na violência doméstica, para de fato erradicá-la ou pelo menos reduzi-la, sob pena de se alimentar a sua reiteração, inclusive, com o recrudescimento dos atos violentos.

Diante de tudo isso, é imprescindível superar o paradigma meramente punitivista do processo penal, que reproduz os signos do patriarcado e machismos estruturais, tornando a mulher invisível, por meio da interlocução entre a criminologia crítica, as demandas do feminismo e a interdisciplinaridade, aprimorando as ferramentas da Lei Maria da Penha.

CONCLUSÃO

O movimento feminista brasileiro contribuiu de forma significativa para conquistas de direitos, expressos na Constituição Federal de 1988 e, principalmente, na Lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha).

A legislação de enfrentamento à violência contra a mulher exige uma abordagem diferenciada e multifacetada da temática. Reconheceu-se que a violência doméstica e familiar contra a mulher não é apenas uma questão de direito criminal, mas envolve aspectos sociais, culturais e antropológicos, e, por isso, buscou-se desenhar um sistema de justiça capaz de observar a peculiaridade dessa chaga.

A criminologia crítica aponta para a necessidade de questionamento a bandeiras que pretendem apenas o recrudescimento de penas e/ou o aumento de tipos penais, repisando a falácia da noção punitivista e meramente retributivista.

O diálogo entre a criminologia crítica e as aspirações feministas é possível e torna necessário superar uma perspectiva apenas de natureza criminal, com enfoque na interdisciplinaridade, reconhecendo a complexidade do fenômeno da violência doméstica, reposicionando a mulher como protagonista, em especial, por meio das medidas protetivas de urgência e a assistência integral à mulher e seus familiares.

Esse diálogo entre criminologia crítica e feminismo permite que se busquem soluções capazes de compreender o fenômeno da violência doméstica e familiar, garantindo uma escuta qualificada e o protagonismo da mulher no contexto da violência. A aproximação entre criminologia crítica e feminismo pode ser capaz de interromper os ciclos de violência e promover transformações estruturais nas relações de gênero, que é o verdadeiro desiderato da legislação de proteção à mulher.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. O que é feminismo? Editora Brasiliense: Brasília, 1981.
- ALVAREZ, Marcos César; TEIXEIRA, Alessandra; DE JESUS, Maria Gorete Marques; MATSUDA, Fernanda Emy. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 86, p. 247-288, 2010.
- AMARAL, Alberto Carvalho. A violência doméstica a partir do olhar das vítimas: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania Patriarcal: O Sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência contra a mulher. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2004.
- ARAÚJO, Maria de Fátima et al (org). Gênero e violência. São Paulo: Artes & Ciência, 2004.
- AUAD, Daniela. Feminismo: que história é essa?. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- ARRUDA, Angela et al. Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto. Organização Heloisa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Relações de gênero e sistema penal. Violência e conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Organizador Rodrigo Ghiringhelli Azevedo. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo. Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução de Francisco Bissoli Filho. Doctrina Penal. Teoria e prática em las ciências penais. Ano 10, n. 87. p. 623-650.
- BARBOZA, Priscila da Silva. A judicialização das relações sociais: tensões entre o campo jurídico e as expectativas das mulheres “vítimas” de violência doméstica e familiar na 3ª Vara Criminal de Pelotas/RS (2009-10). Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Pelotas. Pelotas. 2011. Disponível em: <http://wp.ufpel.edu.br/ppgs/files/2014/06/priscila-da-silva-barboza.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.
- BARBOZA, Priscila da Silva. Tensões na regulação jurídica da violência de gênero no Brasil: Lei Maria Penha, intimidade e reconhecimento. (2014/2017). Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/53103/R%20-%20T%20-%20PRISCILA%20DA%20SILVA%20BARBOZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 set. 2020.
- BRAGAGNOLO, Regina Ingrid; LAGO, Mara Coelho de Souza; RIFIOTIS, Theophilos. Estudos do modo de produção da justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina. Revista de Estudos Feministas. Florianópolis, 23(2): 352, maio-agosto de 2015.
- BEAUVOIR, Simone de. O segundo Sexo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, (1949) 1980.

- BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAMPOS, Carmen Heing de. Criminologia e Feminismo. Editora Sulina, Porto Alegre, 1999.
- CAMPOS, Carmen Heing de. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CIRINO, Juarez dos Santos. Criminologia Radical. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
- CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e Gênero. Novas propostas, velhos dilemas. Revista Brasileira de Ciências Sociais. 2008. v. 23; n. 66.
- DINIZ, Anáilton Mendes; DO VALE, Valeska Nedefh; DA SILVA, Maria Magnólia Barbosa. A polícia judiciária no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Fortaleza: Núcleo de Gênero Pró-Mulher do Estado do Ceará/ Ministério Público do Estado do Ceara, 2012.
- FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017
- MONTENEGRO, Marília. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Ed Revan, 2015.
- NICOLITT, André; ABDALA, Mayara Nicolitt; SILVA, Laís Damasceno. Violência Doméstica: estudos e comentários à Lei Maria da Penha. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- RIFIOTIS, Theophilos. Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a 'violência conjugal' e a 'violência intrafamiliar'. Revista Katálysis, v. 11, n. 2, p. 225-236, 2008.
- SAFFIOTH, Heleieth. Gênero patriarcado violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

DEMOCRACIA ILIBERAL E A SUPRESSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

ILLIBERAL DEMOCRACY AND THE SUPPRESSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES

Gleison do Prado de Oliveira²²⁵
Nathaly Gabriela Picoli²²⁶

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como tema a supressão dos direitos e garantias fundamentais perpetradas pelo advento da democracia iliberal, ocasionada pela manipulação de agentes políticos, eleitos pela maioria da população através de eleições justas e em conformidade com o ordenamento jurídico.

De início, serão estudadas as peculiaridades do constitucionalismo abusivo e do legalismo autocrático no período pós-democrático, onde os líderes constroem a própria estrutura de permanência no poder, desarmando importantes instituições como os Tribunais de Justiça, com vistas a não terem fiscalização dos seus atos enquanto agentes diretos do governo, tornando a democracia iliberal.

Após, será explanada a diferença entre as democracias liberais e iliberais, suas influências e confluências, trazendo aspectos sociais atuais que culminaram na transformação da democracia inicialmente liberal em iliberal, com a fragilização de setores sociais e a aniquilação de direitos básicos, frente à vontade da maioria.

Por fim, são propostas ações a serem empreendidas pelos diversos setores da sociedade, inclusive o Poder Judiciário, para o combate à degradação

²²⁵ Graduando em Direito (2020-2024) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/PR. Graduado em Ciências Contábeis (2015-2018) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/PR. Pós-Graduando em Direito Tributário, Direito do Trabalho, e Gestão Pública (2020-2021) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior, Controladoria e Finanças (2019-2020) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus de Londrina. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direito e Desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná – Campus de Palmas. Integrante do Projeto de Iniciação Científica da Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR. 7. E-mail: gleisondoprado@gmail.com.

²²⁶ Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (2021). Especialista em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2020). Especialista em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito (2021). Aluna da Pós-graduação Lato Sensu em Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Paraná (2020-2021). Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná (2018). Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus de Londrina/PR. Assistente III de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Comarca de Apucarana/PR. Professora. Advogada licenciada. Apucarana/PR, Brasil. E-mail: n_g.p@hotmail.com.

dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente conferidos à população, bem como para o aumento da qualidade da democracia.

1 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E LEGALISMO AUTOCRÁTICO NO PERÍODO PÓS-DEMOCRÁTICO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 advém de um poder ilimitado e soberano, denominado de Poder Constituinte. Segundo Maluf (2019, p. 217) a noção de soberania provém do poder da nação, nas democracias, que legitimam o Constituinte Originário por meio de representantes eleitos democraticamente, em reunião na Assembleia Constituinte para elaboração da lei essencial do Estado.

No contexto moderno em que tudo muda muito rapidamente, o Poder Reformador apresenta-se como importante instrumento secundário de adaptação normativa da Constituição diante da evolução da dinâmica social, econômica e jurídica no país. Entretanto, o constituinte derivado encontra-se limitado perante alguns anseios de mudança constitucional, v.g., no tocante a forma federativa do Estado (CF/88, art. 60, § 4º, I), o governo republicano (CF/88, art. 60, § 4º, II), e a essência do Estado Democrático e de Direito (CF/88, art. 1; art. 5, XLIV; art. 34, VII, alínea A; art. 91; art. 127; art. 134).

Cumprir notar que a Carta Magna de 1988, além de ser democrática e de Direito, profere em seu texto normativo a garantia dos direitos fundamentais da nação. Num primeiro momento, os direitos essenciais são amparados pela Constituição como proteção do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado. Num segundo momento os direitos fundamentais são objetos da prestação estatal como efetivação da proteção do cidadão e da sociedade (ARAÚJO, 2016. p. 54 - 55). Os direitos e garantias fundamentais atuam sob a égide dos princípios constitucionais explícitos e implícitos que são o alicerce de todo o ordenamento jurídico.

Não obstante, no presente momento, há um fenômeno no contexto jurídico que vem chamando atenção de doutrinadores e constitucionalistas. Trata-se do constitucionalismo abusivo. Segundo David Landau (2013, p. 195) o constitucionalismo abusivo é “o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes”. No artigo *Abusive Constitutionalism*, o autor prossegue afirmando que os flagrantes golpes militares de outrora caíram em desuso, e que os instrumentos utilizados para minar a democracia tornara-se o uso de emendas em substituição à Constituição Democrática.

Deste modo, os líderes constroem a própria estrutura de permanência no poder, e desarmam importantes instituições como os Tribunais de Justiça, com vistas a não terem fiscalização dos seus atos enquanto agentes diretos do governo. Tal maneira de agir, consagra a democracia iliberal, por ferir, discretamente a ordem constitucional estabelecida pela Constituição Democrática.

Numa história em que regimes autoritários, subversivos e totalitaristas causaram grandes catástrofes - v.g., o regime nazista alemão, que, liderado por

Adolf Hitler, provocou a Segunda Guerra Mundial, por ser caracterizado como poder proeminente e tirano entre os anos de 1933 a 1945 (MALUF, 2019, p. 177 - 178), visualizar a regressão democrática por atos lesivos de líderes do poder executivo, torna-se motivo de preocupação para toda a população, que cada vez mais se vê à mercê de decisões suspeitas, mas inquestionáveis, por perderem voz diante do cenário político nacional.

Neste contexto, Medina (2021, p. 47) expõe de forma elucidativa que “o constitucionalismo abusivo se liga a democracia iliberal”, e que esta, “concretiza-se através de atos estatais que, tendo aparência de conformidade com a Constituição, reduzem os direitos fundamentais e tornam o Estado menos democrático”.

Afirma o autor que o constitucionalismo abusivo e a democracia iliberal ensejam a manifestação do legalismo autocrático. Segundo ele, com o enfraquecimento dos partidos políticos, surge o autoritarismo político ou legalismo autocrático, que detém caráter de três elementos basilares, quais sejam, o uso, abuso e o não uso da lei pelo poder Executivo (MEDINA, 2021, p. 545). Os três elementos-chave em comento foram abordados com maestria por Javier Corrales, começando com o uso da lei:

Primeiro, o aspecto autocrático dessas leis nem sempre é explícito. Frequentemente se esconde em artigos e cláusulas que empoderam cidadãos ou outros grupos políticos, encorajando os grupos empoderados a apoiar essas leis, ao menos inicialmente. Mas sempre há uma cláusula que acaba beneficiando o poder Executivo muito mais do que outros autores, o que torna as leis tão autocráticas. Segundo tais leis foram aprovadas de maneira constitucional, ao menos na medida em que foram aprovadas por meio de processos constitucionalmente previstos (CORRALES, 2015, p. 12).

Notocante ao abuso das leis, destaca-se a “implementação inconsistente e enviesada das leis e regulamentos”, e por fim, o não uso “é, paradoxalmente, o uso da ilegalidade”. Dado o risco da proliferação do legalismo autocrático, o Min. Luiz Roberto Barroso fundamentou a decisão monocrática de suspensão de Decreto presidencial 10.003/2019, fundamentando:

[...]12. O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam

dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático[1]. 13. Esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “*legalismo autocrático*” e “democracia iliberal”[2]. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo[3]. 14. A lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder *autocrático*, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria[4], na Polônia[5], na Romênia[6] e na Venezuela[7]. O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições. 15. Embora não me pareça ser o caso de falar em risco democrático no que respeita ao Brasil, cujas instituições amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações. Nessa linha, as cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração

de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático [...]. 29. Em síntese, as medidas promovidas pelo Decreto 10.003/2019 acabam por conferir ao Executivo o controle da sua composição e das suas decisões, o que o neutraliza como instância crítica de controle. Trata-se, portanto, de norma que frustra o comando constitucional que assegurou participação às entidades representativas da sociedade civil na formulação e no controle das políticas públicas para crianças e adolescentes. Não bastasse isso, o decreto viola o princípio da legalidade, uma vez que desrespeita as normas que regem o Conanda, tal como previstas na Lei 8.242/1991. Além disso, ao procurar modificar o funcionamento do Conanda por meio de decreto, quando seria necessária lei, também se exclui a participação do Congresso Nacional de debate de extrema relevância para o país. 30. Nessas circunstâncias, cabe ao Supremo Tribunal Federal, na condição de corte de mais alta hierarquia em matéria constitucional, a proteção do adequado funcionamento da democracia, bem como a tutela a direitos fundamentais, sendo de se destacar que a presente decisão visa a assegurar a participação da sociedade civil no processo decisório estatal²²⁷.

Em suma, o Decreto 10.003/2019 conferiu a possibilidade de controle por parte do Poder Executivo sobre a composição e deliberações no que obsta ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). No entanto, a fundamentação da ADPF 622, com a visão garantidora dos princípios fundamentais, notou que o decreto presidencial violara o princípio da legalidade por desrespeitar as normas que vigoram sobre o referido Conselho.

Em virtude de atos do Poder Executivo, o contexto atual passou a ser denominado de período pós-democrático e recebeu o termo “democracia delegativa”. Guillermo O’Donnell, foi o responsável por definir tal expressão, e, segundo ele, as deliberações do Executivo nas políticas públicas essenciais, com pouca atuação do Congresso Nacional, abre margem para criação de estratégias políticas capazes de fomentar o poder de um determinado grupo.

Assim, integrantes partidários que possuem influência local, regional e nacional, são nomeados por chefes do executivo para ocupar posição técnica, fortalecendo, deste modo, a ascensão política municipal, estadual e nacional (O’DONNELL, 1991, p. 25 – 40). Percebe-se que a fiscalização – objetivo dos partidos políticos -, se desvirtua frente ao cargo recebido, e a prestação de contas para com a sociedade, torna-se inexpressiva, pois o partido em oposição,

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622. Relator: Min. Roberto Barroso, dec. Mon, j. 19 dez. 2019.

deixou de contar com a influência de seu integrante político. Cumpre notar que o partido que exerce o poder, naturalmente, trabalhará de modo a executar os projetos cujos interesses se respaldam na vontade da nação, enquanto a oposição partidária encarrega-se de fiscalizar e defender os anseios do povo.

Frente ao avanço da manipulação constitucional exercida pelo Executivo, uma tentativa de solução a ser levada em consideração consiste na “viabilização de instrumentos internacionais para identificação e combate ao constitucionalismo abusivo” (MARTINS, 2014, p. 40). Afinal, com a criação de uma Corte Constitucional Internacional capaz de estabelecer limitações, restrições e declarar inválidos os atos suspeitos de transgredirem o projeto democrático de um país, o constitucionalismo abusivo e o legalismo autocrático seriam suprimidos por estarem em oposição a diretrizes de um Tribunal Internacional.

2 DEMOCRACIA LIBERAL *VERSUS* DEMOCRACIA ILIBERAL: INFLUÊNCIAS E CONFLUÊNCIAS

As transformações sociais mais recentes, causadas notadamente pela crise econômica e sanitária, aumento da corrupção no Poder Público, ascensão do populismo de extrema-direita e da deturpação de valores morais, esta ocasionada pelo julgamento, manipulação e segregação entre os atores da sociedade, principalmente pela disseminação das *fake news* no âmbito virtual, aliadas às demasiadas críticas à função contra majoritária do Poder Judiciário, enfraqueceram a democracia dita como liberal, podendo se dizer que ela se tornou iliberal, onde, por meio do poder conferido ao povo de eleger seus representantes, há a progressiva refutação de garantias constitucionais ínsitas a todos.

Neste contexto, torna-se imperiosa a diferenciação entre a democracia liberal e a democracia iliberal para melhor compreensão do assunto, bem como as influências e confluências entre os dois sistemas.

Em uma análise superficial, pode-se inferir que a democracia liberal é aquela onde, por meio de eleições livres e justas, isto é, aquelas realizadas sem interferências externas no direito de escolha dos cidadãos e com observância às regras positivadas no ordenamento jurídico, há a competição aberta por apoio em meio à população com capacidade eleitoral ativa.

Neste tipo de democracia, as concepções individuais, em seus aspectos morais, religiosos e filosóficos, são consideradas e mitigadas para a satisfação do bem comum, mediante o estabelecimento de prioridade absoluta às liberdades e aos direitos individuais, de forma que a justiça somente é garantida quando há a proteção individual dos direitos fundamentais, ou seja, quando são garantidas a cada um as liberdades políticas, de consciência, pensamento, associação e a dignidade, sendo todos concebidos como iguais em direitos e garantias.

Com a proteção destes direitos, há a garantia de que todos serão tratados com consideração à sua dignidade, atribuindo-se papel relevante à Constituição e ao sistema de direitos nela contidos contra possíveis procedimentos majoritários.

Embora na democracia haja a soberania do povo, quando se fala em democracia liberal há a atuação limitada deste, de maneira que a tomada de decisão popular não pode desrespeitar ou ferir os direitos subjetivos de outrem, devendo ser respeitada a dignidade de todos.

Nas democracias liberais inexistente um soberano que se sobreponha a todos em autoridade, uma vez que todos são cidadãos em igualdade de direitos e o poder político deve ser distribuído à coletividade de forma equitativa ou igualitária.

Para Ronald Dworkin, na democracia todos assumem “um papel, como parceiros iguais em um empreendimento coletivo, tanto na formação quanto na constituição da opinião pública” (DWORKIN, 2005, p. 503).

Assim, as decisões políticas são tomadas a partir da deliberação e votação de agentes racionais, com a limitação imposta pela observância aos direitos fundamentais em âmbito institucional, baseadas na regra da maioria, v.g., a regra onde a decisão tida como “de todos” é aquela tomada pela maioria dos cidadãos.

A democracia então é vista como uma luta, em que há a disputa de argumentos entre pessoas racionais visando o endosso de uma proposta pela maioria. Para John Rawls, uma democracia constitucional razoavelmente justa é aquela onde:

[...] mediante a apresentação de concepções do bem público e de políticas concebidas para promover os objetivos sociais, os partidos rivais buscam a aprovação dos cidadãos de acordo com normas procedimentais justas, num contexto de liberdade de pensamento e de reunião no qual está assegurado o valor equitativo da liberdade política (RAWLS, 2008, p. 280).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um exemplo parcial de concretização da democracia liberal razoavelmente justa na visão de Rawls ao estabelecer o sistema eleitoral e afirmar que todo poder emana do povo e pode ser exercido através de representantes eleitos, bem como que todos somos iguais em direitos e deveres. Ainda, traz um rol de direitos e garantias fundamentais em seu texto, principalmente no artigo 5º, a serem observadas por todos, inclusive por aqueles eleitos para representarem a vontade do povo.

Todavia, quando as decisões tomadas pela maioria suprimem os direitos e garantias fundamentais inicialmente previstos na Constituição, utilizando-se do poder conferido pelo povo e a ele, se está diante da democracia iliberal.

O termo ‘democracia iliberal’ foi criado em 1997 por Fareed Zakaria, em um artigo publicado na revista *Foreign Affairs*, intitulado como “*The rise of iliberal democracy*”, se referindo a países latino-americanos e do leste europeu, que passavam por recentes processos de redemocratização, todavia, com influências do autoritarismo. Para o autor:

Regimes democraticamente eleitos, com frequência aqueles que foram reeleitos ou confirmados no poder

por meio de referendos, têm ignorado rotineiramente os limites constitucionais a seus poderes e destituído seus cidadãos de garantias e direitos fundamentais. Do Peru à Autoridade Palestina, de Serra Leoa à Eslováquia, vemos a emergência de um fenômeno preocupante na cena internacional – a democracia iliberal (ZAKARIA, 2021).

Na democracia iliberal há, por exemplo, a nomeação de juízes para a Suprema Corte alinhados com a visão política do chefe do executivo, perseguição aos opositores do governo e controle do poder executivo sobre o legislativo, havendo submissão e hierarquização entre os poderes, os quais deveriam ser independentes e harmônicos entre si.

Todavia, tais medidas são permitidas pelo poder conferido através dos cidadãos, que elegem representantes para tanto. Na maioria das vezes, o povo, influenciado pela crise econômica, passa a sentir revolta em relação ao governo existente à época, minando os setores mais vulneráveis que necessitam de maior auxílio por parte do Estado, inflando as ideias conservadoras, o nacionalismo exacerbado e a aversão à democracia, que dá margem ao surgimento de atores que pregam a segregação entre as classes, possuem discursos racistas e xenófobos e apelam para soluções drásticas para o controle da “situação”, mesmo que estas soluções sejam antidemocráticas e reprimam direitos e garantias fundamentais das populações mais necessitadas e das minorias, como negros, mulheres, indígenas, pessoas com deficiência e LGBTQ+.

O temor da globalização incita a buscar refúgio na nação [...] O multiculturalismo e a imigração, dimensões essenciais da globalização, induzem o chamamento à comunidade identitária. Nesse contexto, a desconfiança nos partidos e nas instituições, construídos em torno dos valores e interesses de outra época, deriva em uma busca por novos atores políticos nos quais seja possível crer. Em todas as sociedades, os setores sociais mais vulneráveis são os que reagem, movidos pelo medo, à mais poderosa das emoções, e se mobilizam em torno daqueles que dizem aquilo que o discurso das elites não lhes permite dizer. Daqueles que, sem rodeios, articulam um discurso xenófobo e racista. Daqueles que apelam para a força do Estado como forma de resolver as ameaças. Daqueles que simplificam os problemas mediante a oposição entre o em cima e o embaixo. E aqueles que denunciam a corrupção imperante em todo canto, embora em muitos casos eles e elas façam parte dessa mesma corrupção (CASTELLS, 2018, p. 29).

Desta forma, o mesmo povo que deveria procurar a satisfação do bem comum, balanceando as liberdades de forma a garantir a justiça social, utiliza

o seu poder para eleger representantes que privilegiam classes mais favorecidas e com ideais segregacionistas, que muitas vezes se utilizam do aludido poder para satisfazer seus próprios interesses e de seu círculo social.

Por outro lado, as ditas “minorias” se veem marginalizadas e sem representatividade, com intensa violação a seus direitos e garantias, levando-as à situação de notável vulnerabilidade, reforçando o caráter delegativo da democracia, que é materializado pelo distanciamento entre o interesse destas classes e as ações dos representantes, mesmo que elas sejam detentoras do poder.

Infelizmente, esta realidade não é algo distante e vem ocorrendo inclusive no Brasil nos últimos anos, com o desapareço de determinados segmentos da sociedade em relação ao regime democrático que causa a referida inversão de valores e repressão de direitos e garantias fundamentais.

Podemos exemplificar com a ascensão de grupos de extrema direita, a disseminação doentia de *fake news* para a manipulação de processos eleitorais, a realização de atos antidemocráticos com a participação de atores do Poder Executivo, passeatas reivindicando intervenção militar, bem como com a grave violação do direito à saúde das populações menos favorecidas no decorrer da pandemia de COVID-19, com milhares de pessoas perecendo em razão da ausência de leitos nos hospitais, vacinação e até itens básicos, como oxigênio e materiais cirúrgicos.

Neste íterim, se faz necessário o trabalho conjunto dos diversos atores da sociedade, inclusive do Poder Judiciário, que deve se utilizar de sua natureza preponderantemente contra majoritária para combater as influências na democracia que possam diminuir a sua qualidade, através do reequilíbrio entre os poderes e o reforço da legitimidade de todos para a consecução do bem comum, trazendo as pessoas para a esfera pública, uma vez que, à medida em que se diminui a crença na proteção aos direitos, se diminui o respeito e apreço pelas instituições democráticas.

Para Marcello Baquero (2007, p. 149):

Pensar em mecanismos que proporcionem uma democracia social mais justa implica trazer as pessoas para a esfera pública. Tal transição depende, fundamentalmente, da capacidade do Estado e de suas instituições de aceitar e valorizar essa participação. Uma democracia social sem políticos ou cidadãos democráticos está fadada ao fracasso. [...] A menos que os cidadãos tenham fé nessas instituições e envolvam-se em atividades de autogovernança, a democracia enquanto conceito e enquanto prática pode tornar-se algo destituído de significado, usado para legitimar práticas autoritárias e de corrupção institucionalizada, pois a cidadania social não se faz presente.

Tais medidas vão desde o combate à desinformação, maior fiscalização, com a adoção de medidas mais austeras em relação àqueles que difundem ideais

antidemocráticos e segregacionistas até o aumento da representatividade das minorias nos Três Poderes, como o maior implemento de ações afirmativas e o reforço do pluralismo partidário, por exemplo, promovendo o resgate da democracia liberal e substantiva, ou seja, aquela que traz a efetivação dos direitos humanos, fundamentais e da cidadania sem exclusão.

Com isto, se espera a melhora gradativa da efetivação dos direitos fundamentais, visando a inclusão de todos no processo democrático, trazendo o exercício do poder de maneira igualitária e que satisfaça as necessidades da população, aumentando, por consequência, a qualidade da democracia.

CONCLUSÃO

Na democracia liberal, líderes partidários são legitimados e consagrados pela maioria da sociedade para ocuparem posição de status e controle como chefes do Poder Executivo. Todavia, líderes autoritários trabalham de tal maneira a construírem uma estrutura de permanência no poder, desarmando importantes instituições como os Tribunais de Justiça, com vistas a não terem fiscalização dos seus atos enquanto agentes diretos do governo, tornando a democracia iliberal.

No presente contexto, destacam-se o constitucionalismo abusivo e o legalismo autocrático como mecanismos capazes de enfraquecer partidos políticos opositores, além de tornarem o Estado menos democrático ao suprimir a garantia dos direitos fundamentais. Em verdade, medidas haverão de ser tomadas para conter os atos lesivos e antidemocráticos em detrimento do autoritarismo político, e em favor da nação.

Tais medidas iniciam-se com o combate à desinformação, maior fiscalização, com a adoção de medidas mais austeras em relação àqueles que difundem ideais antidemocráticos e segregacionistas até o aumento da representatividade das minorias nos Três Poderes, com maior implemento de ações afirmativas, reforço do pluralismo partidário e a criação de uma Corte Constitucional Internacional para estabelecer limitações, restrições e declarar inválidos os atos suspeitos de transgredirem o projeto democrático do país.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, F. C. Curso de Processo Civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 54-55.
- BAQUERO, M.; BAQUERO, R. Trazendo o cidadão para a arena pública: Capital Social e empoderamento na produção de uma democracia social na América Latina. REDES, Santa Cruz do Sul, v. 12, n. 1, p. 125 -150 jan./abr 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.
- CASTELLS, M. Ruptura: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 29.
- CORRALES, J. Legalismo Autocrático na Venezuela. Journal of Democracy em Português, v.4, n.2, out 2015, p. 1-31. Disponível em: http://plataformademocratica.org/Arquivos/JD-v4_n2_01_Legalismo_autocratico_na_Venezuela.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.
- DWORKIN, R. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões e revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. UC Davis Law Review, Estados Unidos, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov 2013.
- MALUF, S. Teoria Geral do Estado. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MARTINS, F. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. Católica Law Review, v. 3, n. 1, p. 29-41, jan. 2019.
- MEDINA, J. M. G. Constituição Federal Comentada. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 545.
- O'DONNELL, G. Democracia Delegativa? Revista Novos Estudos. São Paulo, n. 31, p. 25-40, out. 1991.
- RAWLS, J. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões, revisão da tradução e apresentação de Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 280.
- ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>. Acesso em: 20 abr. 2021.

O PROTAGONISMO JUDICIAL DIANTE DE DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E DE PRELÚDIOS DE LIBERALISMO AUTOCRÁTICO

JUDICIAL PROTAGONISM IN FRONT OF REASONABLE MORAL DISAGREEMENTS AND PRELUDES OF AUTOCRATIC LIBERALISM

Murilo Carrara Guedes²²⁸

INTRODUÇÃO

Antes palco para decisões a respeito de litígios preponderantemente individuais, o Poder Judiciário, paulatinamente, foi alavancado a ator coadjuvante de primeira ordem, senão a protagonista, em áreas (palcos) adstritas(os) e reservadas(os) aos demais poderes²²⁹, notadamente naquelas (es) que versam sobre políticas públicas, que envolvam outros conflitos complexos ou, ainda, quando em discussão a extensão das prerrogativas presidenciais.

As razões que fizeram emergir esse protagonismo judicial são diversas, tais quais as críticas que lhe são severa e, em certos casos, acertadamente dirigidas. Em verdade, a expressão ativismo judicial é utilizada para agasalhar diversas visões sobre um mesmo fenômeno, a saber, a 'ingerência' do Poder Judiciário em arenas tipicamente, ao menos sob a ótica estanque de separação dos poderes, reservadas a outras esferas de Poder.

A existência de desacordos entre os atores políticos (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) ou mesmo dentro da própria sociedade a respeito de assuntos que interessem à coletividade é o plano de fundo preferido (não o único) para a discussão sobre protagonismo judicial. Não se tratam, porém, de dissonâncias puramente subjetivas, similares àquelas existentes em relações binárias, preponderantemente individuais. Tais desacordos estão entrincheirados na sociedade e não comportam uma solução simplista e reducionista.

Inegável que esse protagonismo pode se perfazer em incontáveis arenas, especialmente quando em jogo discussões sobre políticas públicas.

²²⁸ Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialização em Direito Processual Civil pela Abdconst. Analista Judiciário Sênior junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: muriloguedes1982@gmail.com.

²²⁹ "Em tal contexto, avulta na vida nacional o papel do Poder Judiciário – especialmente o do Supremo Tribunal Federal (STF). Por causas diversas, as mais relevantes decisões para a sociedade brasileira passam, a cada dia, pela arena judicial. O ambiente de atuação do julgador transforma-se em ágora moderna, espaço preferencial das deliberações públicas mais relevantes. O processo já não é apenas instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos. Eloquentemente a virada conceitual: a vocação do tempo presente já não é para a legislação e a ciência do Direito, mas para a jurisdição. O processo transmuda-se em autêntico instrumento de participação democrática." (VIANA, Isana Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do Ativismo Ao Protagonismo Judicial: por uma atuação transformadora na seara ambiental. Revista de Direito e Sustentabilidade | e-ISSN: 2525-9687 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 54-75 | Jul/Dez. 2016, p. 2).

Palco para acirradas divergências, a atuação do Poder Judiciário em tais questões é tida por alguns como inconstitucional, especialmente pelos adeptos do constitucionalismo político, enquanto outros reputam-na constitucional para salvaguardar ou mesmo implementar direitos fundamentais que estejam sendo desrespeitados ou, pior, eliminados.

Doutra sorte, a participação do Poder Judiciário em matérias de cunho mais político e legislativo também tem se mostrado uma realidade cada vez mais pulsante. O que, em verdade, está por detrás desses conflitos de interesses entre os Poderes é que torna o agir judicial uma necessidade. Fins espúrios, escusos, dissimulados, tendentes a alocar em cargos importantes séquitos de um discurso questionável sob a lente democrática, que podem desaguar em legalismos autocráticos ou mesmo ferir de morte (lentamente) os pilares de uma democracia, em especial das fracas, não podem escapar ao radar do Poder Judiciário quando chamado a manifestar-se.

A discussão se repete quando o problema toca aos desacordos morais razoáveis, em particular quando ausente lei ou pendente de análise projeto de lei. Em outras palavras, a discussão central neste cenário traz a reboque a divergência sobre a necessidade de deferência, ou não, do Poder Judiciário ao Poder Legislativo.

O presente artigo, pois, pretende analisar, sem a pretensão de esgotar, o papel do Judiciário, em particular no tocante ao protagonismo judicial, frente aos desacordos morais razoáveis e às tensões políticas a fim de investigar se, e em que medida, deve a decisão judicial imiscuir-se neste palco. Para tanto, far-se-á, num primeiro momento, uma digressão para analisar o protagonismo judicial sob o viés do constitucionalismo político, perpassando pela discussão a respeito do minimalismo ou do maximalismo. Em seguida serão abordados os desacordos morais razoáveis para, ao final, tratar dos eventuais limites, se é que podem ser objetivamente traçados, desse protagonismo quando confrontado com questões (escolhas) políticas ou desacordos morais razoáveis.

1 PROTAGONISMO JUDICIAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E DO CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

1.1 NOÇÃO GERAL: ATIVISMO, PROTAGONISMO, JUDICIALIZAÇÃO

Os que se dedicam a estudar temas na área do Direito não raras vezes se deparam com confusões semânticas²³⁰, quando não, e mais grave, com deturpações

²³⁰ Com precisão cirúrgica, essa confusão semântica não escapa aos olhares de Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes, conforme se depreende do seguinte excerto: “Quando um de seus discípulos perguntou ao sábio Confúcio qual deveria ser a primeira ação de um bom governante, o filósofo chinês teria lhe respondido: “chamar as coisas pelo nome certo”. Esse conselho, presente no terceiro verso do décimo terceiro livro dos *Analectos*, viria ser conhecido, nos séculos futuros da literatura chinesa, como a Retificação dos Nomes. Segundo Confúcio, se a própria língua não se curvar ao que é real, renunciando à frouxidão e à gratuidade, todas as nossas ações estarão fadadas a um amargo insucesso. No atual mundo jurídico brasileiro, poucas palavras têm sido alvo de tanta

ou releituras de ideias, raciocínios e conclusões totalmente desconexos do sentido original do texto. Noutros casos, a distinção entre institutos é mais difícil, pois repousa em sutilezas que podem passar despercebidas numa leitura menos atenta ou mais apressada.

Tal introito é necessário porque essa problemática vem à tona quando se toma como objeto de análise a postura de Tribunais, principalmente das Cortes Superiores, diante de desacordos morais razoáveis ou de conflitos complexos que transcendem a bipolaridade característica das relações individuais e abarcam situações de multipolaridade em que a decisão pode repercutir na esfera de incontáveis, ou mesmo, indetermináveis pessoas.

Não é incomum, pois, certo baralhamento no emprego das expressões judicialização, protagonismo e ativismo judiciais, por vezes tratados como se fossem conceitos sinônimos, já consolidados e indenes a críticas. Mas a dúvida de fundo é: será que, de fato, as expressões protagonismo e ativismo judiciais não seriam sinônimas e que, por detrás da tentativa de diferencia-las, residiria, em verdade, apenas um jogo de palavras bem elaborado e sofisticado para justificar uma narrativa?

Não há uma resposta conclusiva a tal perquirição, mas, comumente, à expressão “ativismo judicial” associa-se uma carga axiológica negativa, como se ela traduzisse algum excesso do juiz, situação mais amenizada quando se faz referência àquela outra expressão designada de “protagonismo judicial”. Ao menos sob o aspecto psicológico, o ímpeto dos antagonistas parece amainar (não por completo a ponto de retirarem as críticas) quando se faz uso da última expressão.

Tão complexa quanto a divergência conceitual que, registre-se, não é um preciosismo, pois a conceituação adotada já traz consigo toda uma carga axiológica que vai penetrar e orientar a teoria que sobre ela se construirá, a origem dos debates sobre o tema, no Brasil, remonta à década de 1990, particularmente pelo advento da Constituição em 1988. Já na doutrina estadunidense, o prelúdio dessa discussão nos leva ao ano de 1803, particularmente ao julgamento do caso *Marbury vs Madison*. O germe da *judicial review*, como é conhecida a teoria no país do *common law*, finca raízes na decisão tomada pela Suprema Corte Americana quando do julgamento do referido caso²³¹. Desde então, em maior ou menor grau, inúmeros outros

confusão como estas duas: “ativismo judicial”. A consequência dessa poluição semântica é tão simples quanto tenebrosa: o obscurecimento total sobre o fenômeno que elas buscam designar. A falta de clareza é tal que, hoje em dia, tanto a direita como a esquerda utilizam a expressão para explicar posturas judiciais diametralmente opostas. Frise-se não há nada de novo nesse tipo de conflito. Nos EUA, as polêmicas sobre o termo também se desenvolvem a partir de forte embate ideológico entre Democratas e Republicanos. Diga-se mais: há setores da doutrina – e até mesmo do próprio Judiciário – que defendem, ostensivamente, a postura ativista na aplicação cotidiana do direito, sem sequer demonstrar sobre o que efetivamente estamos falando.” (ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. Revista dos Tribunais | v. 1008/2019 | p. 43 - 54 | Out / 2019 | DTR\2019\40623 – versão digital).

²³¹ “Há uma grande dificuldade de se definir o ativismo judicial. Keenan Kmiec, em trabalho que

casos²³² podem ser apontados como exemplos de *judicial review*.

Feito este escorço histórico, retomemos, porém, o problema conceitual. Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes aduzem que:

(...) Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 43 – 54).

O ativismo judicial costuma frequentar as discussões e é trazido à tona quando decisões judiciais são proferidas em conflitos complexos, potencializados por momentos políticos instáveis que propiciam a emersão e a explosão dessa litigiosidade, além de acirrar a tensão e comprometer o equilíbrio saudável e necessário entre os Poderes.

Tal ativismo também exsurgiria quando o Poder Judiciário se arvorasse na competência para decidir divergências (desacordos) morais razoáveis a propósito de temas ainda não enfrentados (não por desídia, ao menos não declarada), ou ainda em fase de debates, pelo Legislativo, ou mesmo quando, a pretexto de proteger e aplicar a Constituição, entendesse por necessária a revisão de atos administrativos oriundos do Executivo.

Logo, a expressão ativismo judicial é fortemente associada a uma postura mais proativa e, em certa medida, e até mesmo invasiva, do Poder Judiciário, a indicar que ele teria se imiscuído em arenas estranhas aos seus misteres, notadamente quando tenha supostamente avançado sobre competências de outros Poderes.

tematiza especificamente as origens e o significado atual da expressão, observa que, quanto mais comum passou a ser o seu uso, menos claro passou a ficar o seu significado. De todo modo, é consenso que as primeiras reflexões mais consistentes sobre o tema derivam dos Estados Unidos. Pelo menos desde 1803, com o célebre caso *Marbury v. Madison*, discussões sobre o papel e os limites da atuação do Poder Judiciário passam a pautar o debate público americano. Segundo consta, o termo teria ganhado, originalmente, destaque em um artigo escrito pelo historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger Jr., intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na popular Revista *Fortune*, em janeiro de 1947. O texto traçava o perfil dos justices que integravam a Suprema Corte Norte-Americana à época, e buscava explicar as alianças e divisões entre eles. O artigo caracterizava os Justices Black, Douglas, Murphy e Rutledge como *Judicial Activists*, ao passo que os Justices Frankfurter, Jackson e Burton seriam *Champions of Self Restraint*. Os demais, Justice Reed e o Chief Justice Vinson, comporiam um grupo intermediário.” (MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. *Revista de Processo*, v. 283/2018, p. 481 – 499, set / 2018, DTR\2018\18445 – versão digital).

²³² Da experiência americana extraem-se outros casos de significativa repercussão, especialmente por versar sobre a tensão entre os Poderes (maior ou menor deferência de um para com outro). Dois dos mais emblemáticos são: i) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); ii) *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) e *Brown v. Board of Education*, 349 U. S. 294 (1955).

Doutro lado, os que propugnam pelo uso da expressão protagonismo judicial procuram fugir a esta crítica sob o argumento de que o Poder Judiciário é inerte e, ao menos no nosso sistema, não pode “decidir por não decidir”, donde decorre a obrigação constitucional de não se furtar a julgar aquilo que lhe é apresentado judicialmente. Pretendem, com isso, trilhar um caminho que reafirme a postura inerte do Poder Judiciário, mas que, ainda assim, não seria incompatível com a decisão de casos difíceis, mesmo quando em terreno propenso a dissensos sobre a legitimidade de tal decisão.

Independentemente da opção, ativismo ou protagonismo judiciais revelam sua pior face quando, a pretexto de garantir-se um direito fundamental ou extirpar-se do mundo jurídico um ato legislativo ou mesmo administrativo (do Executivo), o julgador fá-lo embebido em puro decisionismo ou em genuína discricionariedade. Para terror e tristeza dos pseudoiluminados e para aplausos dos que reconhecem a falibilidade humana e sabem ser o juiz Hércules²³³ apenas uma alegoria muito distante da realidade, a Constituição Federal e as legislações infraconstitucionais não autorizam julgamentos discricionários: os parâmetros existem e entre seus extremos pode e deve se conformar o julgador, buscando ancoragem, para tanto e quando o caso permitir (excluídos os processos objetivos), na gama probatória, no conjunto de alegações amealhadas ao processo e no dever de fundamentação/argumentação.

Por fim, ativismo e protagonismo judiciais não se confundem com o fenômeno da judicialização. Fala-se mais comumente em judicialização da saúde e da política, mas a expressão quer indicar um movimento pelo qual a análise de matérias, assuntos e discussões antes restritos aos Poderes Legislativo e Executivo passou a frequentar com mais assiduidade o âmbito do Poder Judiciário²³⁴. Essa manobra é que conduz, ou pode conduzir, a decisões

²³³ A referência é feita a figura idealizada por Ronald Dworkin, extraída do livro *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

²³⁴ Neste sentido também se manifestam Francisco José Borges Motta e Clarissa Tassinari: “Uma série de fatores se combinam para que haja, no momento pelo qual passa o Brasil, uma intensa judicialização dos mais diversos aspectos da vida das pessoas. Basta lembrar que a Constituição de 1988, além de abrir as portas do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), ainda consagrou uma plêiade de direitos fundamentais, inclusive de caráter prestacional, a uma população que não passou, de fato, pela experiência de um Welfare State. Essa verdadeira corrida ao Poder Judiciário vem agravada, no Brasil, pela crescente desconfiança da população em relação à classe política. Há, ainda, outras causas relevantes, como o caráter contramajoritário que a Constituição confere ao Direito (o que faz com que minorias organizadas cada vez mais procurem diretamente o Poder Judiciário, ao invés de tentar ter suas pretensões redimidas na arena propriamente política) e, mesmo, certa cultura do litígio, que concebe o recurso à jurisdição, no mais das vezes, uma opção preferencial em relação às demais formas de composição de conflitos. Isso faz com que o Poder Judiciário tenha crescido em importância aos olhos da comunidade política...” (Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. *Revista de Processo* | v. 283 / 2018 | p. 481 - 499 | Set / 2018 / DTR\2018\18445 – versão digital). Luís Roberto Barroso aponta dois fatores principais para a judicialização: “... o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente ..., que combina

dotadas de carga axiológica robusta que, por vezes, enfrenta temas cujo *locus* para apreciação melhor (não necessariamente no sentido qualitativo) se amoldaria dentre as competências doutros Poderes. Em suma, judicialização não é equivalente a ativismo e protagonismo judiciais, mas pode ser um fator que neles desague.

O aumento da judicialização pode encontrar explicação em alguns fatores: redemocratização fortalecida com a Constituição Federal de 1988; fortalecimento de garantias dos juízes, com reforço para a independência; fortalecimento de atribuições do Ministério Público, da Defensoria Pública; o fato de a Constituição ser analítica; o modelo de controle de constitucionalidade existente no Brasil²³⁵; a facilitação de acesso à justiça, ainda que atualmente haja uma tendência a repensar tal direito a fim de torna-lo mais responsável.

À luz destas considerações, o protagonismo judicial também pode ser analisado sob a perspectiva do constitucionalismo político e do constitucionalismo jurídico, especialmente porque há interpretações divergentes quanto a determinados aspectos.

1.2 ANÁLISE PELAS LENTES DOS CONSTITUCIONALISMOS POLÍTICOS: CONSTITUCIONALISMO POPULAR, CONSTITUCIONALISMO POPULAR MEDIADO E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

O constitucionalismo político tem por característica indelével o questionamento quanto à soberania das cortes para ditar a interpretação a ser dada a determinados temas. Reconhece, o constitucionalismo político, a relevância da interpretação decorrente das cortes, mas defende que ela não seja hegemônica e tampouco a única possível ou correta. Ao contrário, sustenta que essa interpretação seja compartilhada, não apenas com outros Poderes, mas também com o próprio povo.²³⁶ Haveria, pois, interpretação fora

a matriz americana – em que todo o juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. ... Nesse contexto, a judicialização constitui fato inelutável decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.” (BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47).

²³⁵ As hipóteses foram apresentadas, ainda em 2008, por Luís Roberto Barroso em artigo publicado no site Conjur, disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacaoativismolegitimidade_democratica?pagina=2#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20significa%20que%20algumas%20quest%C3%B5es,seus%20minist%C3%A9rios%20e%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacaoativismolegitimidade_democratica?pagina=2#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20significa%20que%20algumas%20quest%C3%B5es,seus%20minist%C3%A9rios%20e%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o.). Acesso em: 19 set. 2020.

²³⁶ A propósito, com extrema clareza, explica Miguel Gualano de Godoy: “A crítica à supremacia judicial e a defesa de maior participação do povo devem possibilitar uma efetiva interpretação da Constituição que seja distribuída entre os Poderes, os órgãos, as instituições e entre todos eles e o povo. Dessa forma, tira-se a exclusividade das cortes e compartilha-se a tarefa de interpretar a Constituição. A interpretação feita pelo Poder Judiciário é importante e tem peso, sobretudo porque é feita por especialistas, mas deve ser encarada como mais uma, e não como a única correta. O

das Cortes, tão importante quanto aquela exercida no e pelo Judiciário.

Subtrair tais prerrogativas dos demais Poderes e do povo conduziria a um desequilíbrio indesejado, quando não ao enfraquecimento da responsividade (*accountability*²³⁷) dos legisladores, especialmente diante de questões polêmicas e controvertidas (desacordos morais), acerca das(os) quais, pensando no jogo político, a melhor opção seria furta-se à realização das escolhas para evitar perdas políticas em sua imagem (ou em seu prestígio).

Esse constitucionalismo político possui basicamente três derivações: constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático. O fio condutor destas vertentes está na correlação entre democracia e constitucionalismo e também se assenta, reitera-se, na ideia de que o papel de interpretar a Constituição não se concentra nas mãos dos juízes, estando, em verdade, diluído entre todos os Poderes e o Povo.

Em suma, as características principais e comuns de autores do constitucionalismo político (ou popular *lato sensu*), na ótica de Roberto Gargarella (2006), podem ser resumidas às seguintes:

Partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia), los «populistas» pueden ser reconocidos en la defensa de criterios como los siguientes: 1. Desafiar la supremacía judicial quitando la Constitución de las manos de los tribunales; 2. Contra una “sensibilidad antipopular”; 3. Interpretación extrajudicial; 4. Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial; 5. El derecho fuera del derecho; 6. Democracia y participación.

O que o constitucionalismo político (ou popular *lato sensu*) busca, pois, é contrapor-se ao controle de constitucionalidade forte e, em certa medida, construir uma ponte de diálogo com o controle de constitucionalidade fraco²³⁸.

constitucionalismo popular parte do pressuposto de que as interpretações sobre o conteúdo, alcance e limites das previsões mais fundamentais da constituição só podem ser estabelecidas em um ambiente público e radicalmente democrático...” (Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. Reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98).

²³⁷ A expressão *accountability* é equívoca e não tem uma tradução exata para o léxico pátrio. O professor Ilton Norberto Robl Filho traz uma depuração da expressão em tese apresentada como requisito para conclusão de doutorado junto à UFPR, defendida ainda no ano de 2012, mas que persiste atual, intitulada: *Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro*. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/35352>. Acesso em: 12 set. 2020. O tema, com maior enfoque nas competências do CNJ, também é aprofundado pelos professores Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho no artigo intitulado *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, nº 45, p. 26-46, março/2013.

²³⁸ A concepção de constitucionalismo fraco é defendida por Rosalind Dixon em artigo intitulado

1.2.1 Constitucionalismo popular

No primeiro ramo, do constitucionalismo popular, estão Alexander Bickel, Cass Sustein e Larry Kramer.

Alexander Bickel desenvolveu seus argumentos num período da democracia estadunidense fortemente abalada por problemas relacionados à segregação racial (década de 60), reforçados pelas lutas pela afirmação dos direitos da comunidade negra. Neste contexto, Bickel sustentou que a Suprema Corte Americana, além de jurídica, também era uma Corte sob os influxos da Política e defendeu que assim deveria sê-lo, especialmente para justificar e fomentar o diálogo institucional.²³⁹

Ao lado destas situações, Bickel desenvolveu raciocínios para justificar momentos nos quais a melhor decisão a ser tomada pela Corte seria “decidir por não decidir”, ao que se convencionou chamar de virtudes passivas da Corte.

Essa virtuosidade passiva da Corte é sintetizada por Conrado Hubner Mendes nos seguintes termos:

A corte precisa ter, por isso, sensibilidade para o exercício dessa tarefa mais sutil de não decidir, de saber se, quando e quanto decidir, perguntas inadmissíveis para concepções rígidas da revisão judicial. Há, segundo o autor, uma diferença de tipo, e não de grau, entre a interpretação do direito e o uso de virtudes passivas, estas mais ligadas à prudência. O princípio é a antítese da prudência o que não significa que esta não tenha um significado racional. A revisão judicial pode jogar, nas palavras do autor, com o ‘maravilhoso mistério do tempo’ e esperar. Esse tempo de espera é valioso para que processos deliberativos sejam estimulados na sociedade,

“Argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade”, publicado na Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 5-55, mai./ago, de 2019.

²³⁹ “Sua forma de abordar essas questões reúne passagens enigmáticas e inconclusivas, talvez pelos conceitos atípicos e inovadores que ele insere na reflexão sobre adjudicação constitucional. Virtudes passivas, colóquio socrático, arte do compromisso, prudência, longo prazo, gradualismo, pragmatismo, acomodação, estabilidade, entre outras, são palavras que geram certa perplexidade para quem está acostumado a entender o papel da corte à luz da prática de interpretação constitucional e da proteção dos direitos. Bickel ajuda a perceber que há mais no controle de constitucionalidade do que interpretação e aplicação do direito. Essa não é, propriamente, uma novidade, pois o realismo jurídico e as vertentes da ciência política que investigaram o judiciário sempre desacreditaram dessa premissa. A perspectiva de Bickel é inovadora, contudo, porque defende as virtudes políticas da corte e as insere numa teoria normativa da revisão judicial. Não se trata apenas de dizer que é inevitável a corte ser influenciada por fatores externos ao direito, mas de sustentar que é assim que deve ser, a depender de quais forem esses fatores. Esse é o argumento de Bickel que se conecta com a ideia do diálogo...” (MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de doutoramento. p. 101 Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso, em 15 dez. 2020.

antes que se tome uma decisão rígida de princípio. Deixa-se a questão de princípio amadurecendo e sendo testada pela experiência... A obrigação de decidir todo o tempo levaria a um processo manipulativo da democracia, ou então, provavelmente, ao abandono do princípio, o que faria a corte simplesmente substituir o julgamento de conveniência do legislador (e a tornaria um *second guesser*) (...) (MENDES, 2020, p. 104-105).

Essas ideias de Alexander Bickel foram, depois, lapidadas por Cass Sustein e por Larry Kramer. O primeiro, Cass Sustein, forjou as bases do minimalismo nos seguintes termos: decidir o estritamente necessário para justificar a conclusão, deixando "...o máximo possível não decidido." (MENDES, 2020, p. 111). Noutras palavras, seria decidir o núcleo essencial (fundamental) do litígio sem abarcar o todo e tampouco sem pretender resolver o desacordo ou o conflito para toda a coletividade, mas apenas para as partes que demandaram em juízo²⁴⁰. Afasta-se, pois, um pouco das ideias de Bickel, segundo as quais a Corte poderia "decidir não decidir", e aproxima-se da noção pela qual a Corte deveria decidir, restringindo-se, quando necessário e recomendável (de acordo com parâmetros que ele desenvolve), ao essencial para justificar o resultado (a conclusão).

Sustein, todavia, não pretende fazer do minimalismo uma postura sempre recomendável. Reconhece haver situações, ante a imprevisibilidade factual, que venham a exigir da corte uma postura maximalista. Miguel Gualano Godoy (2015, p. 117 - 118), a propósito da teoria de Sustein, esclarece que

Mas seu ponto é mostrar que, para uma democracia, é também fundamental que a corte deixe coisas não decididas. Nem sempre há tanta razão para celebrar as qualidades de uma decisão judicial moralmente grandiosa. Com frequência, do ponto de vista moral, 'o insulamento em relação às pressões majoritárias é o problema, não a solução'. Não se trata de abandonar o heroísmo moral da corte. 'Ao seu próprio modo discreto, o minimalismo pode ser heroico também.

²⁴⁰ "Juizes minimalistas optam por pequenos e cautelosos passos na hora de decidir controvérsias constitucionais, buscando incrementar as decisões e práticas passadas ao invés de rompê-las definitivamente como o fazem os juizes heróis, ou de mantê-las como o fazem os juizes soldados." "Noutra passagem, continua o mesmo autor: "Diante dessa disputa imaginária, segundo Sunstein, o juiz minimalista é o melhor modelo a ser seguido, pois não idealiza o papel do juiz, permite que ele exponha suas razões, argumentos, a teoria interpretativa em que se baseia (e, portanto, alguns dos compromissos substantivos que assume), mas ao mesmo tempo demonstra respeito às diferentes concepções de bem, ao debate democrático e aos demais Poderes e instituições." (GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais, p. 121).

Larry Kramer²⁴¹, a seu turno, corroborou a tese do constitucionalismo popular e enfatizou, ao longo de seus estudos, que os juízes não são os únicos, ou necessariamente os melhores, intérpretes da Constituição. Contrapôs-se veementemente ao constitucionalismo legal por reputá-lo elitista, aristocrático e por considerar que o povo deveria apenas acompanhar os movimentos do Poder Judiciário tal qual um mero espectador para, ao final, aceitar a decisão e cumpri-la, sem questionamentos.

Um pouco menos “reacionário” do que Sustain, Larry Kramer não defende serem as Cortes desnecessárias, questão para ele de somenos importância. O que se lhe afigura relevante pontuar é que as Cortes não detêm soberania interpretativa, muito menos exclusividade, e tampouco a prerrogativa de dizerem a última palavra quando em voga a interpretação constitucional. Não nega às Cortes a possibilidade da *judicial review*, mas, reitera-se, refuta a concepção pela qual lhes seria inerente a última palavra em discussões afetas à interpretação da Constituição, fundamento este que, a seu juízo, também legitimaria o descumprimento de decisões pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

1.2.2 Constitucionalismo popular mediado

O principal autor do constitucionalismo popular mediado é Barry Friedman. Ele endossa a crítica dirigida à doutrina da supremacia judicial, mas deixa em segundo plano a discussão sobre necessidade de existência ou não das Cortes e sobre terem elas, ou não, a última palavra no campo interpretativo, para centrar seu enfoque no processo decisório daquelas e naquilo que sobre ele gravita, sem olvidar das consequências que tais decisões tenham ou possam vir a ter sobre a sociedade.

A ideia de mediação que é pinçada da corrente perfilhada por Friedman advém do fato de ser o Poder Judiciário o local apropriado para a centralização do debate político, dele irradiando decisões com supedâneo em processos deliberativos plurais. A adjetivação é explicada por Ingrid Cunha Dantas e Bernardo Gonçalves Fernandes:

É, por isso, que o constitucionalismo popular de Friedman é “mediado”, porque o processo de formação do sentido constitucional é intermediado pelos tribunais. Esses facilitam o debate constitucional, sintetizando e organizando as principais visões da sociedade, as quais são reafirmadas,

²⁴¹ “American constitutional law has, practically from the start, consisted of a struggle between two principles, which we can call “popular constitutionalism” and “legal constitutionalism.” In a system of popular constitutionalism, the role of the people is not confined to occasional acts of constitution making, but includes active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law. Legal constitutionalism, in contrast, relocates final authority to interpret and enforce fundamental law in the judiciary...” KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, Circa 2004. California Law Review, v. 92, n. 4, 2004a. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119349?ln=en>. Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

ainda que em longo prazo, pelas próprias decisões judiciais. Ou seja, para o autor, não apenas a jurisdição constitucional não se opõe à democracia, como é sua própria catalisadora, mediando o seu “caminhar para” em direção à consolidação da vontade popular (DANTAS; FERNANDES, 2019, p. 61 – 88).

O papel da Corte, pois, seria congregar, reunir as discussões que orbitam determinada temática a fim de promover e conduzir o diálogo entre todos os atores, judiciais e políticos, de modo a que a decisão tenha o potencial de efetivamente equacionar, ainda que temporariamente, o desacordo subjacente à sociedade naquele momento, nada impedindo que a mesma sociedade continue a debater o assunto, inclusive culminando com uma reavaliação do tema no futuro.

1.2.3 Constitucionalismo democrático

Os representantes desta vertente do constitucionalismo são Robert Post e Reva Siegel que, trilhando o mesmo caminho das duas modalidades anteriores, rechaça a supremacia da Corte em matéria de interpretação constitucional, mas, ao contrário de Bickel que defendia a virtude passiva em grau mais intenso e de Sustain que propugnava por um minimalismo decisório, passam, aqueles, a agasalhar a linha teórica que se convencionou chamar de virtudes ativas.

Miguel Gualano de Godoy (2020, p. 129), após discorrer sobre esta modalidade de constitucionalismo, pontua a distinção desta concepção com aquela defendida por Sustain (minimalismo) nos seguintes termos: “O que se vê, assim, é que a diferença entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo é, portanto, de grau. Tanto uma postura mais passiva quanto uma mais ativa são não apenas possíveis e desejáveis, como também legítimas.”

O que se observa, pois, é uma certa retomada da importância do papel do Poder Judiciário no contexto interpretativo da Constituição, sem que isso, contudo, signifique um discurso de supremacia daquele. Parece haver uma tendência a que quanto mais próximos do constitucionalismo popular de Bickel, maior seja a deferência ao Poder Legislativo, enquanto que, à medida que caminhamos em direção ao constitucionalismo democrático, tal deferência sofre uma mitigação, jamais uma exclusão.

O constitucionalismo democrático rejeita a ideia de supremacia judicial por entender ser ela apenas mais uma forma pela qual a Constituição pode ser interpretada, mas propugna que a Corte exerça um papel mais audacioso, de protagonismo, ainda que isso signifique acirrar a tensão com os demais Poderes ou mesmo pôr termo (ao menos momentaneamente) ao debate ora sob sua análise. Não descarta, o maximalismo, das críticas e, inclusive, das reações populares que podem decorrer da decisão proferida (*backlash*), mas considera serem elas reflexos legítimos e típicos de uma sociedade democrática.

1.3 ANÁLISE PELAS LENTES DO CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

O constitucionalismo jurídico apresenta-se como uma teoria que se atribui a pretensão de corrigir os rumos adotados pelo constitucionalismo político. Em verdade, procura descolar a Constituição da Política, associando-se a uma visão interpretativa juriscentrada, tida por qualificada tecnicamente, autossuficiente e excludente doutras.

A normatividade constitucional é colocada no centro das discussões e as Cortes ou Tribunais Constitucionais são taxados de guardiães da Constituição, sobrepondo-se aos demais Poderes no campo interpretativo e, por consequência, vinculando-os às suas decisões²⁴². Aos críticos, porém, a concepção jurídica do constitucionalismo é elitista, fruto da soberba e não democrática.

Ronald Dworkin, renomado expoente deste pensamento, apresenta argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade pelas Cortes. Refuta alegações que procuram negar tal possibilidade e expõe não haver quaisquer objeções democráticas à revisão judicial, ainda que feita por membros não eleitos democraticamente. Aduz que a *judicial review* auxilia na configuração de uma democracia ainda mais refinada. Assevera que o Poder Judiciário é o local apropriado para a discussão de princípios e diretrizes políticas e constrói uma teoria do direito enquanto integridade²⁴³, pautado na unidade, coerência

²⁴² “A doutrina constitucional conseguiu criar, de acordo com Eloy García, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar aos componentes políticos. A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais constitucionais. Os autodenominados “neoconstitucionalistas” são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição. A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano. Representativa dessa visão é a opinião de Dominique Rousseau, para quem a Constituição é, cada vez mais, jurisprudencial: é um ato escrito pelo juiz constitucional, uma espécie de “carta jurisprudencial dos governados”. O Conselho Constitucional francês encarna, na sua concepção, a própria soberania popular, estabelecendo as bases sociais e filosóficas da comunidade nacional.” – destaquei (BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. Lua Nova: Revista Cultura e Política, nº 61, 2004, p. 19-20).

²⁴³ Segundo Dworkin, “uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo...” (O império do Direito. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 227). A análise também é feita na obra Uma questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

e plenitude. Afirma, também, que os juízes devem buscar na moralidade política compartilhada na comunidade, em sua história, em sua tradição, em suas práticas tradicionais, os motivos para embasar suas decisões. Essa moral que o Poder Judiciário pretende ver prevalecer sobre aquelas prestigiadas pela escolha Legislativa não são as morais dos próprios juízes, mas sim a moral compartilhada na sociedade política. Dworkin aceita que o Poder Judiciário extrapole as decisões políticas tomadas pelo Legislador sob a premissa de que, ao fazê-lo, busca-se garantir direitos inatacáveis contra decisões da maioria política (direitos vistos como trunfos contra a maioria política – rights as trumps)²⁴⁴.

2 DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Desacordos morais razoáveis são dissensos que existem (mais abertamente ou não, a depender do grau de democracia da sociedade em que eles se instalam) entre os membros de sociedades liberais modernas, imbuídos de boa-fé, bem intencionados, bem informados, a respeito das principais questões políticas, sociais e, porque não, morais e filosóficas, que permeiam a sociedade em questão (políticas públicas, ações afirmativas, interrupção da gravidez)²⁴⁵.

²⁴⁴ As divergências entre as teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron são abordadas em artigo da lavra de Fernando José Longo Filho, intitulado “A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron”, disponível nos Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir, UFRGS, Edição Digital, Porto Alegre, v. X, n. 3, 2015, p. 90-111.

²⁴⁵ A delimitação do tema foi extraída, em grande medida, de artigo publicado por Jeremy Waldron, cujo teor transcrevo: “D. Disagreement About Rights - My final and crucial assumption is that the consensus about rights is not exempt from the incidence of general disagreement about all major political issues, which we find in modern liberal societies. So I assume that there is substantial dissensus as to what rights there are and what they amount to. Some of these disagreements are apparent at a philosophical level (e.g., whether socioeconomic rights should be included in the Bill of Rights), some become apparent when we try to relate abstract principles of right to particular legislative proposals (e.g., whether the free exercise of religion demands exemptions from otherwise generally applicable laws), and some become apparent only in the context of hard individual cases (e.g., how much tolerance for dissident speech there should be in a time of national emergency). I assume that the rights-disagreements are mostly not issues of interpretation in a narrow legalistic sense. They may present themselves in the first instance as issues of interpretation, but they raise questions of considerable practical moment for the political community. Elsewhere I have referred to these as “watershed” issues of rights. They are major issues of political philosophy with significant ramifications for the lives of many people. Moreover, I assume that they are not idiosyncratic to the society in which they arise. They define major choices that any modern society must face, choices that are reasonably well understood in the context of existing moral and political debates, choices that are focal points of moral and political disagreement in many societies. Examples spring quickly to mind: abortion, affirmative action, the legitimacy of government redistribution or interference in the marketplace, the rights of criminal suspects, the precise meaning of religious toleration, minority cultural rights, the regulation of speech and spending in electoral campaigns, and so on. As these examples suggest, disagreements about rights are often about central applications, not just marginal applications.” (WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. (2006) 115:6. Yale LJ, p. 1366-1367).

Jeremy Waldron, um dos principais teóricos na matéria, elabora seu raciocínio calcado em quatro premissas²⁴⁶ centrais, dentre as quais consta: existência de desacordos persistentes, substanciais e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade. Argumenta que os membros da sociedade, por mais que estejam comprometidos (e o autor assume que estão) com a proteção de direitos, podem divergir sobre qual seja a melhor forma para tutelá-los.

A discordância é, pois, razoável quando de boa-fé, persistente, substancial, séria, embasada, legítima e, encontra respaldo jurídico tanto para quem defenda uma escolha quanto para quem defenda outra diametralmente oposta (ex: discussão sobre o aborto – quem defende a vida funda seu argumento no direito à vida, ao passo que quem defende o aborto repousa sua tese no direito à liberdade).

Jeremy Waldron aduz que os desacordos a propósito dos direitos não são problemas de interpretação em um sentido legalista estrito. Num primeiro momento até se poderia supor que eles (desacordos) fossem problemas interpretativos, mas, em verdade, não o são porque se referem a questões de significativa importância para determinada comunidade política.

Seja qual for a escolha, há argumentos jurídicos/legais/constitucionais fortes e consistentes e, por vezes, de igual dimensão e relevância, para chancelar uma ou outra escolha. Trata-se, antes de tudo, de uma escolha puramente política e que reflete, ao menos naquele momento, o rumo que a sociedade, por seus representantes eleitos democraticamente, optou por encampar. O acerto ou desacerto da opção, pressupondo a regularidade formal da opção, pode sempre ser objeto de nova deliberação, mas, sob o domínio do constitucionalismo político (na modalidade de controle de constitucionalidade fraco), o ideal seria fazê-lo nos limites do próprio Poder Legislativo.

A premissa sobre a existência de desacordos morais razoáveis, logo de boa-fé, substanciais e persistentes, também não tem relação com relativismo moral. Isso não significa, contudo, que a problemática não dialogue com a filosofia. Nada mais errado pensar assim.

O fato de haver divergências sobre questões morais não implica que, e não pode ser interpretado como se, alguma das partes não esteja levando os direitos a sério. Parafrazeando Jeremy Waldron, não se pode partir da premissa de que num debate sério e numa sociedade comprometida com a proteção dos direitos, as pessoas e o Poder Judiciário vão agir, na tomada de decisão sobre questões

²⁴⁶ “Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.” (WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. (2006) 115:6. *Yale LJ.*, p. 1360).

morais relevantes, apenas movidas por ignorância, perversidade ou tão somente preocupadas com os lucros ou prejuízos que terão com as escolhas que fizerem²⁴⁷.

Na ótica do Waldron, os desacordos morais razoáveis devem ser resolvidos pelos membros eleitos do Poder Legislativo, notadamente por seu aspecto mais democrático (legitimidade democrática dos atos do Poder Legislativo). O Poder Judiciário, porque composto por membros não eleitos, não ostentaria a legitimidade democrática necessária para justificar a prevalência das escolhas morais pelo Poder Judiciário em detrimento daquelas feitas pelo Poder Legislativo.

Não se pode concluir, contudo, que o constitucionalismo político seja avesso ao controle de constitucionalidade. Ele o admite, ainda que numa perspectiva fraca e não nega que dissensos que redundem em escolhas patológicas podem e devem ser revistos.

A ocorrência de discussões sobre estes desacordos, ao lado doutras demandas envolvendo situações de complexa conflituosidade, por muito tempo foram tratadas por técnicas processuais inadequadas porque pensadas para equacionar litígios mais lineares, de natureza essencialmente bipolar (demandante-demandado). Cotidianamente, a resposta do Poder Judiciário a toda essa problematização ignorou a magnitude do problema, redundando em análises atomizadas quando a ocasião exigia uma abordagem molecularizada.

O evoluir da ciência jurídica permitiu a constatação dessa insuficiência e fez surgir novas arquiteturas processuais, com uma modelagem mais plural, que melhor agasalha as diversas intercorrências que se podem colocar diante deste cenário. Mais recentemente, ao menos no Brasil, viu-se introduzir na doutrina o estudo sobre os chamados processos estruturais (ARENHART, 2021) (medidas estruturais - *structural injunctions*) enquanto *locus* adequado para o debate, não apenas jurídico, mas também político, de problemas que transcendam os interesses das partes e que, em sua espinha dorsal, podem impactar na vida de inimagináveis pessoas. Nesta perspectiva, nada obsta, ao contrário, tudo indica, serem tais processos estruturais opções viáveis também à tutela de demandas fruto de desacordos morais.

²⁴⁷ “Generally speaking, the fact that people disagree about rights does not mean that there must be one party to the disagreement who does not take rights seriously. No doubt some positions are held and defended disingenuously or ignorantly by scoundrels (who care nothing for rights) or moral illiterates (who misunderstand their force and importance). But I assume that in most cases disagreement is pursued reasonably and in good faith. The issues involved are serious issues on which it is not reasonable to expect that there would be consensus. In other words, I assume something like John Rawls’s “burdens of judgment,” but applied (where Rawls hesitated to apply the doctrine) to issues of the right as well as issues of the good. It is not reasonable to expect that people’s views on complex and fraught issues of rights will always converge to consensus. And as Rawls emphasizes, “It is unrealistic... to suppose that all our differences [on these matters] are rooted solely in ignorance and perversity, or else in the rivalries for power, status, or economic gain.” The assumption of disagreement has nothing to do with moral relativism.”(WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. (2006) 115:6. Yale LJ., p. 1368).

3 SE, QUANDO E COMO O PROTAGONISMO JUDICIAL É NECESSÁRIO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE LEGALISMO AUTOCRÁTICO E OUTROS ARREMATOS SOBRE DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

A pergunta que se coloca é se deve o Poder Judiciário decidir desacordos morais razoáveis, com efeitos vinculantes e força *erga omnes* para todos, ou se, nestes casos, o melhor caminho a trilhar seria resolver pontualmente o problema para as partes envolvidas, relegando o debate para as arenas políticas, em especial para o Poder Legislativo?

O mesmo se perquire quanto à análise de atos administrativos oriundos do Executivo.

Enfim, existe um protagonismo judicial preventivo? Ainda, existe algum parâmetro objetivo que possa balizar o agir judicial?

As teorias sobre o constitucionalismo, político e jurídico, e o controle de constitucionalidade, forte ou fraco, apresentam bons argumentos tanto para uma decisão minimalista quanto para outra maximalista. A situação, neste caso, todavia, parece opor três extremos: ou não se decide nada; ou decide-se apenas o mínimo necessário apenas para os diretamente envolvidos; ou decide-se tudo, inclusive com força *erga omnes* e efeito vinculante para todos. A última opção desemboca, ao menos numa primeira aproximação, numa trilha de maior primazia do Poder Judiciário frente aos demais poderes, com reflexos, inclusive, sobre as bases da democracia deliberativa. Levantam-se argumentos, também, quanto à própria legitimidade democrática da decisão eventualmente proferida pelas Cortes, visto não terem sido seus membros eleitos diretamente pelo povo. Tudo isso para concluir que a participação popular, ainda que indiretamente, poderia ser subtraída dos cidadãos.

Para continuar a análise, porém, é necessário retroceder e rememorar algumas premissas. Não se pode falar em protagonismo judicial sem que, inevitavelmente, retomemos o debate sobre separação dos poderes²⁴⁸.

Objeto de estudos seculares, com raízes setecentistas / oitocentistas, autores modernos como Jeremy Waldron²⁴⁹ e Bruce

²⁴⁸ Já o advertia Habermas: "...the critique of constitutional adjudication is always made in view of the distribution of powers between the democratic legislature and the judiciary..." (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1998, p. 238).

²⁴⁹ *Separation of Powers in Thought and Practice?* 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). p. 433. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>. Acesso em: 28 abr. 2021. O autor propõe-se a analisar o princípio da separação dos poderes e, para tanto, parte de uma premissa inicial: a de que o princípio da separação dos poderes não se confunde com o princípio da divisão dos poderes, que seria, em seus dizeres "...to avoid excessive concentrations of political power in the hands of any one person, group, or agency..." p. 433) e tampouco com o princípio de freios e contrapesos (principle of checks and balances – holding that the exercise of power by any power-holder needs to be balanced and checked by the exercise of power by other power-holders...). Propõe, pois, que a separação dos poderes exige uma separação qualitativa das diferentes funções governamentais: "The separation of powers counsels a qualitative separation of the different functions of government – legislation, adjudication and executive administration..." Mesmo recentemente, o princípio da separação dos poderes passou por críticas, tais

Ackerman²⁵⁰ têm revisitado o tema e proposto releituras.

Ora associados a uma concepção mais rígida de separação dos poderes, ora atrelados a uma percepção mais plástica, dúctil da coexistência que deve haver entre os três Poderes, fato é que não se propugna pelo esvaziamento desta tripartição (ao menos nos regimes democráticos). O que se tem visto com mais frequência são questionamentos quanto à adoção de um sistema Presidencialista ou Parlamentarista de governo.

A preocupação doutros analistas, por sua vez, volta-se para explicar as razões do enfraquecimento de regimes democráticos e a ascensão ao poder de líderes populistas, demagógicos, ardilosos e, por vezes, violentos. Nestes últimos casos, inclusive, o Poder Judiciário é alvo direto de ataques constantes que buscam minar sua credibilidade para, ao fim e ao cabo, justificar o descumprimento arbitrário de decisões que confrontem os anseios gananciosos daqueles líderes²⁵¹.

Neste quadrante, em especial em sociedades democraticamente fracas, instáveis ou incipientes, o protagonismo judicial, se e quando existente, tende a ser simplesmente ignorado porque contrário aos desejos ambiciosos daqueles governantes.

como aquelas feitas por Eric Posner e Adrian Vermeule (são céticos quanto à importância do princípio da separação dos poderes diante das exigências governamentais modernas) e por John Manning (...has expressed doubts about the legal / constitutional status of the principle (...)). A pergunta que o autor se faz, pois, é: ...what, specifically, is the point of the separation of powers? (...).

²⁵⁰ “Resultou essa transformação do Legislativo em ‘apêndice’ da democracia em uma engenharia constitucional segundo a qual a representação do poder é deslocada do parlamento para outras instâncias: I) a executiva, exercida sob a alegação de sua intervenção ser precisa, eficiente; II) a judiciária, pois caberia às cúpulas dos tribunais garantir a efetividade da Constituição, por um lado, e por outro, em substituição ao dito ‘apêndice’, atribuir sentido às normas, pois mediante a mutação constitucional fecha-se o círculo de judicialização da vida. Este círculo submete a democracia deliberativa ao processo judicial por meio de uma complementaridade entre o controle de constitucionalidade e a mutação constitucional. Acossado por um sistema que entende o Parlamento como maculador da pureza herdada da assembleia constituinte, a sociedade vê-se alijada de formas de expressão de vontade e de representação, operada por um ativismo judicial que a passa a ser o titular da formulação, da interpretação e da efetividade das normas, reunindo, sob seu arbítrio, as prerrogativas legislativas, judicativas e executivas. (...) Diante do exposto, urge o retorno às distinções entre legitimidade e juridicidade e entre sociedade civil e Estado, de modo que seja possível: a) conceber o direito como concatenação de múltiplos ordenamentos; b) entender a representação do poder como exercício múltiplo de mandatos; c) proceder a uma distinção entre processo legislativo e processo judicial, esclarecendo que cabe ao primeiro a aferição da vontade e, ao segundo, circunscrever-se ao que foi previamente estabelecido como direito pelo parlamento, pois desse modo as sentenças se refeririam ao direito e não à vontade; d) restabelecer a democracia deliberativa e a multiplicidade típica dos Parlamentos; e) restabelecer a dignidade da política; f) restabelecer os Parlamentos como foro das tomadas de decisão; h) concretizar os direitos fundamentais e i) proceder a uma engenharia constitucional que garanta uma nova separação dos poderes.” (in Ackerman, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Direção: Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, apresentação dos diretores)

²⁵¹ Dentre inúmeras obras, mencione-se, por todas, aquela da lavra do Professor Cass R. Sustein, intitulada *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nova York: Editora Dey Street Books, 2018.

Salvo nos casos de golpe institucional, esse processo de contaminação, tentacularização ou capilarização tende a ser gradual. Uma vez no poder, líderes inescrupulosos começam a colocar em prática seu jogo sujo: buscam subornar, corromper sua base aliada para aprovar leis de seu interesse; aliam-se a pessoas sabidamente corruptas ou corruptíveis; cooptam sequazes igualmente intransigentes; propugnam por alterações constitucionais que lhes permitam maior espaço de manobra ou propõem novas constituições que alberguem suas ideologias antidemocráticas e lhes permitam perpetuar-se no poder; indicam marionetes para cargos de primeiro escalão; perseguem opositores, ainda que sob um falso véu de legalidade; nomeiam para cargos do Poder Judiciário e do Ministério Público asseclas da sua ideologia, quando não “dissolvem” o Judiciário para neles alocar sectários fiéis.

A Professora Kim Lane Schepelle²⁵² desenvolveu com maestria um estudo do que ela chamou de legalismo autocrático. Muito sinteticamente, algumas das ideias da autora podem ser compiladas nos seguintes termos: i) a tentativa de enfraquecimento do poder de controlar os atos do chefe do poder

²⁵² Alguns trechos de seu artigo ilustram seu pensamento: “As I argue in this Essay, democracies are not just failing for cultural or economic or political reasons. Some constitutional democracies are being deliberately hijacked by a set of legally clever autocrats, who use constitutionalism and democracy to destroy both.” (p. 547); “[...]. When electoral mandates plus constitutionalism and legal change are used in the service of an illiberal agenda, I call this phenomenon autocratic legalism.” (p. 548). Aponta, em suas observações, posturas semelhantes àquelas mencionadas acima e chama a atenção para que os defensores do regime democrático aprendam a ler os sinais de perigo antes do advento desses regimes avessos à democracia: “[...] the new autocrats come to power not with bullets but with laws. They attack the institutions of liberal constitutionalism with constitutional amendments. They carefully preserve the shell of the prior liberal state—the same institutions, the same ceremonies, an overall appearance of rights protection—but in the meantime they hollow out its moral core. Constitutional institutions survive in the same buildings, but their liberal souls have been killed. How many people can really see this until they themselves need constitutional protection and find themselves defenseless? By then it is too late. [...] . Autocrats can accomplish this because the democratic publics in these places were trained to look for the wrong signs of danger. [...] First, those of us who work in the field of constitutional law have to stare into the face of the new autocracy to track in detail how it works. We need to learn to recognize the new signs of danger, which means that we need to get better at documenting the trouble cases and learning from them. Then, we need to educate others. Civic education needs to teach people to recognize the new signs of danger. Under what circumstances is it safe to trust the appointment of judges to a political process? When is presidentialism a sign of danger? How can the discretionary use of public power for economic intimidation be curbed? Why is the call to draft a new constitution alarming? People beyond the educated elite need to know why these questions matter, and they need to learn how to think about answering them. Law is too important to leave only to the lawyers. A citizenry trained to resist the legalistic autocrats must be educated in the tools of law themselves. [...] In the days when dictators come to power with law reform as their primary tool, civil defense requires citizens to be empowered with law. Citizens need to be trained as constitutionalists—to understand the point of constitutionalism, to recognize threats to self-sustaining democracy, and to care about defending liberal values.” (p. 582-583). (Schepelle, Kim Lane. *Autocratic Legalism*. The University of Chicago Law Review. <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>).

Executivo é um indício do legalismo autocrata; ii) atos deliberados voltados a cooptar o Poder Judiciário também são outros dados importantes: tentativas de substituir juízes por outros mais alinhados com os desejos do líder eleito são frequentes e extremamente perigosas. Mesmo a ampliação de competência das Cortes Supremas pode esconder uma intenção autoritária, pois o que se visa com isso, em verdade, não é o fortalecimento democrático consistente na possibilidade de que quaisquer indivíduos tenham suas demandas julgadas pela Corte Suprema, mas sim que tal ampliação de competências traga a reboque a necessidade de aumento no número de julgadores e diminua o tempo que os mesmos terão para dedicar-se à análise de questões políticas sensíveis (os governos Russo e Húngaro – Putin e Orbán – buscaram, e conseguiram, sob as vestes da legalidade – porque detinham a maioria parlamentar – controlar o Poder Judiciário). Esse inchaço do Judiciário, acompanhado da falta de estruturação adequada, contribui, também, para o legalismo autocrata; iii) outro método utilizado é o de buscar controlar cortes judiciais menores e, a partir disso, passar a julgar em conformidade aos interesses do governo; iv) o texto menciona, ainda, que a redução da idade para aposentadoria de juízes é outro método para sacar juízes contrários aos interesses do governo e evitar, ainda, que os mesmos passem a gozar de forte reputação e liderança em decorrência da longevidade no cargo; v) mudanças legislativas promovidas para assegurar a perpetuação no poder também são marcas comuns em legalismos autocratas. O texto aponta exemplos na América Latina em que novas constituições foram promulgadas para acomodar os interesses dos governantes e legitimar sua permanência no poder, além de conferir-lhes poderes exorbitantes.

Nessa ambiência social, política, econômica, cultural e jurídica, e enquanto ainda predominante o cenário democrático, mesmo que ameaçado, o protagonismo judicial, oriundo de um corpo de juristas plural, experiente, ainda imparcial e independente, pode ser uma ferramenta hábil, e porque não necessária, para frear o ímpeto ególatra de líderes pouco afetos à democracia. Nestes cenários, antes de julgar desacordos morais razoáveis, o Poder Judiciário deve manter-se vigilante para ver resguardadas suas garantias a fim de que possa desempenhar suas atividades judicantes, inclusive para, a depender dos acontecimentos e das provas, obstar ou suspender a nomeação de agentes políticos, evitando que o Executivo e o Legislativo sejam tomados de assalto por integrantes inescrupulosos.

Como advertiu a professora Kim Lane Schepelle, é importante estar sempre vigilante e atento aos mínimos sinais que denotem quaisquer tentativas sorrateiras de desvirtuar as instituições públicas. Mais do que isso, é importante saber interpretar esses sinais e, se e quando necessário, opor-lhes resistência, dentro da legalidade.

Sempre existiram e continuarão a existir interesses espúrios, ainda mais em ambiente político. Não vivemos numa sociedade angelical. Seria muita ingenuidade pensar o contrário. Não há uma conjectura atual de pacífica convivência entre os três Poderes. Não se pretende fazer do Poder Judiciário

o bastião da Constituição e seu único intérprete. De modo algum se sustenta que ele não seja passível de críticas ou mesmo que não erre. Ao contrário. A falibilidade é inerente a tudo que é humano. Ainda assim, a despeito das críticas que são feitas, a redoma da imunidade parlamentar não é absoluta, notadamente quando sob sua proteção pretende acobertar verdadeiros ataques gratuitos, e porque não criminosos, a um dos Poderes constituídos e também à democracia.

É preciso resistir enquanto é tempo.

É preciso ensinar, especialmente às crianças e aos jovens, a postura crítica, mas temperada pelo respeito, pela ponderação e pela cientificidade.

É preciso cultivar a educação séria e de qualidade de modo a fazê-la ecoar.

É preciso garantir um Judiciário plural e independente por mais que vozes, quero crer destoantes, professem o oposto.

É preciso, por fim, entender que, por mais que se coloque em xeque as decisões das Cortes, pior seria não haver decisão alguma para ser questionada, pois isso sinalizaria principalmente duas situações: i) ou que o Poder Judiciário deixou de existir; ii) ou que ele existe apenas *pro forma* e para trazer ares de legalidade e constitucionalidade aos atos do Executivo/Legislativo.

Enfim, por mais que se procure impedir o protagonismo judicial em maior ou menor escala, fato é que a história²⁵³ nos mostra diversos exemplos em que o Judiciário desempenhou papel central na concretização de direitos.

²⁵³ Em particular na História Jurídica estadunidense, diversos casos reforçam este comportamento mais ativista do Corte Americana. Esta conclusão é norteada por artigo da lavra das Professoras Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki, “O judicial review e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais”, no qual se lê a seguinte passagem: “Verifica-se, das experiências da Suprema Corte americana, principalmente no período da Corte Warren, que o ativismo judicial e, por consequência, o papel criativo dos juizes constitucionais, na maioria das vezes, não esteve a restringir o processo democrático, ao contrário, permitiu sua manutenção e eficiência. Para além disso, muitas vezes, a Corte se imiscuiu em problemas que levavam a um julgamento de valores políticos e morais, que, de modo algum, contrariaram o processo democrático, eis que conseguiu dar força e efetividade aos direitos fundamentais previstos em seu Bill of Rights, mesmo que isso lhe custasse ficar contra o posicionamento majoritário do povo, como nos episódios que envolveram os temas segregação racial e aborto. O judicial review americano é o maior exemplo de ativismo judicial da história constitucional moderna, na medida em que, baseado em uma constituição rígida, porém sintética, e calcado em princípios e valores substantivos abertos, permitiu e permite à jurisdição constitucional a definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição. Dessa forma, o Poder Judiciário, exercendo um papel tipicamente ativo no contexto norte-americano, determinou o conteúdo de direitos fundamentais importantes, conquanto isso importasse em limitações aos demais Poderes, uma vez firmadas a supremacia e a rigidez da Constituição ou ainda que isso implicasse tomada de decisões políticas pelo Judiciário. [...] A história do ativismo judicial da Suprema Corte americana mostra que o ativismo em si não é algo positivo ou pejorativo, progressista ou conservador, tendo sido parâmetro quer para proteger direitos fundamentais, quer para restringi-los.” (Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 733-752, set./dez. 2016. Disponível em DOI: <https://doi.org/10.18593/ejil.v17i3.8750>. Acesso em: 27 fev. 2021).

Ante o que se disse até agora, parece evidente que o Judiciário pode exercer um papel mais ativo quando houver razões plausíveis a indicar o desvio de finalidade do ato emanado pelo Executivo e Legislativo, corroboradas pelo ambiente de tensão incomum entre os Poderes.

Não se está a defender que o Poder Judiciário possa fazê-lo sempre. Não se está a incentivar uma sobreposição de Poderes. A ditadura é indesejada em quaisquer situações, ou, melhor, o Judiciário não pode, a pretexto de impedir a tentacularização do legalismo autocrático, tornar-se, por sua vez, uma ditadura da toga. É necessário equilibrar o “decidir tudo” com o “decidir apenas o necessário”. Mesmo para aqueles que perfilham a trilha do “decidir tudo”, é preciso fazê-lo com a técnica adequada, valendo-se do processo para, nele e por meio dele, ampliar o debate sobre o tema posto para julgamento de maneira a desaguar numa decisão que, mesmo que não acomode todos os interesses, com eles não seja indiferente.

Faço coro à tese segundo a qual o processo é um *locus* também político e, por isso, nada obsta que se possa fazer nele, dele e por meio dele, uma arena para equacionar desacordos morais razoáveis ou problemas complexos, policêntricos, multifatoriais e plurissubjetivos²⁵⁴.

Mas, em termos de democracia deliberativa, em situações de relativa estabilidade, sem fissuras expostas, públicas e notórias, há de prevalecer ou de se respeitar as escolhas dos demais Poderes, seja com relação aos desacordos morais razoáveis, seja no que se refere às indicações do Executivo, desde que isso não signifique aniquilação ou restrição de direitos fundamentais.

Deferência não é incompatível com a obrigação de julgar.

O minimalismo judicial apregoa isso, em certa medida. Ademais, não é incomum que o debate em torno de um tema polêmico, já entrincheirado na sociedade e com adeptos de ambos os lados, precise se prostrar no tempo para assim amadurecer e encontrar consenso. O tempo e o custo políticos para o debate de um tema sensível pode não coincidir com o tempo e a necessidade jurídica de apreciação do mesmo. Velejando ventos minimalistas, nada obstaria, ao contrário, tudo justificaria, decidir o mínimo necessário para o caso concreto, sem subtrair do Legislativo a apreciação política do assunto.

No Legislativo há de se respeitar o tempo adequado para apreciação e debate de temas difíceis, como os desacordos morais razoáveis. Há, inclusive, e porque não, que se respeitar a opção por não legislar acerca de determinada proposição naquele determinado momento, sem, contudo, reiterar-se, que isso implique em óbice a que o Poder Judiciário decida pontualmente, e para

²⁵⁴ “Dito isso, uma das consequências de reconhecer o processo como espaço político é admiti-lo como ambiente plural. Aliás, sendo o pluralismo objetivo geral do Estado Democrático de Direito (preâmbulo da CRFB), e constituindo o processo um espaço político e público, reconhecer o pluralismo e a diversidade em tal ambiente é uma imposição constitucional (art. 1º do CPC). É, também, uma exigência do acesso à justiça, sob a perspectiva da universalidade da jurisdição.” (Participação no processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 93).

o caso concreto, a situação que se lhe apresente. Não se pode, porém, contar com a eternidade para apreciá-los (desacordos morais razoáveis). Esse tempo de maturação do processo legiferante deve ser razoável, sem que, contudo, transmude-se numa justificativa para a recusa reiterada e patológica, cujo propósito deliberado seja protelar a proteção a direitos fundamentais.

Raciocínio semelhante pode ser replicado aos atos do Executivo. É inegável que os dirigentes busquem aproximação de pessoas afetas à sua ideologia, isto inclusive para viabilizar a realização de seu plano de governo. Não há, ao menos em tese, problema aparente na indicação de integrantes de sua rede de aliados para pontos estratégicos, prática, aliás, visível em todo e qualquer governo. Atos administrativos, entretanto, desviados de seus objetivos primordiais (lastreados em fatos concretos) devem ser rechaçados e suspensos, notoriamente quando visem arquitetar um bolsão de segurança que, gradativamente, vai minando as bases democráticas e institucionalizando uma nova ordem, a do legalismo autocrático.

Não há consenso sobre qual deve, efetivamente, ser o limite do Judiciário frente aos atos dos demais Poderes. Tanto leituras minimalistas quanto maximalistas têm vantagens e desvantagens. Mesmo fora do tradicional eixo estadunidense, o debate a propósito desse equilíbrio de forças está distante de uma solução pacífica. O que se sabe é que, por mais inerte que deva ser o Judiciário, não se deve levar a inércia às últimas consequências a ponto de se permitir, com isso, o desprezo da democracia e o esvaziamento das próprias prerrogativas do Judiciário.

Se o limite do protagonismo é a Constituição, a lei e o dever de motivação de suas decisões (ônus argumentativo), o gatilho para sua atuação tem fonte certa em atos administrativos e legislativos que pretendam destituir o Judiciário de suas garantias, especialmente a independência, e/ou que busquem desviar-se da finalidade para a qual foram preordenados, servindo, em última análise, para dissimular o verdadeiro e único interesse de seus elaboradores: instituir uma nova ordem governamental em que seus poderes são potencializados em detrimento dos demais Poderes.

Um contraponto a essa conclusão certamente reside no seu subjetivismo. De fato, o argumento é importante e mereceria um estudo próprio, mas em situações dúbias, obnubiladas por uma cortina de fumaça ou por uma zona de penumbra, quando do outro lado pode não haver risco algum, mas também pode haver um risco enorme, parece razoável aceitar que o Judiciário adote, pontualmente, uma posição menos conservadora, logo, mais ativa.

CONCLUSÃO

O protagonismo é sintoma de desequilíbrio. Aquele, contudo, não é o remédio para dissensão entre os Poderes. O protagonismo se presta, ao menos em tese e quando não eivado por excessos, para retirar do ordenamento jurídico, com espreque no controle de constitucionalidade, atos executivos e

legislativos que extrapolem seus fins precípuos. Ademais, omissões legislativas que redundem em ofensa a direitos podem ensejar julgamentos que mirem sua tutela, ora minimalisticamente, ora macroscopicamente, ou, noutros termos, ora julgamento o mínimo necessário, ora julgando tudo com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

Não se pode dizer que o protagonismo seja algo desejado, mas, por outro lado, a depender do contexto, pode-se asseverar ser ele necessário, notadamente quando se pretende uma ruptura drástica com realidades socioculturais já sedimentadas. Ainda mais necessário se mostra o protagonismo quando o que se almeja é obstar o advento de novas ordens governamentais pouco simpatizantes à democracia, principalmente quando houver indícios veementes de que, por detrás de discursos neoliberais, escondem-se pretensões de um legalismo autocrático ou mesmo ditatoriais.

No campo legislativo, por sua vez, em particular com relação aos desacordos morais razoáveis, deferência não é incompatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Razões tanto de índole minimalista quanto maximalista explicam a escolha por uma postura mais ou menos intervencionista. Perfilha-se, no presente texto, o entendimento de que o protagonismo, em sede legislativa, deve ser mínimo e deferente ao Legislativo, especialmente quando em voga desacordos morais razoáveis.

Não é dado ao Poder Judiciário, sem argumentação assentada em vícios formais que maculem o processo legislativo, pretender substituir ou revogar a vontade do legislador, fruto de debate político e resultado da convergência de interesses, pela compreensão que o Judiciário possa ter sobre o tema de fundo. A posição, todavia, não é inflexível: não vislumbro problemas insuperáveis quando, respeitado um prazo razoável para deliberação, a omissão legislativa for proposital e voltada à perpetuação de iniquidades. Em situações deste jaez, reitere-se, o protagonismo judicial não é só desejado, mas também necessário.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, v. 1008/2019, p. 43 – 54, Out / 2019, DTR\2019\40623 – versão digital.
- ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Direção: Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O judicial review e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais. *Joaçaba*, v. 17, n. 3, p. 733-752, set./dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejil.v17i3.8750>. Acesso em: 27 fev. 2021. Acesso em: 28 abr. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista Cultura e Política*, n. 61, 2004.
- DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil*, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>.
- DIXON, Rosalind. Argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba*, v. 24, n. 2, p. 5-55, mai./ago, de 2019.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípio Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FILHO, Ilton Norberto Robl. Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro. Tese de doutorado. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/35352>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- FILHO, Fernando José Longo. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir, UFRGS, Edição Digital, Porto Alegre*, v. X, n. 3, 2015, p. 90-111.
- GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del “constitucionalismo popular”. Disponível em <https://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. Reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1998.
- KRAMER, Larry. *Popular Constitutionalism*, Circa 2004. *California Law Review*, v. 92, n. 4, 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119349?ln=en>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. 2008.
- MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário*. *Revista de Processo*. v. 283/2018, p. 481 – 499, Set / 2018, DTR\2018\18445 – versão digital.
- SUSTEIN, Cass R. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. Nova York: Editora Dey Street Books, 2018.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, nº 45, p. 26-46, março/2013.
- VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. *Do Ativismo ao Protagonismo Judicial: por uma atuação transformadora na seara ambiental*. *Revista de Direito e Sustentabilidade*. ISSN: 2525-9687, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 54-75, Jul/Dez., 2016.
- WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. (2006) 115:6. *Yale LJ*.
- WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice?*. 54 *B.C.L. Rev.* 433 (2013). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol154/iss2/2>. Acesso em: 28 abr. 2021.

O PENSAMENTO SOCIAL DE MAURIZIO LAZZARATO E A TEORIA DO CIDADÃO ENDIVIDADO

*MAURIZIO LAZZARATO'S SOCIAL THINKING AND THE
INDEBTED CITIZEN THEORY*

Márcia Assumpção Lima Momm²⁵⁵

Viviane Coêlho de Sellos-Knoerr²⁵⁶

Irene Portela²⁵⁷

INTRODUÇÃO

A política da vida seria uma modalidade de governamentalidade da sociedade contemporânea em seu conjunto, que estaria representado no homem endividado com o Estado e com a sociedade, como sustenta Maurizio Lazzarato. Nesta perspectiva, todos os cidadãos estão endividados por meio da dívida pública, mesmo que, pessoalmente, não tenham contraído nenhuma dívida.

Esse deslocamento da governamentalidade foi feito estrategicamente pelo capital financeiro a partir do início da década de 1970, cujo filósofo Michel Foucault percebe a ação estratégica da finança, referindo-se à origem desta na Grécia Antiga, e sua argumentação associada estreitamente a guerra civil, a moeda e a dívida, constituindo o fundamento da biopolítica contemporânea e do neoliberalismo.

Esta política da dívida seria uma abstração de ordem superior àquela do trabalho, da representação democrática e do poder político que se constituíram dentro do Estado-Nação. A moeda/dívida promoveria uma desterritorialização e a captura exercida pelo capital ocorreria também por esta, agindo além das fronteiras do Estado-Nação, utilizando-o, ao mesmo tempo, para reterritorializar suas políticas, uma vez que o controle do mercado de trabalho, do bem-estar social, entre outros, continua sendo um objetivo do Estado.

Dentro do conceito de Foucault, a biopolítica somente pode funcionar se aos governa dos é reconhecida uma liberdade, uma possibilidade de resistir,

²⁵⁵ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduanda em Direitos Humanos e Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo *Ius Gentium Conimbrigae*, Coimbra - PT. Advogada e especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIVALI e em Gestão Estratégica de Planejamento Tributário pela UNESA. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5841-4992>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6435845130832671>. E-mail: marciaassump@hotmail.com.

²⁵⁶ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Orientadora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4609374374280294>. E-mail: viviane@sellosknoerr.com.br.

²⁵⁷ Doutorada pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Professora de Direito Constitucional, Diretora do Departamento de Direito da Escola Superior de Gestão. Diretora do Mestrado em Solicitadoria. Provedora do Estudante do Instituto Politecnico do Cavado e do Ave, Portugal - IPCA.

mesmo que ilusória ou amparada pelos próprios governantes. Contudo, no contexto de uma sociedade neoliberal esta 'liberdade' fica em parte adstrita ao ciclo do capital e suas crises financeiras, dando surgimento à figura do cidadão endividado de Lazzarato.

O neoliberalismo vem levando a sociedade a um estado de depressão generalizada e nos termos de Foucault, o homem se vê obrigado a assumir a responsabilidade pelos fracassos econômico, social e político do Estado, até o seu próprio, assumindo o ônus de um fracasso nos negócios ou de ficar desempregado. Resultando, na transformação de um cidadão em um sujeito econômico endividado, na qual o paradigma social não é uma troca simbólica, mas uma relação credor-devedor.

A presente pesquisa, desenvolvida através de bibliografia, busca analisar o ensaio de Maurizio Lazzarato, *La Fabrique de l'homme endetté: essai sur la condition néolibérale* (2011). A escolha da referida obra tem como objeto contribuir para o estudo do neoliberalismo, da política da vida e da teoria do cidadão endividado. O exame inicia com uma breve biografia do autor e após passa-se a análise do ensaio objeto da pesquisa.

1 MAURIZIO LAZZARATO: BREVE BIOGRAFIA

Maurizio Lazzarato, sociólogo e filósofo, nasceu na Itália, em 1955. Na década de 1970, participou de um movimento operário, denominado Autonomia Operaria, na Itália, tendo que sair do país na sequência, para escapar de acusações. Exilou-se na França e reside atualmente em Paris. É PhD pela Universidade de Paris VIII, defendendo a tese "As máquinas para cristalizar os tempos: percepção e trabalho no pós-fordismo", em 1996.

Foi membro fundador do conselho editorial da revista trimestral francesa *Multitudes*, sobre política, artes e filosofia. Ele é pesquisador do Matisse / CNRS, Universidade Pantheon-Sorbonne (Universidade Paris I) e membro do Colégio Internacional de Filosofia de Paris. Lazzarato participa de ações e reflexões sobre os "intermitentes do espetáculo" no âmbito da *Coordination des Intermittents et Précaires d'Île-de-France* - CIP-IDF, onde coordena uma importante investigação sobre o estatuto dos trabalhadores e profissionais do espetáculo e do mundo das artes, além de outros tipos de trabalhos precários.

Lazzarato, autor de diversos artigos e livros, escreve sobre o capitalismo, o neoliberalismo, a biopolítica, o futuro das esquerdas, entre outros temas sobre economia e política. Escreveu alguns trabalhos intimamente relacionados sobre o assunto da dívida, como *O governo do homem endividado* (2017) e *O Governo das Desigualdades: Crítica da Insegurança Neoliberal* (2012), traduzidos para o português. Nos dois trabalhos, o autor usa a filosofia continental e os dados econômicos para criticar a dívida e o neoliberalismo.

Esteve no Brasil, em 2017, para participar do IX Colóquio Internacional IHU – A Biopolítica como teorema da Bioética, evento realizado pelo Instituto Humanitas Unisinos - IHU, para a sua conferência sobre "A era do homem

endividado”. Tema que faz parte de sua obra *La fabrique de l’homme endetté: essai sur la condition néolibérale* (2011), objeto de nossa pesquisa.

Nesta obra é examinada a criação do homem endividado e a aplicação da teorização da dívida neoliberal, apresentando o relacionamento credor-devedor como uma categoria central da economia - mais importante que dinheiro ou finanças, por exemplo. Na economia moderna, é dado como certo que as dívidas devem ser pagas e boa parte da atividade econômica é impulsionada por empréstimos com a expectativa ou promessa de reembolso futuro. Lazzarato observa que, para que essa economia funcione, seus atores devem primeiro ser socializados a aceitar a premissa de que as dívidas devem ser pagas. Isso implica que eles se tornam capazes de fazer promessas – pagar uma dívida, e se sentir culpados por não conseguirem pagar esta dívida. Para ilustrar este processo, ele refere-se ao segundo tratado de Nietzsche da “Genealogia da Moral”, que lida com os conceitos de culpa, dívida e socialização. Lazzarato refere-se ao processo de socialização da criação de sujeitos individuais como “subjetivação”. Ele também contrasta a visão nietzschiana de crédito-débito com as apresentadas por Marx, Deleuze e Guattari.

Lazzarato cita o trabalho de Foucault, “O nascimento da biopolítica”, para ilustrar a experiência social da dívida, no entanto, ele critica a distinção que Foucault faz entre estados e economias, tendo o liberalismo clássico como mediador.

A seguir, uma análise, crítica e reflexiva, dos pensamentos de Lazzarato sobre a fábrica do homem endividado: Um ensaio sobre a condição neoliberal.

2 A FÁBRICA DO HOMEM ENDIVIDADO

Maurizio Lazzarato escreve *La fabrique de l’homme endetté: essai sur la condition néolibérale* (2011) durante uma pesquisa coletiva sobre precariedade e seus desafios, que dentre outros temas trata da dívida objetiva e subjetiva e dos direitos sociais à dívida. A dívida, tanto a pública quanto a privada, tornou-se uma grande preocupação dos líderes econômicos e políticos.

Segundo Lazzarato a sucessão de crises financeiras trouxe violentamente à luz uma figura subjetiva que já estava presente, mas que agora ocupa todo o espaço público: a figura do “homem endividado”. As realizações subjetivas de que o neoliberalismo prometeu (“todos os acionistas, todos os proprietários, todos os empresários”) precipitaram para a condição existencial desse homem endividado, no capitalismo contemporâneo.

Longe de ser uma ameaça para a economia capitalista, a dívida está no cerne do projeto neoliberal. Através da leitura dos escritos juvenis menos conhecidos de Karl Marx, sobre John Mill, e da releitura de Friedrich Nietzsche, Gilles Deleuze, Félix Guattari e Michel Foucault, Lazzarato demonstra que a dívida seria, sobretudo, uma construção política e que a relação credor-devedor é a relação social fundamental das sociedades ocidentais:

Mais la relation créancier-débiteur ne se limite pas à « influencer directement sur les rapports sociaux », puis qu’elle est elle-

même un rapport de pouvoir, l'un des plus importants et universels du capitalisme contemporain. Le crédit ou dette et la relation créancier-débiteur constituent un rapport de pouvoir spécifique qui implique des modalités spécifiques de production et de contrôle de la subjectivité (une forme particulière d'*homo œconomicus*, « l'homme endetté »). La relation créancier-débiteur se superpose aux relations capital-travail, État-providence-usager, entreprise-consommateur et les traverse en instituant les usagers, les travailleurs et les consommateurs en « débiteurs ».²⁵⁸ (LAZZARATO, 2011, p. 27-28)

A relação credor-devedor, que está no cerne do livro sob análise, afia indiscriminadamente mecanismos de exploração e dominação, pois, nele, não há distinção entre trabalhadores e desempregados, consumidores e produtores, populações trabalhadoras e não-trabalhadoras, entre aposentados e beneficiários do bem-estar. Todos eles são 'devedores', culpados e responsáveis aos olhos do capital.

A dívida, segundo Lazzarato, não pode ser reduzida a um mecanismo econômico simples, pois também é uma técnica de "segurança pública", através da qual as subjetividades individuais e coletivas são governadas e controladas. Seu objetivo é minimizar a incerteza do tempo e do comportamento dos governados. Os cidadãos estão sempre afundando ainda mais em dívidas com o Estado, com seguros privados e, em um nível mais geral, com as empresas. Para garantir que as dívidas sejam honradas, os cidadãos são ao mesmo tempo encorajados e compelidos a se tornar os "empreendedores" de suas vidas, de seu "capital humano".

Nessa concepção, todo o horizonte material, psicológico e afetivo é revertido e reconfigurado. Como se livrar dessa relação credor-devedor? Como escapar da condição neoliberal do homem endividado?

Lazzarato argumenta que deve ser reconhecido que não existe uma solução técnica, econômica ou financeira simples. Em vez disso, deve-se desafiar radicalmente a relação social fundamental que estrutura o capitalismo: o sistema da dívida.

A economia da dívida duplica o trabalho, no sentido clássico do termo, de "trabalhar consigo mesmo", para que economia e "ética" trabalhem

²⁵⁸ Mas a relação credor-devedor não se limita a "influenciar diretamente as relações sociais", uma vez que é ela própria uma relação de poder, uma das mais importantes e universais do capitalismo contemporâneo. Crédito ou dívida e sua relação credor-devedor constituem uma relação de poder específica que envolve métodos específicos de produção e controle da subjetividade (uma forma específica *homo œconomicus*, "o homem endividado"). A relação credor-devedor se sobrepõe às relações capital-trabalho, bem-estar-usuário, negócios-consumidor e as atravessa estabelecendo usuários, trabalhadores e consumidores como "devedores".

juntas. O conceito contemporâneo de “economia” abrange tanto a produção econômica quanto a produção de subjetividade. As categorias clássicas da sequência revolucionária dos séculos XIX e XX – trabalhista, social e político – são atravessadas por dívidas e amplamente redefinidas por ela. Portanto, na concepção de Lazzarato, é necessário se aventurar no território inimigo e analisar a economia da dívida e a produção do homem endividado, para tentar construir algumas armas que serão usadas para realizar as batalhas das crises geradas pelo neoliberalismo.

2.1 ECONOMIA NEOLIBERAL E A BIOPOLÍTICA

A economia neoliberal é uma economia subjetiva, na visão de Lazzarato, ou seja, uma economia que solicita e produz processos de subjetivação cujo modelo não é mais, como na economia clássica, o homem que troca e o produtor. Nas décadas de 1980 e 1990, esse modelo foi representado pelo homem-empresário, conforme definição de Michel Foucault, que resumiu nesse conceito a mobilização, o engajamento e a ativação da subjetividade pelas técnicas de gestão de negócios e governança social.

Desde as sucessivas crises financeiras, a figura subjetiva do capitalismo contemporâneo parece ser incorporada pelo “homem endividado”. Essa condição, que já estava lá, por representar o coração da estratégia neoliberal, agora ocupa todo o espaço público. Todas as atribuições da divisão social do trabalho nas sociedades neoliberais (“consumidor”, “usuário”, “trabalhador”, “autônomo”, “desempregado” etc.) são cruzadas pela figura subjetiva do “homem endividado”, que os transforma em consumidores endividados, usuários endividados. Se não é a dívida individual, na visão de Lazzarato, é a dívida pública que literalmente pesa na vida de todos, uma vez que todos precisam cuidar disso.

As crises, na realidade, destacam o fracasso de uma governamentalidade neoliberal da sociedade, da qual o financiamento é apenas um dispositivo. O financiamento é uma máquina de guerra que transforma direitos sociais em créditos.

Enquanto a economia real empobrece os governados como assalariados e como detentores de direitos sociais (redução nas transferências de renda, redução nos serviços públicos, benefícios de desemprego etc.), o financiamento afirma enriquecê-los por meio de crédito.

As políticas neoliberais não desejam aumentos salariais diretos ou indiretos, como melhores aposentadorias coletivamente financiadas, mas incentivam o crédito ao consumidor e o aluguel do mercado de ações (fundos de pensão, seguros privados e individuais). Da mesma forma, eles repugnam o direito à moradia, mas favorecem os empréstimos hipotecários. E eles pressionam para investir no seguro individual, e não na mutualização contra riscos (desemprego, saúde, aposentadoria etc.).

Os trabalhadores e beneficiários da previdência social devem ganhar e gastar o mínimo possível para reduzir o custo da mão-de-obra e o custo da Previdência Social. Ao mesmo tempo, o consumidor deve gastar o máximo

possível para vender a produção. No entanto, no capitalismo contemporâneo, o empregado e o usuário, por um lado, e o consumidor, por outro, são as mesmas pessoas e, portanto, são apanhados em uma espécie de esquizofrenia.

Para Lazzarato (MACHADO, 2017), no capitalismo contemporâneo, a dívida não é principalmente uma questão de orçamento e preocupações econômicas, mas uma relação política de sujeição e escravização. A dívida tornou-se infinita e impagável. A política da dívida é uma forma atual da biopolítica no seio do capitalismo neoliberal.

Foucault (1999, p. 133) afirma não ter dúvidas que o biopoder constituiu elemento-chave ao desenvolvimento do capitalismo, seja por criar condições para a inserção controlada dos corpos no aparelho de produção ou em função da conformação dos fenômenos de população aos processos econômicos. Assim, a biopolítica nasce da ideia que

[...] o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder com suas formas e procedimentos múltiplos.

O conceito de biopolítica de Foucault foi pensado nos anos 60 e 70, e hoje estamos em outro momento, no neoliberalismo, aos olhos de Lazzarato, ao falar de biopolítica temos que pensar na moeda e na guerra. A biopolítica seria uma nova forma de entender o poder que era tido como repressão. O poder não reprime apenas, mas estimula, solicita e produz. Essa novidade apontada por Foucault é notável, mas sob esse aspecto, somente, a realidade do poder fica muito limitada.

Tomando-se a história do capitalismo, seria impossível separar a promoção da vida e a promoção da sua destruição. A política da vida, como sustenta Lazzarato, seria uma modalidade de governamentalidade da sociedade contemporânea em seu conjunto, que estaria representado no homem endividado com o Estado e com a sociedade. Nesta perspectiva, todos os cidadãos estão endividados por meio da dívida pública, mesmo que, pessoalmente, não tenham contraído nenhuma dívida.

Esse deslocamento da governamentalidade foi feito estrategicamente pelo capital financeiro a partir do início da década de 1970, na qual Foucault percebe a ação estratégica da finança, referindo-se à origem desta na Grécia Antiga, e sua argumentação associada estreitamente a guerra civil, a moeda e a dívida, constituindo o fundamento da biopolítica contemporânea e do neoliberalismo.

Esta política da dívida seria uma abstração de ordem superior àquela do trabalho, da representação democrática e do poder político que se constituíram dentro do Estado-Nação. A moeda/dívida promoveria uma desterritorialização e a captura exercida pelo capital ocorreria também por esta, agindo além das fronteiras do Estado-Nação, utilizando-o, ao mesmo tempo, para reterritorializar suas políticas, uma vez que o controle do mercado de trabalho, do bem-estar social, entre outros, continua sendo um objetivo do Estado.

Dentro do conceito de Foucault, a biopolítica somente pode funcionar se aos governados é reconhecida uma liberdade, uma possibilidade de resistir, mesmo que ilusória ou amparada pelos próprios governantes. Contudo, no contexto de uma sociedade neoliberal esta 'liberdade' fica em parte adstrita ao ciclo do capital e suas crises financeiras, dando surgimento a da figura subjetiva do cidadão endividado.

O neoliberalismo vem levando a sociedade a um estado de depressão generalizada e o homem se vê obrigado a assumir a responsabilidade pelos fracassos econômico, social e político do Estado, até o seu próprio, assumindo o ônus de um fracasso nos negócios ou de ficar desempregado. Resultando, na transformação de um cidadão em um sujeito econômico endividado, na qual o paradigma social não é uma troca simbólica, mas a relação credor-devedor.

O neoliberalismo, pela ótica das finanças, expressa o aumento do poder desta relação credor-devedor, como se denota a seguir nas ideias de Lazzarato (2011, p. 13-14):

Dans le néolibéralisme ce qu'on appelle de façon réductive « finance », exprime la montée en puissance de la relation créancier-débiteur. Le néolibéralisme a poussé à l'intégration du système monétaire, bancaire et financier à travers des techniques qui traduisent le volontarisme de faire de la relation créancier-débiteur un enjeu politique majeur, puisqu'elle exprime, sans aucune ambiguïté, un rapport de force fondé sur la propriété. Dans la crise, le rapport entre propriétaires (du capital) et non propriétaires (du capital) se multiplie sur toutes les autres relations sociales.²⁵⁹

Em entrevista à Revista IHU On-Line, Lazzarato explica como se pode compreender a estratégia biopolítica dos ciclos das crises financeiras (MACHADO, 2017):

A política da dívida afeta diferentemente todas as camadas sociais e todas as dimensões da vida. Ela atinge o emprego, a aposentadoria, os cuidados médicos, a formação, o auxílio à moradia, todas as políticas sociais etc. A política da dívida é a "verdadeira" biopolítica, ou

²⁵⁹ No neoliberalismo, o que é redutivamente chamado de "finanças" expressa o aumento do poder da relação credor-devedor. O neoliberalismo pressionou pela integração do sistema monetário, bancário e financeiro por meio de técnicas que refletem o desejo de tornar a relação credor-devedor uma questão política importante, pois expressa, sem ambiguidade, uma relação de poder fundada na propriedade. Na crise, o relacionamento entre proprietários (do capital) e não proprietários (do capital) multiplica seu domínio sobre todos os outros relacionamentos sociais.

seja, a modalidade de governamentalidade da sociedade contemporânea em seu conjunto.

Ainda, a crise econômica de 2008 acelerou o estabelecimento de um novo capitalismo de Estado, que vem realizando um confisco maciço da riqueza das sociedades. E quem se beneficia é o capital financeiro. Em um retorno calamitoso à situação anterior às duas guerras mundiais, todo o processo de acumulação agora é governado pelas finanças, que absorveram setores que antes eram ignorados, como o ensino superior, e hoje é frequentemente identificado com a própria vida.

Diante da catástrofe atual e de novo desastre, que virá logo em breve, deve-se, sob o pensamento de Lazzarato, superar a valorização capitalista e reapropriar nossa existência, conhecimento e tecnologia.

2.2 A RELAÇÃO CREDOR-DEVEDOR

A relação credor-devedor é inerentemente assimétrica, e sua decorrência direta, a dívida, se tornou crucial na biopolítica contemporânea, pois passou a dizer respeito à possibilidade de pessoas, empresas e mesmo nações – seus trabalhadores, cidadãos – sobreviver ou morrer (falir, perder os últimos resquícios de soberania nacional).

Recorrendo a Genealogia da moral, de Nietzsche (2009), a relação credor-devedor é tão antiga e primordial que, para ele, estaria no cerne da organização social mesma – e que as faces, financeira e moral, da dívida estão amalgamadas no seu engendramento desde o começo.

O sistema débito-crédito não é apenas motor econômico, mas também uma técnica para governar as condutas dos indivíduos. O sistema da dívida, financeira e moral, cuja origem, segundo Nietzsche (2009), é a mesma, faz circular, por sua vez, a culpa e a ‘responsabilidade’ entre os governados. O crédito implica a constituição de um sujeito capaz de prometer, instaura uma memória da dívida a ser honrada e, desse modo, empenha e condiciona o futuro, o porvir.

A dívida se torna o relacionamento de um devedor que nunca para de pagar e um credor que nunca para de esgotar os interesses da dívida: dívida com a divindade, dívida com a sociedade, dívida com o Estado (DELEUZE, 2010, p. 163).

As dívidas finitas, referidas por Lazzarato, eram características das sociedades arcaicas, sendo as dívidas infinitas do surgimento dos Impérios, Estados e também das religiões monoteístas, que lhe associaram a culpa, e seus efeitos são sentidos até hoje:

Le passage de la « dettefinie » à la « detteinfinie » lors de La sortie des sociétés archaïques, constitue un événement dont les conséquences se font encore sentir aujourd’hui, puis que le capitalismes’estapproprié ce passage en vue

de la production de l'homme endetté qui n'enfinira jamais de rembourser.²⁶⁰ (LAZZARATO, 2011, p. 61)

Para Lazzarato, o capitalismo, tendo introduzido o infinito na economia e na produção, continuou e prolongou tanto a dívida quanto a culpa infinita. O capitalismo financeiro intensificou ainda mais essa tendência. Ele instalou a finança e a moeda de crédito no coração da acumulação capitalista. A dívida é seu motor. O capitalismo financeiro fez da dívida uma promessa que se deve honrar, a fim de contrair outras sem jamais poder interromper a fuga para frente.

Cabe distinguir, ainda, as funções ou o poder econômico e político do capital financeiro. Referindo Lênin, Lazzarato aponta duas séries de dominação do capital financeiro: entre 1870 e 1914, quando se desenvolve o processo completo do capital, ou seja, industrial, comercial e financeiro; e a partir dos anos 70 do século XX, quando há uma reconfiguração da relação entre economia e política a nível mundial. O período keynesiano-fordista é descrito como uma exceção, uma vez que se caracterizou “pela neutralização do poder político de um capital financeiro que, reduzido à simples função ‘econômica’ de financiamento de um capital industrial, foi ‘administrado’ por um compromisso político entre os capitalistas e os sindicatos sob o controle do Estado” (LAZZARATO, 2017, p. 202).

Essa dívida infinita não é primariamente um dispositivo econômico, mas uma técnica de segurança para reduzir a incerteza do tempo e o comportamento dos governados. Ao treinar os governados a prometer – honrar seu crédito, o capitalismo tem o futuro com antecedência, pois as obrigações de dívida possibilitam prever, calcular, medir, estabelecer equivalências entre o comportamento atual e comportamentos por vir. São os efeitos do poder da dívida na subjetividade (culpa e responsabilidade) que permitem ao capitalismo preencher a lacuna entre o presente e o futuro.

Na sociedade contemporânea, a dívida, que se afigura infinita, impagável, constitui técnica “capital” para a produção do *homo economicus* neoliberal, pois “impõe um aprendizado de comportamentos, de regras de contabilidade e de princípios de organização usualmente colocados em funcionamento no seio de uma empresa” (LAZZARATO, 2017, p. 67). Por ser uma relação de poder universal, ninguém está em posição de exterioridade: mesmo os que “são pobres demais para terem acesso ao crédito devem pagar juros a credores pelo reembolso da dívida pública; até mesmo os países pobres demais para se dotarem de um Estado de bem-estar social devem pagar suas dívidas” (JUNGES; CHAVES, 2015, p. 1).

Como observa Lazzarato (2009, p. 85): “[...] as finanças são uma máquina de guerra que transforma os direitos sociais em dívidas, em seguros individuais e em rendimento (de ações na bolsa)”. Assim, em um contemporâneo marcado por políticas neoliberais, o que testemunhamos, já há um bom tempo,

²⁶⁰ A transição da “dívida finita” para a “dívida infinita” na saída das sociedades arcaicas constitui um evento cujas consequências ainda são sentidas hoje em dia, uma vez que o capitalismo se apropriou dessa passagem com vistas a produção do homem endividado que nunca para de pagar.

são pressões e investidas que visam transformar as mais variadas esferas da vida: em vez de direitos trabalhistas e empregos formais, somos “motivados” a criar, empreender, investir em negócio próprio; no lugar de direito à moradia, crédito imobiliário; ao invés de aumentos salariais, a concessão de mais e mais crédito ao consumo; no lugar da mutualização das cotizações para a aposentadoria, fundos de pensão ou de previdência privada; ao contrário da garantia do direito (constitucional) à saúde e escola pública de qualidade, (seu sucateamento em prol da) “liberdade” de escolha e “eficiência” dos planos de saúde e das escolas privadas, cujos custos seriam investimentos (em si, nos filhos).

Contrair/ter dívidas, o que (pode) implica(r) toda uma série de problemáticas, não é exclusividade de nosso tempo, contudo hoje a relação credor-devedor vem adquirindo feições talvez mais nefastas. Hardt e Negri (2014, p. 22) afirmam que, “[...] atualmente, ter dívidas está se tornando a condição geral da vida social [...]”. Neste contexto, em que se verifica o aprofundamento da financeirização da vida.

Em sua análise das formas dominantes de subjetividade no âmbito da crise social e política corrente – o endividado sendo uma delas, ainda segundo Hardt e Negri (2014, p. 22) chamam a atenção para o fato de que “a rede de segurança social passou de um sistema de bem-estar social para um de endividamento, pois os empréstimos se tornaram o principal meio de satisfazer as necessidades sociais”.

O princípio biopolítico na sociedade da dívida pode ficar adstrito a: se você puder pagar, você vive; se não, pode morrer. Nessa, a posição subjetiva: o cidadão-consumidor endividado deve gastar o máximo possível para manter ou alavancar o crescimento econômico do seu país; já o trabalhador-empresário de si endividado deve engajar-se em uma formação “infinita”, deve aceitar salários mais baixos e/ou trabalho precário/temporário para reduzir o “custo-trabalho” e/ou deve criar oportunidades de negócios para gerar renda; os usuários de serviços sociais endividados devem esforçar-se mais para deixar de sê-lo, sair da condição de “peso” para o Estado e para a economia.

E, então, o futuro está empenhado! Em diferentes partes do mundo se fazem cálculos sobre quanto cada cidadão (ou bebê, ao nascer), hipoteticamente, deve. No Brasil, este número (obtido pela divisão simples do montante da dívida pública nacional pelo número de brasileiros) seria da ordem de R\$ 27 mil em outubro de 2016 (MACHADO, 2017).

2.3 A TEORIA DO CIDADÃO ENDIVIDADO

Foucault mostra como, em certas tiranias gregas, o imposto sobre os aristocratas e a distribuição de dinheiro aos pobres são meios de trazer dinheiro de volta aos ricos, de ampliar singularmente o regime de dívida (SMART, 2000, p. 169). Como se os gregos tivessem descoberto à sua maneira o que os americanos encontraram com o *New Deal*: que impostos estaduais pesados são bons para bons negócios. Em suma, o dinheiro, a circulação do dinheiro, é o meio de tornar a dívida infinita. A abolição das dívidas ou sua transformação

contábil abrem a tarefa de um serviço estatal interminável. O credor infinito, a dívida infinita substituiu os blocos de dívida móvel e finalizada e a dívida se torna dívida de existência, existência de dívida dos próprios sujeitos.

Com a transição de sociedades disciplinares para sociedades de controle, ocorre a transição de grande confinamento para grande endividamento, o que envolve uma profunda modificação das formas de dominação. Desde o homem preso, antes na prisão, mas também na fábrica, no hospital, na escola ou no quartel (todas as instituições que se assemelham à prisão), passamos ao modelo do homem “endividado” (DELEUZE, 1990).

Desde o início das sucessivas crises financeiras, a figura subjetiva do capitalismo contemporâneo parece antes ser representada pelo “homem endividado”. Essa condição, que já existia, uma vez que está no cerne da estratégia neoliberal, ocupa agora todo o espaço público. Todas as designações da divisão social do trabalho nas sociedades neoliberais (“consumidor”, “usuário”, “trabalhador”, “autoempreendedor”, “desempregado”, “turista” etc.) são atravessadas pela figura subjetiva do “homem endividado”, a qual metamorfoseia todas as figuras anteriores em consumidor endividado, usuário endividado e, por fim, como está acontecendo na Grécia, em cidadão endividado. Se não é a dívida individual, é a dívida pública que, literalmente, pesa na vida de cada um, já que cada um deve assumi-la.

O que se afigura como mais nefasto, em face da correlação de forças no capitalismo financeiro neoliberal, mesmo quem não tem dívidas (financeiras, contraídas individualmente), torna-se (moralmente) endividado – em função das dívidas públicas, em prol da “imperiosa” necessidade de manter a “saúde/sustentabilidade” do sistema financeiro global, e outras retóricas associadas.

Para uma série de analistas, a crise de 2008, dos Estados Unidos, fez perceber melhor o relevo da relação credor-devedor para a governamentalidade neoliberal e expansão capitalista: passamos a ser governados e conduzir nossa vida, escolhas, trabalho, condutas de modo a pagar a dívida, que é infinita, pois sempre crescente e renovada.

A dívida se torna o relacionamento de um devedor que nunca para de pagar e um credor que nunca para de esgotar os interesses da dívida: dívida com a divindade, dívida com a sociedade, dívida com o Estado (Deleuze, 1990).

Destas premissas, a nova figura subjetiva do capitalismo contemporâneo, o cidadão endividado, surge:

O homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado. É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas. (DELEUZE, 2010, p.224)

Segundo Lazzarato a figura do homem endividado surge da sucessão de crises financeiras do regime neoliberal:

A sucessão de crises financeiras levou ao aparecimento de uma figura subjetiva, que agora ocupa todo o espaço público: a do homem endividado. Pois o fenômeno da dívida não se reduz às suas manifestações econômicas. Ele constitui a pedra angular das relações sociais em regime neoliberal, operando uma tripla desapropriação: a desapropriação de um poder político já fraco, concedido pela democracia representativa; a desapropriação de uma parte cada vez maior da riqueza que as lutas passadas tinham arrancado da acumulação capitalista; e a desapropriação, principalmente, do futuro, quer dizer, da visão do tempo que permite escolhas, possibilidades. A relação credor-devedor intensifica de maneira transversal os mecanismos de exploração e dominação próprios do capitalismo. Pois a dívida não faz nenhuma distinção entre os trabalhadores e os desempregados, os consumidores e os produtores, os ativos e os inativos. Ela impõe uma mesma relação de poder a todos: até as pessoas mais desprovidas de acesso ao crédito particular participam do pagamento dos juros ligados à dívida pública. A sociedade inteira está endividada, o que não impede, mas exacerba, as desigualdades – que já é tempo de começar a qualificar como “diferenças de classe”. (LAZZARATO, 2012)

Em entrevista, Lazzarato elucida que “o ‘homem endividado’ é submetido a uma relação de poder credor-devedor que o acompanha durante toda a vida, desde o nascimento até a morte” (JUNGES, 2015). E completa: “Através das dívidas soberanas, toda a população acaba endividada e deve pagá-las, qualquer que seja sua situação: desempregado, trabalhador, aposentado etc.”.

Desse extrato, não há quem seja pobre demais para a dívida, pois todos estão endividados, basta nascer, contudo, os mais pobres, em virtude de cortes orçamentários e descontinuidade de políticas públicas do neoliberalismo, são aqueles para quem a “fatura” tenha o peso mais insuportável.

A relação credor-devedor atinge a população atual em sua totalidade, bem como as populações futuras. Não é mais o pecado original que é transmitido no nascimento, mas a dívida contraída pelas gerações anteriores. O “homem endividado” é submetido a uma relação de poder credor-devedor que o acompanha durante toda a vida, desde o nascimento até a morte. Se, outrora, as dívidas eram para com a comunidade, os deuses, os antepassados, agora, agora as pessoas estão endividadas junto ao “deus” Capital.

O capitalismo contemporâneo incentiva os indivíduos a se endividarem (em todos os tipos de crédito: para consumo, para comprar uma casa, para continuar

os estudos etc.), removendo quaisquer acusações de culpa da dívida molecular. Por outro lado, faz com que os mesmos indivíduos se sintam culpados como responsáveis pelos déficits sociais (previdência social, seguro de saúde, seguro-desemprego etc.), que devem comprometer-se a preencher. Quase todas as reformas neoliberais, como as da previdência, trabalhistas e sociais, são legitimadas por *déficits*.

Esse incentivo à contratação de créditos e a obrigação de fazer sacrifícios para reduzir o “excesso” de gasto social não são contraditórios, pois se trata de instalar os governados em um sistema de dívidas infinito. A dívida nunca termina, simplesmente porque com o ônus dos gastos sociais, levaria várias gerações para salvar o sistema.

Por fim, todo mundo está endividado por meio da dívida pública, mesmo que, pessoalmente, não tenha contraído nenhuma dívida (MACHADO, 2017). Está aí a compreensão do cidadão endividado.

CONCLUSÃO

Não se esgota neste ensaio a análise da figura subjetiva criada pelo capitalismo contemporâneo, do cidadão endividado, e a aplicação da teorização da dívida neoliberal, da relação credor-devedor.

Como visto nesta pesquisa, essa relação infinita não é primariamente um dispositivo econômico, mas uma técnica de segurança para reduzir a incerteza do tempo e o comportamento dos governados. Ao treinar os cidadãos a prometer a honrar seu crédito, o capitalismo contemporâneo tem o futuro com antecedência, pois as obrigações de dívida possibilitam prever, calcular, medir, estabelecer equivalências entre o comportamento atual e comportamentos por vir. São os efeitos do poder da dívida na subjetividade, na relação culpa e responsabilidade, que permitem ao neoliberalismo preencher a lacuna entre o presente e o futuro.

Na Genealogia da moral, de Nietzsche, a possibilidade de extrair de “animal selvagem” um “homem civilizado”, ou seja, um homem “previsível, regular, calculável”, passa pela capacidade de promessa, fazendo uma memória de dívida. A memória do “homem civilizado” contemporâneo é o da empregabilidade, disponibilidade, docilidade às leis do mercado de trabalho e do consumo, uma vez que ele lhes deve crédito.

Estas memórias criadas pelo neoliberalismo não são tão atroz e sedentas de sangue quanto às descritas por Nietzsche (tortura, mutilação etc.), não obstante seu significado seja o mesmo: construir uma memória, registrar em corpo e mente um senso de obrigação, criando um cidadão socializado e comprometido com o pagamento da dívida, o “homem endividado”.

REFERÊNCIAS

- DELEUZE, Gilles. Conversações. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sur lês sociétés de contrôle. *L'autrejournal*, n. 1, mai. 1990. Disponível em: <http://1libertaire.free.fr/DeleuzePostScriptum.html>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. Declaração: isto não é um manifesto. São Paulo: n-1 Ed., 2014.
- JUNGES, Márcia; CHAVES, Leslie. O “homem endividado” e o “deus” capital: uma dependência do nascimento à morte. Entrevista especial com Maurizio Lazzarato. *Revista IHU-On-line*, 28 jun. 2015. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/543983-o-homem-endividado-e-o-deus-capital-uma-dependencia-do-nascimento-a-morte-entrevista-especial-com-maurizio-lazzarato>. Acesso em: 03 dez. 2020.
- LAZZARATO, Maurizio. *La fabrique de l’homme endetté: essai sur la condition néolibérale*. Paris: Amsterdam, 2011.
- LAZZARATO, Maurizio. A era do homem endividado. *Revista eletrônica Le Monde Diplomatique Brasil*. 6 fev. 2012. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-era-do-homem-endividado/>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- LAZZARATO, Maurizio. O governo do homem endividado. 1 ed. São Paulo: N-1 Ed., 2017.
- MACHADO, Ricardo. A política da dívida é a “verdadeira” biopolítica. Entrevista especial com Maurizio Lazzarato. *Revista IHU-On-line*, 12 out. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/572574-a-politica-de-guerra-da-divida-entrevista-especial-com-maurizio-lazzarato>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- SMART, Barry. *Michel Foucault: critical assessments*. v. IV. Nova Iorque: Routledge, 2000.

A MOTIVAÇÃO COMO CONTROLE DA RAZÃO DO JUIZ

MOTIVATION AS CONTROL OF THE JUDGE'S REASON

José Laurindo de Souza Netto²⁶¹

Adriane Garcel²⁶²

Karen Paiva Hippert²⁶³

Aline Koner²⁶⁴

INTRODUÇÃO

Com o presente estudo, pretende-se analisar como o princípio da motivação pode servir como controle da razão do juiz nas decisões judiciais.

É senso comum acreditar que o raciocínio do juiz na fundamentação de sua sentença vincula-se tão somente ao direito, sendo essencialmente jurídico. Porém, a racionalização por ele feita não se limita ao direito, não se exaurindo a sentença com o ordenamento.

A atuação do juiz, enquanto representante do Estado, é atividade complexa cujo resultado deriva de um trabalho racional que pode também conter elementos da vontade do sujeito para atingir o objetivo de se alcançar a justiça.

Com base no Direito Processual Brasileiro, os efeitos esperados da sentença apenas se perfazem quando o juiz, ao proferi-la, submete-se ao ordenamento jurídico vigente e fundamenta sua decisão.

²⁶¹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade degli Studi di Roma La Sapienza. Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: professorlaurindo@unipar.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

²⁶² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público “Estado Democrático de Direito” pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela EMATRA/UNIBRASIL. Graduada em Direito pela UNIVERSIDADE TUIUTI do Paraná e Letras pela UNIANDRADE. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mediadora Judicial. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Email: adriane-garcel@tjpr.jus.br

²⁶³ Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippert@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>.

²⁶⁴ Pós-graduanda em Prática na Advocacia na Faculdade de Educação Superior do Paraná – FESP-PR. Especialista em Ministério Público–Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Bacharel em Direito pela Faculdade Santa Cruz – FARESC. Assessora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: alinekoner@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9134-3129>. <http://lattes.cnpq.br/0281967128881184>

Não há que se discutir a importância do conhecimento da sociedade acerca da motivação e elementos da sentença proferida pelo juiz, exercendo o Estado, na prática, função mantenedora da paz e ordem, o que revela as especificidades relacionadas à motivação das sentenças.

O presente estudo irá apresentar pontos de vistas de alguns autores quanto à conceituação, aspectos constitucionais e processuais da sentença e ater-se-á a um dos elementos de essencial importância da sentença, sua motivação, sendo que a ausência dela ou, ainda, sua má elaboração poderá resultar em sua nulidade.

Ao sentenciar, o magistrado formula seu raciocínio utilizando-se de conhecimentos de variada natureza, como instrumentos retóricos de fundamentação. Logo, compreender quais bases e critérios estão sendo utilizados na racionalização de uma decisão são questões emergentes e necessárias, para se assegurar um real Estado Democrático de Direito.

Faz-se necessário lembrar que a decisão do juiz precisa ser reconhecida pelo seio social e legitimada no texto constitucional, para ser plenamente válida.

Ao ventilar tais considerações, há a necessidade de abordar questões que norteiam a natureza múltipla de possibilidades que estão à mercê da discricionariedade do juiz. Controlar as decisões judiciais relaciona-se com as premissas de um Estado social de Direito, e não implica proibição de interpretar.

Partido do pressuposto de que interpretar é dar sentido, não é difícil de imaginar que é quase senso comum entre os magistrados que o conhecimento se fundamenta em estados de experiências interiores e pessoais, o que em um Estado de Direito e em pleno domínio da linguagem seria acreditar que o direito é aquilo que o intérprete quer que seja.

Há quem ouse dizer que a fundamentação é apenas uma roupagem para justificar o posicionamento adotado por determinado magistrado, isto é, quando um juiz condena, ou absolve, já o fez antes mesmo de sua fundamentação. Questões como estas se tornam relevantes, na medida em que sob o manto da discricionariedade e do livre convencimento, vêm criando *decisionism* que em nada refletem os valores estabelecidos na democracia.

Para tanto, o presente estudo irá se desenvolver em dois capítulos, para além da introdução e conclusão. Primeiramente, irá se apresentar o que vem a ser a motivação na fundamentação da sentença para, na sequência, investigar a sentença enquanto saber, ou poder. Ato contínuo, a hermenêutica e o racionalismo serão objetos de análise, partindo das premissas da racionalização à luz do contraste entre a hermenêutica filosófica clássica e de Gadamer. Por fim, irá se abordar a importância do senso comum para o raciocínio judicial e, conseqüente, fundamentação da decisão.

À luz do princípio da motivação, como um agente imunizador do controle da razão do juiz, e partindo do pressuposto de que não se motiva uma sentença apenas para as partes, mas para toda uma sociedade em geral, busca-se demonstrar que a sentença motivada lança o saber a um grau maior que o poder no exercício divisional. É a motivação que controla a razão do juiz, norteando e delimitando a discricionariedade que lhe é inerente.

1 A MOTIVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

Motivar é o mesmo que fundamentar, elemento obrigatório da sentença e que compreende: “explicar as razões de fato e de direito que implicam no convencimento do juiz, devendo esta fundamentação ser substancial e não meramente formal” (AMARAL, 2000).

Uadi Lammêgo Bulos (2001), por seu turno, define o fundamento como “o sentido de dar as razões, de fato e de direito, pelas quais se justifica a procedência ou improcedência do pedido. O juiz tem a obrigatoriedade de explicar o porquê do seu posicionamento”.

A fundamentação da sentença é uma garantia de justiça, porque indica quais razões o juiz utilizou para proferir uma decisão, neste sentido:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrarse, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou (CALAMANDREI, 1971, p. 143).

É preciso se ter em mente que a motivação das sentenças judiciais repercute o pensamento que o juiz se utilizou para chegar a determinada conclusão, logo, será por meio dela que se verificará a razão empregada para se chegar à solução.

Inobstante, Tereza Arruda Alvim (2004, p. 335) adverte para as espécies de vícios intrínsecos das sentenças que acarretam nulidade, quais sejam, a “ausência de fundamentação; deficiência de fundamentação e ausência de correlação entre fundamentação e decisório”, nestes termos:

Todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque ‘fundamentação’ deficiente, em rigor, não é ‘fundamentação’, e por outro lado, fundamentação que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo que não o é daquele decisório (WAMBIER, 2004, p. 335).

No que lhe concerne, a falta da fundamentação das sentenças judiciais é questão de nulidade que se traduz no não cumprimento de exigência Constitucional. Assim, considerando que os elementos de convicção do juiz são representados na motivação, deve ele explicar em sua fundamentação as razões de sua decisão.

A motivação não é uma espécie de prestação de contas do procedimento mental que conduz a formular a decisão, mas exteriorização dos argumentos que elabora para demonstrar que ela é dotada de boa razão.

Impõe-se ao juiz que forneça uma justificação racional de sua decisão, a partir de critérios intersubjetivos do raciocínio. Deve ele exteriorizar o silogismo decisório por meio do qual ocorreu a descoberta da decisão, justificando-o com base em argumentação racional.

Para as ciências humanas, a motivação é a condição do organismo que influencia a direção e orientação para um objetivo do comportamento. Em outras palavras, é o impulso interno que leva à ação.

Assim, a principal questão da psicologia da motivação traduz-se em um único questionamento: por que o indivíduo se comporta da maneira como ele o faz?.

O estudo da motivação comporta a busca de princípios gerais que auxiliem a compreensão do motivo pelo qual seres humanos e animais em determinadas situações específicas escolhem, iniciam e mantêm determinadas ações.

Como conceito básico, tem-se que a motivação é uma construção e se refere ao direcionamento momentâneo do pensamento, atenção e ação à um objetivo visto pelo indivíduo como positivo. Esse direcionamento ativa o comportamento e engloba conceitos diversos, tais como, anseio, desejo, vontade, esforço, sonho esperança, dentre outros.

Ainda, a Compreensão da motivação não pode deixar de considerar as preferências individuais, uma vez que diferentes pessoas vêm diferentes objetivos como mais, ou menos, desejáveis, buscando-os pelas mais diferentes razões. E assim se dá com o processo decisional realizado pelo juiz.

Ademais, faz-se necessário entender as diferentes origens da motivação, intrínseca ou extrínseca. A primeira, é gerada pelas necessidade e motivos da pessoa, já a segunda diz respeito à processos de reforço e punição. No entanto, é incorreto afirmar que a motivação extrínseca é fruto da ação do ambiente e a intrínseca do pessoal, ao passo que a motivação sempre será fruto de uma interação entre pessoa e ambiente.

O Código de Processo Penal sugere um modelo formalista de motivação da sentença, de inspiração kelseniana, que separa o texto de lei, o dever ser do mundo dos fatos e o ser, cabendo ao magistrado tão somente elaborar o silogismo lógico dedutivo, aplicando a lei ao fato concreto. Conforme destaca WARRAT (1976 p. 2- 21): “Dito de outro modo, a separação (total) destes dois planos (ser e dever ser) sugere a construção de conceitos universais, neutros, objetivos, limpos de toda contaminação valorativa”.

O autor Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 170), chama atenção para os cuidados com a motivação das decisões penais em relação ao convencimento do juiz acerca dos fatos, aduzindo o seguinte:

[...] na aplicação do direito existe sempre uma relação dialética entre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*, de tal modo que é praticamente impossível entender a operação de qualificação jurídica dos fatos como momento autônomo ou posterior aos procedimentos de identificação da norma e de accertamento dos fatos, já analisados.

Para Nilo de Barros Brum (1980), esta é uma posição do direito que almeja a obtenção do valor segurança, segundo a qual o ordenamento sendo legal, é racional, coeso e completo; onde o proibido e o permitido podem ser deduzidos de maneira lógica, um dogma dentre muitos já criados pela visão formalista do direito, completamente alheio a realidade.

Ao decidir acerca de determinado caso concreto, o juiz não poderá fazê-lo alegando convicção acerca do assunto, muito menos, partir de sua subjetividade, decidindo com base em traumas pessoais. A interpretação deve partir dos princípios constitucionais, em particular, o da motivação das decisões judiciais, que irão agir como blindagem às arbitrariedades e decisionismos.

Na esfera constitucional, a motivação das decisões atinge o âmbito extraprocessual, que tutela enquanto bem maior a garantia de que os cidadãos possam, em uma forma de controle popular sobre o exercício do poder, fiscalizar o Estado.

Para CANOTILHO (1997, p. 816), a fundamentação das sentenças é princípio jurídico organizatório e funcional da teoria do Constitucionalismo, estando a motivação judicial alicerçada na racionalidade:

A exigência de fundamentação das decisões judiciais ou da “motivação de sentenças” radica em três razões fundamentais: (1) controle da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas

Destarte, a motivação das sentenças judiciais é dever expressamente previsto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal ²⁶⁵, enquanto direito fundamental, e que visa impedir arbitrariedades e interferências ideológicas de carácter subjetivo nas decisões, verdadeiras ofensas ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Sergio Nojiri (2000, p. 64 - 65):

A exata compreensão do conceito de Estado Democrático de Direito e de seus componentes fundamentais (supremacia da Constituição, separação de poderes,

²⁶⁵ IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciários serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, “X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (Brasil, 1988).

princípio da legalidade e direitos do homem) ajuda-nos a entender, de forma mais clara, a relevância do dever de fundamentar as decisões judiciais à luz dos princípios estruturantes da Lei Maior.

No âmbito constitucional, sem sobra de dúvidas, a motivação das decisões é forma de controle popular sobre o exercício do poder que atende à garantia da segurança jurídica.

Diante disso, tem-se o convencimento do juiz como algo livre, mas não arbitrário, uma vez condicionado à fundamentação e apenas poder se embasar em fatos e circunstâncias do processo (Humberto Theodoro, 2009).

Inclusive, é o que destaca o artigo 371 do Código de Processo Civil:

Art. 371 - O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Motivar uma decisão é demonstrar a contento que sua convicção é razoável, com motivos aceitos pelo ordenamento, exprimir ordenadamente e com clareza as razões jurídicas válidas prontas para justificá-las.

Nas palavras de Michele Taruffo, é preciso compreender que o direito não é concebido como pronto e acabado, algo autônomo, destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua, neste sentido:

O problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por direito e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos números aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito (TARUFFO, 2001, p. 9)

Para Jerzy Wroblewski (apud TARUFFO, 2001), a decisão judiciária só poderá ser aceita como válida e justa quando resultar de um raciocínio em consonância com as normas de direito e segundo critérios de racionalidade cognoscitiva, argumentação, objetividade, imparcialidade e de justificação das escolhas do juiz.

Em mesmo sentido, é o que destaca Candido Rangel Dinamarco (1988, p. 115):

[...] *distinguir* que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade axiológica, “porque o juiz é membro da

sociedade em que vive e participar de seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo

Não se pode perder de vista que o excesso de discricionariedade presente na motivação das decisões se traduz em arbitrariedades, que é justamente o que se busca combater.

Diante disto, há que se investigar como o princípio da motivação pode evitar os decisionismos e arbitrariedades, incompatíveis com os reais objetivos de um Estado Democrático de Direito.

2 A SENTENÇA SABER X PODER - IMUNIZAÇÃO

A sentença judicial deve observar os requisitos e condições indispensáveis pré-estabelecidos no artigo 458 do Código de Processo Civil e inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, de modo a permitir que a promoção da justiça se concretize.

Atemática, no entanto, não é das mais simples. Neste sentido, ao estudar a natureza da decisão STRECK (2014. p. 182) aponta para um paradoxo:

Se achar que a decisão é um ato de vontade de poder, então não deveríamos apostar no Direito. Deveríamos apostar na Política, na sociologia, nas estratégias, na guerra, em qualquer coisa. Ora, o Direito foi feito justamente para se opor e controlar o poder, a política etc. Se ele for um instrumento de poder, pessoal ou coletivo, ele não é Direito. Ele é arbítrio. E arbítrio é o contrário de Direito. Por isso, ser jurista é ser otimista (STRECK, 2014. p. 182).

Destarte, a sentença pode ser concebida enquanto manifestação do poder decisório do juiz, envolvendo aspectos do positivismo e moralismo jurídicos. Isso porque, a teoria positivista, encabeçada por Hart, acredita na legitimidade da sentença como resultado de sua determinação pela estrutura do ordenamento, enquanto que a teoria moralista, representada por Dworkin, sustenta a inclusão dos princípios e valores morais no sentido amplo do processo decisório, de modo a impedir os solopismos.

Nestes termos, para Dworkin, a aplicação “fria” da lei, com enquadramento do fato a norma, defendida por Hart, não garantiria a legitimidade da sentença, sendo necessária a inclusão da ponderação dos princípios jurídicos, de modo a reduzir a discricionariedade dos juízes.

Inobstante, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Carnelutti e Quiovenda também se dedicaram à delimitação da natureza da sentença.

Para Carnelutti (apud COUTINHO, 2004, p. 794), a sentença é o instituto que resolve a controvérsia. Adotada a teoria do movimento estatal, para ser

sentença bastava ser um provimento estatal que resolvesse a controvérsia, sob o aspecto da lide. Quiovenda, por sua vez, compreendia a sentença como ato do juiz que garantiria a aplicação da lei ao caso concreto.

Com a evolução do processo e seus institutos, o conceito de sentença sofreu alterações. Mormente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Para MARINONI (p. 57, 2005), a sentença se caracteriza pela efetividade do direito que adjudica. Assim, não bastaria a entrega da prestação jurisdicional, com a mera adjudicação do direito postulado, porquanto incompleta. A entrega completa, está condicionada à própria efetivação do direito por meio da adjudicação. Deste modo, a importância de uma decisão judicial ultrapassa a obtenção simplória do direito pela parte, correspondendo em maior medida à realização e satisfação material do direito objeto da adjudicação, concepção que esbarra no próprio conceito de jurisdição.

Para além, a palavra sentença deriva do latim *sentire*, entendido como “sentir”. Por isso, AURY LOPES JR (2006, p.266) destaca que “não existe racionalidade sem sentimento, emoção, daí a importância da subjetividade e de todo *sentire* no ato decisório”.

Ademais, é na sentença que se consolida o julgar do juiz, o cotejamento do fato posto em juízo com a realidade social, interligando o Direito às ciências outras, nestes termos:

O desvendamento ideológico de uma visão tradicional e os novos postulados de uma visão atenta à atualidade do Direito frente ao mundo vão influenciar o juiz e seu julgamento tanto na sua relação com a estrutura (Estão, lei, jurisprudência) como na própria atividade julgadora pessoal (agora totalizante), projetando uma decisão juridicamente criativa para o fato concreto (PORTANOVA, 2000, p. 122).

Ao sentenciar, o juiz não deve se ater à lei, dogmatismos e formalismos (SANTOS, 1985, p. 11). A aplicação da norma pelo juiz impõe conhecimento multidisciplinar, envolvendo aspectos sociais, políticos e econômicos, de modo a permitir reflexão sobre o justo no caso concreto.

Para José Puig Brutau (apud PORTANOVA, 2000, p.131) não se pode confundir o que as coisas são com o que deveriam ser:

Apesar das posições em contrário, os juízes criam. Isto pode não ser o mais conveniente, mas é o que efetivamente acontece. É importante afirmar esta realidade que se impõe e é preciso contar com ela, e fazer isto precisamente para dominá-la. Ou seja, reconhecer o poder criador do juiz não é confundir com o conformismo.

Pelo contrário, “deve ser estímulo para de alguma forma reduzir a margem de arbítrio que se concede ao julgador”. (BRUTAU, 1977, p.8)

Destarte, a realidade criativa dos juízes tratada por Puig, evidencia a necessidade de se fortalecer os mecanismos inibitórios do fenômeno dos “super juízes”, evitando decisões antidemocráticas que violam a separação dos poderes, segurança jurídica e paz social.

A obra “O que é Isto – decido conforme minha consciência?”, de Lenio Luiz Streck, por seu turno, investiga na prática o fenômeno, cada vez mais presente, ao analisar fragmentos de sentenças.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no AgReg em REsp nº 279.889/AL, julgado em 03 de março de 2001, levanta questionamento acerca da desvalorização da doutrina enquanto fonte do direito:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Pelo voto do magistrado, teria a doutrina perdido seu valor?. É o que discute STRECK (2013, p. 25):

[...] o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinarem sim. Esse é o seu papel. (...) a posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento em comento apenas explicita aquilo que está na raiz do problema, que é, necessariamente, paradigmático. Veja-se, mais uma vez o modo como a linguagem desnuda de elementos estruturantes, denunciando o “lugar da fala” do interlocutor.

Na mesma linha, o discurso do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, realizado em janeiro de 2003, na posse de novos Juízes no Rio de Janeiro, “Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei”, revela o processo como instrumento que o Estado entrega ao Juiz para aplicar a lei ao caso concreto.

Ainda, Lenio Streck chama atenção para os pronunciamentos do Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Costa Leite:

[...] o juiz não se subordina a ninguém, senão à Lei e à sua consciência, em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las com sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados” (STRECK, 2013, p. 26).

Do ponto de vista de STRECK (2013), o juiz não estaria subordinado a nada, a não ser ao “tribunal de sua razão”, e o resultado do processo dependerá daquilo que sua consciência indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, filtrados pelo devido processo legal, mas pelo critério inquisitivo do julgador. É justamente, neste contexto, que se situam questões como às da coerência e integridade do direito, estando cada decisão adstrita à consciência do julgador.

Ato contínuo, o individualismo/ subjetivismo do juiz é explicitado em decisão do Superior Tribunal do Trabalho, trazida pelo autor:

[...] a sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio ‘causa de pedir/pedido’, inexistente omissão (STRECK, 2013, p. 28).

Igualmente, tem-se a sentença da 1ª Câmara Cível do TJRJ de 11/04/1995, processo nº 1995.0001.00763:

[...] A judicatura não sobrevive como instituição permanente da sociedade apenas com o saber, com a técnica, com a excelência do conhecimento teórico. Todos esses ingredientes não são suficientes para um juiz. De nada adianta conhecer a doutrina, as leis, a jurisprudência,

se, dotado de qualidades intelectuais excepcionais, não tiver honestidade, vida ilibada, reputação imaculada, não somente perante os destinatários do seu ofício, mas igualmente, perante seus pares. Antes de ser poesia, a alma limpa de um Juiz, a alteridade que impõe a toga que veste, a reclusão da sua consciência para decidir longe das pressões de toda sorte [...].

Destarte, evidente que a sentença reflete características pessoais do juiz, tais como, personalidade, temperamento e experiências de vida. Daí a necessidade da ponderação, sopesando fins e meios através do processo de motivação, com utilização de princípios enquanto norte de toda a sistemática.

Certamente a cautela com o manejo dos princípios se faz essencial, atentando-se o magistrado às peculiaridades de cada caso concreto. Inobstante, normalmente, ao se utilizar o princípio da ponderação, aplica-se diretamente a proporcionalidade, o que deveria ser princípio acaba transformando-se em regra pelo uso inadequado.

Como o objetivo específico do presente reside em demonstrar como o Princípio da Motivação seria capaz de imunizar uma decisão judicial, o breve recorte acerca dos institutos do sopesamento e proporcionalidade, fez-se necessário antes de se adentrar na questão da motivação, cerne objeto de investigação.

A motivação das sentenças judiciais delimita os poderes do magistrado, impondo-lhe apropriada aplicação do princípio da legalidade, quer dizer, impõe ao juiz um agir conforme a norma e direcionado à proteção dos direitos fundamentais. Desta maneira, o jurisdicionado se encontra na posição de tutelado do Estado, resguardada a garantida de que compreenda as razões que formaram a convicção do juiz enquanto julgador de seu caso.

Além disso, demonstra o recurso do raciocínio do juiz para alcançar a resolução do caso, de tal modo que eventual erro será facilmente verificado pelo conteúdo da motivação, permitindo a impugnação da decisão.

A consequência natural deste processo é que as decisões proferidas precisam ser conhecidas, divulgadas, no sentido de permitir às partes envolvidas no conflito o conhecimento e análise adequada da decisão, inclusive, podendo dela discordar.

Nesse sentido, o art. 93, inciso IX, da CF, prevê que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, conferindo sentido à própria motivação da decisão.

Destarte, ao possibilitar o conhecimento dos motivos que levaram o juiz a proferir determinada sentença, a publicização da fundamentação confere efetividade à Constituição no que diz respeito à fiscalização dos atos jurisdicionais pela população, tornado fundamental a observância dos requisitos da sentença.

Pode-se dizer, então, que a motivação da sentença judicial equivale à resposta ao anseio social pela efetivação do Estado Democrático de Direito.

Malgrado, o princípio da motivação das sentenças deve ser analisado sob à ótica dos princípios constitucionais e do, conseqüente, exercício da cidadania. Isto porque, o processo civil moderno vive sob a égide de um novo paradigma, impondo uma investigação atualizada de seus institutos.

A motivação das decisões judiciais possui grande relevância social, tendo em vista que não apenas serve às partes envolvidas no processo, mas diz respeito à voz que emana de toda a sociedade e se submete ao juízo do povo.

Ao dar publicidade, os papéis sociais se invertem e o povo é quem passa a julgar. A transparência é a mais eficaz ferramenta para a prática da democracia e cidadania, permitindo à sociedade que faça controle de seu próprio direito.

3 HERMENÊUTICA E O RACIONALISMO

Antes de se adentrar no mérito da racionalidade jurídica, traz-se algumas considerações da Hermenêutica na Ciência Jurídica.

Com o surgimento do Código Napoleônico a dogmática jurídica se estabeleceu, utilizado o método sistemático do racionalismo moderno.

Foi do direito romano a herança da razão escrita, cuja capacidade de abstração e generalização de expectativas apresenta razão universal. A ideia de uma regulação abstrata, por seu turno, permitiu ao direito assumir a forma de um programa decisório, com as condições para uma decisão correta previamente formuladas.

Do racionalismo, emergiu o fenômeno da dessacralização do direito, do rompimento com a tradição medieval, exigindo-se mais da ciência jurídica, que passou a ter que abranger institutos das ciências naturais. Norberto Bobbio sintetiza bem esse momento em sua obra:

Com efeito, nos marcos específicos do direito penal (e processual) esse processo desemboca na construção teórica de Beccaria, modelo mais representativo da proposta de ciência penal liberal. Erguida sob os pressupostos contratualistas, esta obra estabelece os contornos essenciais para a racionalização da punição estatal e o rompimento definitivo com as práticas aflitivas existentes no Ancien Regime. Além do princípio da “estrita legalidade” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), o marquês advoga ainda a proporcionalidade e humanização das penas, além de um elemento central para a questão da segurança e da certeza para o direito penal, ao postular, no lastro de Montesquieu, a teoria do silogismo”. Segundo esta “o juiz ao aplicar as leis deve fazer como aquele que deduz a conclusão de um silogismo. Assim fazendo ele não cria nada de novo, apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior. (BOBBIO, 1995, p. 37)

Segundo Luis Alberto Warrat (apud STRECK, 2012), as tendências racionalistas giram em torno de alguns postulados e mistificações que delimitam e determinam um campo de significados, impondo a aceitabilidade do real. Essas crenças imaginárias, designadas de senso comum teórico dos juristas, projetam-se com condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do direito.

Ainda, com Warrat (apud STRECK, 2012), a racionalização aparece de várias formas, englobando a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito. Neste sentido, Lenio Luiz Streck (2012, p. 129):

É possível afirmar que a realidade do cotidiano dos juristas – a sua relação com a lei e o Direito e destes com a sociedade no qual ele, jurista, está inserido – por si só não é significativa. Porém, ela se apresenta dessa maneira graças ao sentido comum teórico no ato de conhecer. O que determina a significação dessa realidade é uma espécie de “ascensão da insignificância (Castoriadis), que consubstancia toda a faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra índole ou espécie. Por isso, não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse corpus denominado de sentido comum teórico do saber jurídico.

Com o giro ontológico-linguístico, que situou o ser humano na posição de ser do mundo que é, inserido em um ambiente de significância capaz de determinar o sentido, passou-se a perceber que o “jurista não fabrica o seu objeto de conhecimento. A compreensão, pela sua presença antecipada, é algo que não dominamos. O sentido não está à nossa disposição! Por isso é que – não interpretamos para compreender, e sim compreendemos para interpretar” (STRECK, 2013, p. 26).

Cuida-se, então, de uma questão de compreensão e aplicação. A interpretação é a explicitação do compreendido, conforme explica a hermenêutica gandameriana.

Com isso, tem-se que a hermenêutica, consubstanciada no princípio da motivação, age como cápsula protetora contra decisionismos e interpretações arbitrárias.

Ademais, muitas são as teorias que tentam explicar o caminho para a interpretação. Dentre elas, há quem vislumbre a consciência, ou convicção pessoal, como norte para fundamentação da sentença. Nestes termos, destaca STRECK (2013, p. 33):

a) Interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como sentire”, b) interpretação como fruto da subjetividade judicial: c) interpretação com produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntário do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporcionam uma “abertura se sentindo” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. (STRECK, 2013, p. 33)

Segundo o autor, o modo de decidir não guarda relação com o sujeito da modernidade. Neste sentido, destaca PORTANOVA (apud STRECK, 2001, p. 45):

É difícil acreditar em algo que possa restringir a liberdade do juiz de decidir como quiser. “É preciso reconhecer realisticamente: nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador” E complementa: “Depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor”. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la.

Para Nelson Camatta Moreira (MOREIRA, 1988, p. 83), necessário encarar o fenômeno da interpretação da lei sem negar o plano pragmático da linguagem, isto é, sem desprezar a relação dos signos com seus usuários pela atribuição de sentido, advertindo:

“[...] apenas uma racionalidade jurídica abstrata, formalista, sistemática, neutra, objetiva e precisa poderá garantir a padronização das soluções conflitivas e a generalização de expectativas, permitindo ao direito assumir a forma de um programa decisório em que são formuladas as condições para uma decisão correta. Só assim a sociedade de mercado nascente e, mais tarde, consolidada, ergueria a institucionalidade normativa viabilizadora de sua conservação e reprodução

De acordo com Rui Portanova (2000, p. 15), inúmeras são as motivações sentencias, uma vez que “todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual”. Neste sentido, destaca CAPPELLETTI (1981, p. 17):

São motivações pessoais: interferências (psicológicas, sociais, culturais), personalidade, preparação jurídica, valores, sentimento de justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos, intelectualização (...) simpatia ou empatia (...) interesse ou desinteresse por uma questão de argumento, inclinação para uma interpretação rígida ou flexível, afetos, ódios, rancores, convicções, convicções, fanatismos, paixões, contidas ou não, predileções. Em suma, neste plano das motivações englobam-se “todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível que é o espírito humano, refletidas com ou sem véu nas frias expressões dos repertórios de jurisprudência.

Já, Luigi Ferrajoli, sublinha que a interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria norma, relativamente ao dever e responsabilidade de escolher somente significados compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.

Diante disto, tem-se que a sentença é a expressão da linguagem do juiz à sociedade, da interpretação por ele feita das leis aos fatos.

O pensamento atual é orientado pelo estudo da linguagem, ferramenta para acesso à compreensão, sem a qual este sequer tem razão de existir, nestes termos:

A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e os seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica. Como o compreender só é possível pela linguagem. Por isto vai dizer, mais tarde, na Carta sobre o Humanismo, que a linguagem é a casa (morada) do ser e que nela mora o homem, que é curador do ser. Aliás, como bem complementa Oliveira, “se a linguagem é a casa do ser, então ela é a nossa morada, porque somos ser-no-mundo; nossa compreensão do mundo é, sempre, linguisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós” (STRECK, 2003, p. 79).

A hermenêutica filosófica realça a influência das pré-compreensões, visões de mundo, valores e crenças do intérprete nos processos de atribuição de sentido e significado às normas. Com ela, tem-se a ruptura do esquema sujeito-objeto, com superação da epistemologia pela fenomenologia hermenêutica.

Em síntese, para a hermenêutica não há lógica procurar determinar de maneira abstrata o sentido das palavras e dos conceitos. É preciso se colocar no plano concreto daquele que compreende, o ser humano, para que o compreendido possa ser devidamente explicitado (STRECK, 2006, p. 79).

Em um Estado Democrático, o constitucionalismo é incompatível com posturas discricionárias decisionistas, assentadas em subjetividade assujeitadoras e em axiologismos que em nada tem a ver com os preceitos de uma democracia:

[...] a discricionariedade delegado ao intérprete-juiz é responsável pela crise de efetividade do direito. Nesse sentido é que, a pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricas acaba reforçando essa discricionariedade hermenêutica, colocando na “inventividade” do sujeito cognoscente o *locus* do processo interpretativo. Isso dá azo a que se decida em qualquer direção, uma vez que, sob a máscara de pretenderem constituir discursos críticos, as posturas assentadas em subjetivismos desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente (STRECK, 2006, p. 118).

Evidenciada a existência de uma pré-compreensão dos elementos, e considerando não haver regramento para esse fenômeno, caberá ao intérprete evitar que a compreensão entre em contato com os sentidos. Deste modo, qualquer sentido atribuído arbitrariamente será resultado de uma racionalidade meramente procedimental.

Ademais, não se pode confundir justificção com discricionariedade, pois o juiz ao julgar tem como pressupostos a norma jurídica e o fato jurídico, e com a correspondência entre eles terá condição de decidir, para isso, não poderá deixar de fundamentar sua sentença, revelando os motivos que levaram a considerar as circunstâncias de fato e de direito. Nesse sentido, assevera Moacyr Amaral Santos (1986, p. 407):

Esta é o ato e vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes, como também a opinião pública. Portanto, aquelas e está precisam conhecer os motivos da decisão, sem os quais não terão elementos para convencer-se do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redunde de exigência de ordem pública.

A fundamentação afasta o arbítrio e interferências estranhas às decisões, possibilitando o controle da função jurisdicional. Se assim não fosse, do juiz seria feito legislador, conforme adverte BOBBIO (1994, p. 137) remetendo às lições de Montesquieu acerca da teoria dos poderes:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulgasse leis tirânicas, para aplica-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houve tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário de unisse com o executivo o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos (BOBBIO, 1994, p. 137).

Desta forma, o juiz está impossibilitado de criar ou modificar regras de procedimento, quando acreditar serem ineficazes. Uma vez atuar em nome da lei, ao decidir, deverá justificar sua sentença de maneira racional, indicando como chegou à determinada conclusão.

À luz do Estado Democrático de Direito, do juiz não se exige que explique àquilo que o convenceu, mas os motivos de sua compreensão, oferecendo justificação (fundamentação) quanto à sua interpretação, de modo a demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso, mais adequada à Constituição ou, em termos *dworkinianos*, correta, em um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política. Quem não consegue superar seus pré-juízos acaba produzindo um grave prejuízo ao Direito. Conforme enuncia Dworkin (2002): “não importa o que os juízes pensam sobre o Direito, mas, sim, o ajuste (fit) e a justificação (justification) da interpretação que eles ofereceram das práticas”.

Como um agente político do Estado, o juiz possui responsabilidade política, por isso sua subjetividade deve dar lugar à intersubjetividade estabelecida pela construção contínua do Direito.

À vista disso, Theodor Viehweg apresenta o modo típico de racionalizar, extremamente relevante para o presente estudo, uma vez refletir a concretização dos valores jurídicos positivos no processo decisional.

Viehweg propõe a reunião de temas investigados por filósofos da antiguidade com o objetivo de desenvolver uma argumentação jurídica apta a penetrar a cientificidade das faculdades inerentes ao estudo do homem. Destacam-se na obra de Theodor Viehweg, “Tópica e Jurisprudência”, Gian Battista Vico, Aristóteles e Marco Túlio Cícero.

A tópica tem por base premissas que se presumem verdadeiras, partindo de opiniões reconhecidas pela sociedade, os chamados topois, pontos de partida plenamente aceitáveis.

Nas palavras de Rui Portanova, os *topoi* são “diretrizes com valor cambiante segundo as determinações da prática”, para ele, raciocinar em Direito, ou aplica-lo, é operar com estes princípios ao redor dos quais se ordena todo o particularismo das normas (PORTANOVA, 2000, p 97).

Neste sentido, Paulo Bonavides (2004) assevera que a tópica foi responsável pela renovação na concepção contemporânea da hermenêutica, “a decadência do positivismo racionalista tornou inevitável o ressurgimento do pensamento por *topoi*, afastando a clássica da interpretação objetiva.

De fato, a tópica jurídica influenciou o modo de decidir dos juízes e o uso de *topoi* vem se mostrando mecanismo adequado a satisfazer socialmente o ideal de justiça.

A sociedade espera do juiz que sua sentença seja, senão justa, ao menos, definitiva e certa, mantendo, assim, a soberania da lei e da ordem. Neste sentido, POLONI (2003, p. 3):

Não há parâmetros para estabelecer o desenvolvimento intelectual na formação de qualquer espécie de convencimento, quando o que se discute refere-se às relações humanas. E interagindo o direito sobre tais relações, não pode a lógica formal ser o indicador do sentido de tal operação de raciocínio lógico. Por certo o raciocínio intelectual, formador do livre convencimento do juiz é lógico, pois dele decorrerá, inexoravelmente, a conclusão, sob pena de nulidade da sentença.

Neste sentido, o uso dos *topoi* faz-se extremamente relevante e necessário à satisfação dos anseios da sociedade nos tempos atuais. Conforme adverte BEVILÁGUA (1909, p. 134), ao tratar da racionalização: “na interpretação da lei deve atender-se antes de tudo ao que é razoável, depois às consequências sistemático e, finalmente, ao desenvolvimento histórico da civilização”.

Ato contínuo, a racionalização se dá pela interpretação, que decorre da compreensão do sentido do texto, diretamente relacionada com a interação entre o intérprete e o texto, bem como estruturada pela circularidade que faz com que o intérprete se aproxime e afaste-se do texto quantas vezes forem necessárias para vir à tona a compreensão. Neste sentido, Francisco Cardozo de Oliveira (2006, p. 65), afirma que:

O intérprete que participa da estrutura circular da compreensão não se reconhece, desde logo, sujeito portador de uma racionalidade que não está situada no mundo e na estrutura mesmo do compreender. Ele é ser que integra a totalidade do mundo da compreensão e que, portanto, já antecipa uma pré-compreensão que lhe permite inserir, pela interpretação, na situação particular

do compreender. (...) a pré-compreensão é o resultado do processo de aprendizagem e da experiência que, todavia, não se restringe ao aspecto profissional, mas à experiência do ser enquanto ser-no-mundo.

De outra banda, Heidegger chama à atenção para que não se confunda a pré-compreensão com o preconceito. Àquela tem que ser entendida como possibilidade de abrir-se para o outro.

Em harmonia com esse pensamento, o professor Henrique da Silva Seixas Meireles confirma que:

A ideia de pré-compreensão não está apta à evidência do significado histórico e político da razão jurídica, no processo de interpretação e de aplicação do Direito. A estrutura da pré-compreensão e produtora do referente do juízo jurisdicional, é ela própria sobre determinada pelo sistema jurídico e, neste sistema, pela vertente dogmática, e não pela componente problemática (MEIRELES, 1990, p. 473).

Nessa linha de raciocínio, Karl Larenz (1997, p. 243) ensina:

A imagem do círculo não será adequada na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então tratar-se-ia de uma tautologia -, mas de que eleva a um novo estágio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceita em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexos do sentido do texto, tal como este se vem a revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que retificar a sua suposição inicial; se os possíveis (aquí imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este retifica então a sua conjectura. O processo de olhar para frente e para frente e para trás pode ter que repetirem-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global – por exemplo, uma só frase ou parágrafo. Mesmo no caso em que se confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou ideia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido tem o caráter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida.

Ademais, na obra Verdade e Consenso de Streck, o autor adverte que mais que fundamentar uma decisão é necessário justificá-la, veja-se:

Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside à questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente à promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgaste das promessas da modernidade, etc.), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo morar atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo (2006, p. 282).

Neste contexto, tem-se que a compreensão antecede qualquer argumentação e, ao contrário do que se possa pensar, que o juiz primeiro decide e depois fundamenta, na prática, ele só decide, porque primeiro na antecipação de sentido vem o fundamento.

Dito isto, passa-se a análise do senso comum, dado o grande papel que possui na motivação das decisões.

3.1 A IMPORTÂNCIA DO SENSO COMUM NO RACIOCÍNIO JUDICIAL

Apesar de o senso comum possui diversos sentidos e correntes, o presente estudo irá se ater na sua compreensão enquanto elemento que se situa em todo o raciocínio do juiz. Nestes termos, traz-se o conceito de Michele Taruffo (2001, p. 11):

[...] senso comum em acepção ampla e abrangente, capaz de incluir inclusive: a) as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado, ou seja, aquelas categorias fundamentais que Michel Foucault Dedignou com o nome episteme; b) um conjunto de certo modo intermediário de noções mais específicas e contingentes, que no entanto habitualmente se exprimem na forma de máximas o regras consideradas produzidas pela experiência e referentes tanto ao uso da linguagem – estruturas linguísticas de uso corrente e significados consolidados – quando à percepção e interpretação da realidade segundo esquemas ou modelos de situações ou de sucessões de eventos que a experiência

comum faz considerar tópicos de determinadas situações; c) finalmente—e esse é evidentemente o plano mais superficial—dados isolados do conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural reputado próprio ao protótipo do homem médio em certo lugar e contexto social, assim como em dado momento histórico.

Para o autor é preciso conscientizar-se do fato de que o raciocínio do juiz, inevitavelmente, está imerso no senso comum, inafastável do direito.

Neste segmento, Taruffo (2001) adverte para o erro substancial de perspectiva de se extrair o raciocínio do juiz do contexto do “senso comum”, por encará-lo como um esquema lógico. Em uma definição utilizada por ele, o senso comum seria um conjunto de informações socialmente produzidas, que inclui elementos descritivos e valorativos comumente havidos por válidos e confiáveis em um determinado contexto social.

Para Cândido Rangel Dinamarco (apud TARUFFO, 2001, p. 18), o senso comum é histórico e localmente variável, bem como epistemicamente dúbio e incontrolável. Consiste em um conjunto de conhecimentos, critérios de julgamento de raciocínio e interpretação, gerais, ou preponderantemente compartilhados em dado ambiente social, ou em certo momento histórico, podendo ter caracteres intrínsecos de variabilidade, incoerência e indeterminação:

Além disso, como de resto acontece com qualquer pessoa, o juiz retira do senso comum informações que provêm de outras pessoas, sem ter qualquer controle sobre sua formação, qualidade e confiabilidade. Não é por acaso que existem inúmeros exemplos de convicções difusas que mis cedo ou mais tarde revelam-se falsas ou moralmente inaceitáveis. Além do mais, provavelmente ninguém poderia estabelecer com precisão o que pertence e o que não pertence ao senso comum em determinado lugar e comento, e muito menos seria possível redigir uma lista clara coerente e completa dos componentes deste.

À vista disso, o senso comum permeia todo o âmbito da interpretação e aplicação das normas que constituem o fundamento jurídico da decisão.

Segundo Michele Taruffo (2001), basta considerar que é ele quem fornece material semântico e *standards* de individualização de sentido das normas, não apenas quando expressas por meio da linguagem ordinária, mas quando integralmente formuladas em linguagem técnico-jurídica, além do fato de que a distinção entre linguagem comum e jurídica costuma ser vaga e indeterminável, por isso, variável e contingente.

O exemplo mais claro que se tem consiste no preenchimento, ou concretização, de cláusulas gerais do direito pelo magistrado, tais como, boa-

fé, normal prudência e gravidade do dano. O recurso ao senso comum também se dá quando da interpretação de normas formuladas de modo relativamente mais específico.

Imperioso observar que, muitas vezes, o senso comum representa o ponto de partida para a compreensão, por meio da qual, segundo a hermenêutica, dá-se início a interpretação.

Nesse sentido, poder-se concluir que senso comum equivale substancialmente ao que constitui a tradição na teoria de Gadamer, isto é, ao conjunto de noções, conhecimentos, lugares-comuns, componente ou condutas culturais que integram o substrato ou fundamento inicial do intérprete no momento em que se coloca à frente do texto para interpretar, neste sentido:

A hermenêutica da interpretação pode ser ou deixar de ser acatada em todos seus aspectos e pressupostos filosóficos, mas parecem inegável que ela põs em especial evidência precisamente aqueles aspectos do raciocínio judicial que eram indevidamente negligenciados pelas teorias puramente lógicas da decisão judiciária e que, no entanto, se relacionam com as premissas culturais e cognoscitivas do raciocínio interpretativo. Mas especificamente, ela põs em relevo a complexidade e heterogeneidade do raciocínio do juiz, a impossibilidade de reduzi-lo a esquemas dedutivos elementares e o papel essencial que nesse raciocínio cabe à cultura de base ou de fundo de que o juiz necessariamente se serve (TARUFFO, 2001, p. 3).

Para Taruffo, o senso comum também se faz presente na parte do raciocínio judicial relacionada ao reconhecimento dos fatos. Embora se trate, segundo a orientação teórica que parece mais louvável, de uma atividade essencialmente cognitiva mediante a qual o juiz formula, com base nas provas, juízos de verdade ou de falsidade sobre enunciados relativos aos fatos relevantes da causa, é evidente que importantes passagens desta atividade se fundam no senso comum.

Lenio Streck (2014, p. 196) faz crítica ao perigo do senso comum, quando se passa a acreditar ceticamente que “cada um tem sua opinião sobre o mundo”, sua verdade, tudo é relativo e inexistem verdades.

Quando o juiz aprecia a credibilidade de um meio de prova, como, por exemplo, verificar se determinada testemunha disse ou não a verdade, precisa empregar técnicas estabelecidas e regidas pelo direito, que dizem respeito essencialmente à metodologia da assunção da prova e de controle das declarações da testemunha. Para avaliar a credibilidade da testemunha, todavia, deve levar em consideração critérios de valoração do comportamento testemunhal colhidos mais no senso comum do que em normas jurídicas.

Para Taruffo, esse discurso é válido para a avaliação que o juiz deve fazer quanto à confiabilidade da prova como demonstração da verdade ou

falsidade de um enunciado fático, sendo assim:

Como já está quase completamente superado o sistema da prova legal, em que a valoração da prova era feita preponderantemente mediante a aplicação de complicados sistemas de regras jurídicas (ainda que de origem doutrinária ou jurisprudencial), os sistemas modernos apoiam-se essencialmente, como é do conhecimento geral, na discricionariedade do juiz (TARUFFO, 2001, p. 14).

Assim, em síntese, cabe ao juiz estabelecer a discricionariedade em cada caso concreto, sendo necessário, portanto, saber sobre qual base e quais critérios a exercerá, conforme explica TARUFFO (2001, p. 40):

As exigências de racionalidade, controlabilidade e justificação do raciocínio do juiz, que constituíram o Leitmotiv das reflexões até aqui realizadas, na realidade não ficam perdidas ou marginalizadas nesse quadro cambiante e incerto que reproduz infinitos aspectos da cultura atual. Simplesmente, não se pode pensar que tais exigências possam ser satisfeitas de modo simples, mediante experiência comum. Ao contrário, elas devem ser recuperadas e satisfeitas na praxe judiciária em plano de maior e mais sofisticadas consciência da complexidade e da articulação cultural dos problemas que o juiz deve enfrentar se quiser dar bases aceitáveis ao seu raciocínio. É claro que os instrumentos de que ele deve servir-se para realizar raciocínios racionais, controláveis e justificados são hoje mais complexos e difíceis de manejar do que eram considerados no passado: a moderna lógica da argumentação não é mais aquela aprendida durante os estudos colegiais de filosofia e a ciência é hoje infinitamente mais ampla e sofisticada, a experiência comum não existe mais e a noção de senso comum é hoje tão vaga, incerta e indefinida quanto se possa imaginar (TARUFFO, 2001 p. 40).

Deste modo, os critérios e bases não teriam por origem o mundo das normas, mas o do senso comum. Conforme esclarece TARUFFO, é partindo dos conhecimentos comuns que por indução induz-se à formulação de um juízo de verdade sobre o enunciado referente ao *factum probandum*, confira:

[...] poder-se-ia talvez individualizar alguma analogia não desprezível entre as noções fornecidas pelo senso comum

e os *background knowledges*, que Karl Popper coloca à base, ou o pano-de-fundo, dos conhecimentos científicos, malgrado as óbvias diferenças existentes entre os fundamentos das teorias científicas e as bases cognitivas das ilações formuladas pelo juiz (TARUFFO, 2001, p. 16).

Ato contínuo, TARUFFO (2002, p. 36) preceitua que observações e proposições análogas às que valem no contexto do raciocínio decisório são igualmente válidas quando se faz referência ao raciocínio justificativo a ser formulado pelo juiz para motivar sua decisão:

Aqui não interessa discutir se é ou não procedente a distinção entre raciocínio decisório e raciocínio justificativo (na qual acredito), nem se a motivação da sentença é ou não um puro e simples exercício retórico, ou uma auto apologia do juiz – ou seja, como parece correto, um instrumento essencial de controle externo sobre o modo pelo qual o juiz exerceu seus poderes, em homenagem ao princípio da legalidade. O ponto a salientar é que, embora óbvio que o raciocínio justificativo tem uma estrutura lógica construída segundo cânones de coerência e inteireza – sabidos que de outra maneira a sentença não estaria válida e suficientemente motivada – seria impróprio reduzir a justificação da decisão a uma demonstração ou dedução fundada exclusivamente em conexões lógicas.

Com isso, a justificação da decisão judiciária não pode ser reduzida a uma sequência de passagens formais e muito menos a uma simples concatenação de silogismos, porque o raciocínio justificativo é de algum modo mais complexo, rico, flexível e aberto ao emprego de elementos persuasivos, do topoi da ciência jurídica e dos precedentes judiciários, além das noções do senso comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens.

Seria paradoxal sustentar que a motivação da sentença cumpre sua função justificativa não só por ter uma estrutura lógica que viabiliza um controle de validade da decisão judiciária como também porque o recurso a dados e argumentos metajurídicos permite colocar a decisão no contexto do senso comum.

Em assim sendo, a coerência contextual da decisão deve ser entendida à luz do contexto do direito e, também, do senso comum, principalmente, ao se levar em conta a justificação externa da decisão, a parte do discurso justificativo em que o juiz explicita o fundamento da escolha das premissas as quais deram origem a decisão final.

CONCLUSÃO

Para que uma sentença esteja devidamente fundamentada é imprescindível que o juiz saia do mundo jurídico e busque critérios extra, ou metajurídicos, o que inclui confiabilidade, racionalidade, controlabilidade e justificação.

Lenio Streck (2012) explica que para dar uma roupagem a sua decisão, o julgador não se limita a realizar silogismos demonstrativos por meio da mera subsunção de um fato a norma. A exposição dos fundamentos de fato e de direito que compõem a decisão implica valoração (atribuição de sentido) tanto da prova quanto das categorias discursivas que compõem o seu horizonte gnosiológico (doutrina, jurisprudência, crenças, preconceitos, sentido comum teórico).

A motivação da decisão não se restringe ao enquadramento lógico dedutivo, mas é trabalho constante de hermenêutica.

Nesse sentido, Antônio Fernandes Scarance (apud FERRAJOLI, 2006) destaca que o magistrado tem o dever de motivar a sua decisão de modo racional e confiável para a sociedade, a fim de atribuir legitimidade democrática, podendo-se afirmar que a motivação, além do seu valor endoprocessual de garantia de defesa, possui valor extraprocessual de garantia de publicidade, o que lhe dá legitimação jurídica.

Ademais, a motivação com justificação convincente dos motivos dos quais se utilizou para proferir determinada decisão conferem imunização ao discurso jurisdicional contra possíveis críticas.

O juiz não pode se pautar apenas na legalidade para fundamentar sua decisão, precisa justificá-la de forma também axiológica, o que envolve valores internalizados pelo meio social em que vive, partindo da premissa de que em sua condição de homem os possui.

O fato é que os valores incrustados na significação de base legal podem estar em desarmonia com os valores contextuais da sociedade, dando lugar ao binômio legalidade-equidade.

Acertadamente, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001), em sua obra o papel do novo juiz, adverte que o juiz deve abandonar a neutralidade e assumir uma postura ideológica, o que significaria: deixar cair a máscara da hipocrisia dos discursos neutrais, herança do positivismo, que distancia a ciência jurídica da realidade social.

Para Michele Taruffo (2001), por intermédio do raciocínio, o juiz da atualidade filtra uma série de problemas jurídicos e não jurídicos que acometem a sociedade, tendo por responsabilidade fazer com que o seu silogismo seja conduzido por métodos racionais apoiados em noções controláveis tidas como aceitas pela sociedade.

A Motivação surge como norte da razão do juiz, fazendo dele intérprete ativo da cultura, consciência social, princípios e valores de seu tempo.

Como um verdadeiro intérprete, o magistrado do futuro deve se conscientizar da fragmentação e variedade das coordenadas cognoscitiva e valorativa

que dominam a sociedade atual. Sua postura essencial tem de ser a de assumir responsabilidades pelas escolhas que faz com a consciência de que nada mais é fornecido pronto e acabado, bem como que o conhecimento do mundo resulta de um complexo, jamais se exaurido o processo de aprendizado e interpretação.

Pelos ensinamentos de Ferrajoli (2006), depreende-se que separar os elementos subjetivos da razão e da emoção no ato decisório é algo impossível pela própria natureza humana, por esse motivo a relevância do saber, no sentido de conhecimento, deve estar acima do poder.

Essa assertiva vem a confirmar que a motivação das decisões judiciais assegura o controle da razão do juiz ao decidir, legitimando sua sentença interna e externamente, melhor dizendo, juridicamente e perante toda uma sociedade no seio de um Estado Democrático.

Motivando as sentenças judiciais, o juiz norteia sua decisão pelo saber que precede o poder que lhe é inerente, o que garante aos cidadãos uma decisão, senão mais justa, no mínimo, correta e não arbitrária.

Para impedir decisionismos, solopismos e arbitrariedades, assegurando o cumprimento dos princípios e garantias fundamentais, a prática jurídica deve ter por norte o saber precedendo o poder.

Não se pode separar a evolução e consolidação do Poder Judiciário da realização e efetivação dos objetivos democráticos previstos na Constituição.

A motivação das decisões judiciais, através da fundamentação, atua como um verdadeiro agente imunizador da racionalidade do juiz, ao passo que precede o poder, dando lugar ao saber que vai para muito além do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do Processo e da Sentença*. Ed. RT 2004.
- AMARAL, Julio Ricardo de Paula: *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/771/principios-de-processo-civil-na-constituicao-federal#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20processuais%20constitucionais%2C%20conforme,das%20decis%C3%B5es%2C%20do%20duplo%20grau>. Acesso em: 27 mai.2021.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mai. 2021.
- BRUM, Nilo de Barros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo. Ed. RT. 1989.
- BULOS, Uadi Lammêgo: *Constituição Federal Anotada*, 2. ed. Saraiva, São Paulo: 2001.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Tradução dos Santos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao direito*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas a verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito*. *Revista de estudos criminais. Sapucaia do Sul*, n. 14, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: RT, 2006.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT. 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego.

3. ed. Lisboa, Pt: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002.
- LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARRAFON, Marco Aurélio. O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, Marx e o Direito Civil, Para a crítica histórica do paradigma civilístico. Coimbra, 1990.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: Temas de Direito Processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MOREIRA, Nelson Camatta; CARVALHO, Thiago Fabres de. Interpretação do Direito e Retórica nas Decisões Penais. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 30, n. XXVI, p. 87111, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2004. v. 1.
- NOJIRI, Sérgio, O dever de fundamentar as decisões judiciais. Ed. RT, 2000.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo, Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- POLONI, Ismair Roberto. Técnica estrutural da sentença civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PORTANOVA, Rui, Motivações ideológicas da sentença. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. A Súmula Vinculante e o convencimento motivado do juiz. Gazeta do Povo, Curitiba/Pr, 17 mar. 2007.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. As provas ilícitas e sua derivação diante do princípio do livre convencimento motivado. "O desentranhamento do juiz contaminado". Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, v. 12, n. 2, p. 163-182, jul./dez. 2009.
- ROSA, Alexandre Morais da. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. Como compreender Direito II – como o sendo comum pode nos enganar. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência?. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. O senso (in) comum das obviedades desveladas: um

- tributo a Luis Alberto Warat. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 185-192, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TARUFFO, Michele Padova. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TARUFFO, Michele. *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. IBEJ. Curitiba, 2001.
- WARRAT, Luis Alberto. *Epistemologia y teoria Kelsiana*. Revista do CCJE – UFSM 2/21, 1976.
- WIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: SUCESSO OU DECEPÇÃO? PRECISAMOS DE UMA NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA?

*COLLECTIVE REDRESS IN BRAZIL: SUCCESS OR DISAPPOINTMENT?
WE NEED A NEW STATUTE ON COLLECTIVE REDRESS?*

Hermes Zaneti Jr.²⁶⁶

INTRODUÇÃO

No Brasil corremos o risco de pela porta dos fundos transformar ações individuais em ações coletivas, vinculando todos a uma decisão para a qual não se garantiu o justo processo coletivo.

A única maneira de enfrentarmos seriamente este risco é compreender o processo coletivo como um gênero, composto por diversas técnicas e procedimentos, voltado para as necessidades de tutela das situações jurídicas ativas e passivas coletivas de que são titulares grupos de pessoas.

1 MODELOS DE PROCESSO COLETIVO E TUTELA COLETIVA: MODELO BRASILEIRO

É errado pensar que apenas as *class actions opt out* servem aos objetivos da tutela coletiva. Não há um só modelo, junto com as soluções judiciais existem também soluções extrajudiciais muito eficazes, mas a melhor solução tem sido aquela que permite a combinação de técnicas *opt out* e *opt in*, litígios agregados (que por razões que iremos explicar a seguir consideramos espécie de tutela *opt in*) e estímulo à autocomposição, antes e durante o processo judicial²⁶⁷ e um reforço na tutela administrativa

²⁶⁶ Professor Adjunto de Direito Processual Civil na graduação e mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da IAPL, IIDP e IBDP. Membro da ABRAMPA e do MPCON. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (MPES). Este artigo é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – FPCC/UFES, atualmente o FPCC/UFES possui financiamento de pesquisa concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa e à Inovação do Estado do Espírito Santo - FAPES. O Grupo FPCC é fundador da ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo (<http://laprocon.ufes.br/>). Uma versão anterior deste texto foi publicada na *Civil Procedure Review*, 2019, e enviada como colaboração para os anais do I Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito, realizado na PUC/RS no final de 2018. Esta versão vem atualizada com referências bibliográficas posteriores, comentários aos projetos de lei aos dados das ações coletivas a partir do CACOL – Cadastro Nacional de Ações Coletivas do CNJ/CNMP que permite visualizar mais amplamente resultados que antes eram dispersos, chamando atenção ainda maior para o volume de ações coletivas.

²⁶⁷ “The bottom line is to connect the different dots. To put it simply, the approach should be ‘and ...and’ and not ‘or ... or’. It is not choosing between white or brown bread, it is looking at how it is baked. The ultimate goal should be an integrated and holistic framework, or, as was mentioned

através de agências reguladoras e da função mais ampla de *ombudsman*.

A solução que combina todas as hipóteses de tutela coletiva buscando o *design* mais efetivo é a que melhor atende as exigências da nova ciência econômica, que sugere que é possível um desenho institucional mais inteligente (*market design*) e uma arquitetura das escolhas (*choice architecture*) que nos permita estabelecer uma tutela padrão (default) mais eficiente para cada grupo de casos.²⁶⁸

Neste sentido, a doutrina delineou as técnicas mais utilizadas na Europa (HODGES; VOET, 2018), evidenciando o predomínio do *ombudsman*, das agências reguladoras e da ADR coletiva. A combinação de tais técnicas com o processo coletivo judicial, como veremos, é uma característica da tutela coletiva brasileira, muito embora se possam fazer críticas, é a interrelação do Ministério Público na função de *ombudsman* dos direitos fundamentais, que trabalha para permitir uma maior integração entre estes mecanismos de tutela.

Este texto pretende divulgar como o processo coletivo brasileiro atualmente está configurado, sua história de sucesso quantitativo e qualitativo e o futuro que lhe espera a partir da ampliação do tradicional modelo de ações coletivas pensadas a partir das *class actions* norte-americanas para um modelo combinado em que se agregam as técnicas de processo coletivo *opt in* (litígios agregados, , principalmente, mas também, ações por representação mediante autorização, centralização de processos para produção de provas, entre outras) e uma ampla utilização de negócios processuais e meios autocompositivos controlados pelo juízo.

O Código de Processo Civil de 2015 aplica-se diretamente aos processos coletivos, em especial ao desenhar normas fundamentais e institutos que permitem repensar o desenho institucional da justiça brasileira e sustentar o processo justo coletivo: casos repetitivos, precedentes vinculantes, renovação da oralidade e estímulo à autocomposição (ZANETI JR., 2017, p. 583 – 614).

above, a ‘multilayered framework of regulation, lawmaking and law application (...)’ The focus should be on exploring and optimizing all options for mass harm situations. Even more important, is to connect these options so they can form an integrated (dispute resolution) framework. Only a broad and integrated instrumentarium, as a ‘dispute resolution continuum’, which can avoid empty enforcement gaps, can tackle mass harm situations effectively and efficiently”, VOET, Stefaan. ‘Where the wild things are’: reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). Waves in contract and liability law in three decades of *Ius Commune*. Cambridge: Intersentia, 2017, p. 138/139; HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. Delivering Collective Redress. New Technologies. Oxford: Hart, 2018; HODGES, Christopher. The reform of class and representative actions in European legal systems. Oxford: Hart, 2008; DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. Michigan Law Review, v. 115, n. 2, 2016.

²⁶⁸ ROTH, Alvin. Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design. New York: Mariner Books, 2016; THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Books, 2008; ROTH, Alvin. Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design. New York: Mariner Books, 2016.

Ao final, a partir de um recente caso polêmico, o Caso do Rio Doce, o maior desastre ambiental da história da América Latina, iremos abordar a *next generation* da nossa tutela coletiva.

1.1 NOSSO PASSADO

O Brasil é devedor da Itália no processo coletivo. Basta olhar para alguns dos textos fundadores da nossa doutrina para perceber a influência da inteligência processual italiana. Foi através dos estudos de Vittorio Denti, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoritti, Mauro Cappelletti, Giorgio Costantino, Sergio Chiarloni e Michele Taruffo, ícones da processualística italiana, que importamos o modelo americano das *class actions*, nossa ação coletiva é uma *class action* à italiana.²⁶⁹

O processo coletivo é um exemplo de como o direito processual evoluiu por fases privatistas e publicistas, ligadas à ação, sua autonomia e ao papel da jurisdição na afirmação da vontade concreta da lei, para a centralidade do próprio processo na solução do conflito.

²⁶⁹ Isto é verdade para a doutrina desenvolvida na década de 1970 na Itália, que influenciou a doutrina e a legislação brasileira, mas infelizmente não corresponde à atual situação da Itália atualmente. Para a doutrina italiana mais citada no Brasil na fase de formação do nosso processo coletivo: DENTI, Vittorio. *Relazione introduttiva*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976; PISANI, Andrea Proto. *Apunty preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civili ordinario*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976; VIGORITTI, Vincenzo. *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979; CAPPELLETTI, Mauro. *Appunty sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: CEDAM, 1976; CAPPELLETTI, Mauro. *Acceso a la justicia – programa de accion reformadora y nuevo método de pensamiento*. Trad. Silvia Virgínia Leo Vidaña. *Boletin mexicano de derecho comparado: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie, Año XVI, n. 48, 1983*. Em português, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. *Revista de Processo*, v. 2, n. 5, São Paulo, jan.-mar./1977, entre outros; COSTANTINO, Giorgio. *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*. *Diritto e Giurisprudenza*, p. 817, 1974; COSTANTINO, Giorgio. *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità*. *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, p. 1130, 2010; CHIARLONI, Sergio. *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*. *Riv. Dir. Proc.*, 2007; CHIARLONI, Sergio. *Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?* In: *Analisi Giuridica dell'Economia*, v. 1, 2008. (*Class Action (?)*); TARUFFO, Michele. *Interventi*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: Atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976; TARUFFO, Michele. *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*. *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Lucio Lanfranchi (org.). Torino: Giappichelli, 2003. *Mais recentemente, na doutrina italiana cf. SANTIS, Angelo Danilo de. La tutela giurisdizionale collettiva*. Napoli: Jovene, 2013; DONZELLI, Romolo. *L'azione di classe a tutela dei consumatori*. Napoli: Jovene, 2011; GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2008.

O processo coletivo brasileiro atua exatamente na perspectiva de garantir acesso à justiça e a solução dos conflitos para as situações merecedoras de tutela. Como afirmam a melhor doutrina, inclusive italiana,²⁷⁰ e as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), é necessário, para a tutela adequada, um modelo combinado de direitos e remédios, um processo que dê acesso às situações merecedoras de tutela: *ubi remedium ibi ius* (DI MAJO, 2003, p. 72) ou *remedies precede rights*.

Para contar essa história do processo coletivo brasileiro e do nosso novo Código de Processo Civil, iremos iniciar, na primeira parte, com os resultados e o atual estágio das ações coletivas na doutrina e nos precedentes judiciais, descrevendo também como o CPC/2015 aplica-se diretamente ao processo coletivo e o surgimento dos litígios agregados como forma de tutela coletiva combinada com as ações coletivas. Na segunda parte deste texto, com o objetivo de mostrar as revoluções que estão ocorrendo indutivamente, iremos tratar dos processos estruturantes e do grande conflito socioambiental e socioeconômico resultante do Desastre do Rio Doce.

2 HISTÓRIA DE SUCESSO? EFETIVIDADE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL E O NOVO PROCESSO CIVIL (CPC/2015)

O processo coletivo no Brasil tem uma longa história de sucesso. Evidentemente não há somente flores nesta jornada, mas, comparando a outros ordenamentos jurídicos autoproclamados de *civil law* que tentaram implantar o sistema de tutela judicial coletiva, o processo civil brasileiro representa um dos modelos mais avançados, talvez aquele que mais produziu ações coletivas e mudanças relevantes na sociedade a partir de litígios coletivos.

Iremos simplificar os dados, na falta de pesquisas empíricas e comparadas mais aprofundadas, a constatação das afirmações acima pode ser realizada a partir de dois critérios muito básicos: o *número de ações ajuizadas e admitidas em juízo* e a *efetividade do sistema processual para assegurar os direitos materiais definidos por sentença*, ou seja, as decisões efetivadas, que tiveram a capacidade de alterar a realidade das pessoas - o *Lebenswelt* (o mundo da vida).

²⁷⁰ TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti Sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 67-97; TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 302-303; MAZZAMUTTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I Rimedi nel Diritto Privato Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012; PINO, Giorgio. *Il Diritto All'Identità Personale: Interpretazione Costituzionale e Creatività Giurisprudenziale*. Bologna: Il Mulino, 2003; DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 72; VARRANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La Tradizione Giuridica Occidentale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010; ZANETI JR., Hermes. *A Legalidade na Era da Proteção das Necessidades de Tutela: Princípio da Constitucionalidade e Legalidade Ampla*. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 175-196 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 8, Coord. Geral: Fredie Didier Jr.).

2.1 NÚMERO EXPRESSIVO DE AÇÕES COLETIVAS AJUIZADAS E ADMITIDAS PARA JULGAMENTO

Temos um número expressivo de ações coletivas ajuizadas sobre as mais diversas matérias. Uma pesquisa em nossos sistemas de acompanhamento de processos judiciais pelos termos ação civil pública, processo coletivo e ação de improbidade administrativa revela números muito elevados. Somente no Superior Tribunal de Justiça, o equivalente a Corte de Cassação Italiana, são 18.881 decisões para o termo “ação civil pública”, e são 1.929 decisões para o termo “processo coletivo”.²⁷¹ Exemplo de que este meio não é somente possível, ou seja, que a regulação normativa está madura para se *admitirem ações coletivas*, mas também que *as ações coletivas são um veículo muito utilizado na prática*. O número de ações admitidas e julgadas nos tribunais superiores é, portanto, um indicador de resultado positivo.

Temos ainda outras pesquisas que apresentam resultados conflitantes, mas que precisam ser mencionadas. A exemplo da comparação que pode ser feita entre o *Relatório Ações Coletivas*, do CNJ (RAC)²⁷² e o relatório “Ministério Público: Um Retrato”,²⁷³ a partir das informações resultantes dos diversos ramos do Ministério Público no ano de 2017.

Ambos necessitam ser lidos criticamente. O RAC pode ser criticado por ser uma pesquisa aleatória realizadas por robôs (*crawlers*) e cruzada com entrevistas à juízes (*survey*), como veremos adiante essa metodologia deixou a desejar.²⁷⁴ O relatório do CNMP pode ser criticado em razão da alimentação dos dados ser realizada pelas diversas promotorias e procuradorias de justiça espalhadas pelo país, sendo uma experiência recente e baseada

²⁷¹ Os dados podem ser imprecisos, uma vez que incluem a presença de expressões utilizadas na pesquisa, podendo registrar mais de uma vez o mesmo processo conforme a existência de mais de um recurso na mesma demanda, todavia é relevante observar que nem todas as ações coletivas terminam com sentença ou mesmo chegam ao Superior Tribunal de Justiça. Portanto, mesmo que impreciso os dados comprovam o volume das ações coletivas no Brasil. Problemas de metodologia semelhantes já foram apontados em outras pesquisas, como MENDES, Conrado Hubner et al. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018. A pesquisa na União Europeia resultou em números infinitamente menores de ações ajuizadas, HODGES; VOET, *Delivering Collective Redress*. New Technologies, p. 284-285.

²⁷² MENDES, Conrado Hubner et al. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018.

²⁷³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público: um retrato – 2018*. Brasília: CNMP, 2018. Atualmente não há mais a impressão ou geração de pdf do relatório, o mesmo está disponível com atualização anual contínua diretamente em um BI no site do CNMP, cf. <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/atuacao/indicadores-de-gestao-e-atuacao-funcional-do-ministerio-publico-brasileiro/minist-publico-um-retrato>, acesso em: 02.04.2021.

²⁷⁴ Para uma crítica ampla a metodologia utilizada na pesquisa consultar VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. *O futuro do processo coletivo: considerações sobre o relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça*, no prelo.

na taxonomia unificada do CNMP/CNJ, ainda não plenamente conhecida, além da possibilidade de que ocorra uma sobreposição de informações. Visto que alguns procedimentos podem ter sido cadastrados em mais de um assunto.

O Relatório do Conselho Nacional de Justiça foi elaborado por acadêmicos, não especialistas na matéria processual e sem experiência prática. A iniciativa é louvável, vejamos as conclusões alcançadas. Em um breve resumo, as críticas do Relatório Ações Coletivas aos processos coletivos brasileiros apontam uma discrepância no número de ações civis públicas, afirmando que as ações na área de saúde muitas vezes são individuais e não coletivas e que haveria um desvirtuamento dessas ações pelo próprio Ministério Público que ao invés de buscar soluções estruturais com alcance social estaria privilegiando as ações individuais, inclusive pelos juízes pensarem ser essas ações as mais efetivas. A mesma pesquisa afirma, sem comprovar, que algumas ações coletivas seriam mal-sucedidas por dificuldades estruturais, por exemplo, as ações ambientais não teriam resultados positivos por ocorrerem deficiências na produção da prova pericial necessária aos julgamentos, muito custosa e de difícil produção, bem como, nas ações de combate a corrupção, as dificuldades de se provar o dolo nas condutas dos agentes públicos ímprobos.

Os dados podem ser contestados do ponto de vista da metodologia utilizada. Podemos apontar que a pesquisa utilizou robôs ineficientes para as buscas, incapazes de acessar, por exemplo, as diversas e conhecidas decisões em ações coletivas do Superior Tribunal de Justiça em matéria ambiental. O número de decisões do STJ é muito grande, tanto em questões processuais, como em questões de direito material, e várias delas resultaram em decisões *pro ambiente*. Outro aspecto é que a pesquisa também não foi eficiente para coletar o perfil dos magistrados, quer pela redação tendenciosa das perguntas na *survey*, quer pelos problemas de amostra, por exemplo, apenas 1 dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal respondeu ao questionário, o que é insuficiente para afirmar como pensa o Tribunal. Os resultados, justamente em razão destes problemas na coleta de dados, não são concludentes e aparecem claramente enviesados.²⁷⁵

Por outro lado, os dados do CNMP no relatório “Ministério Público: Um Retrato”, obtidos a partir das tabelas taxonômicas, informam que somente

²⁷⁵ As pesquisas recentes em psicologia comportamental identificaram uma série de posturas enviesadas como a heurística da disponibilidade (*availability heuristic*), que podem ser aqui implicadas na pesquisa em análise. Tendemos a avaliar com atalhos mentais e prever a frequência de um evento a partir de exemplos que mais facilmente são acessíveis a nossa mente. Essa forma de heurística pode resultar no viés de confirmação (*confirmation bias*) que trata exatamente do fenômeno de validar resultados em conformidade com aquilo que já se pensava desde o início. Assim facilmente superestimamos a probabilidade de um evento e damos peso excessivo a achados em uma pesquisa em razão da nossa atenção estar concentrada em determinado resultado, esperarmos a confirmação de nossas pré-compreensões ou, simplesmente, por conforto cognitivo. KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar, duas formas de pensar. p. 130-131. Resultado das pesquisas com Amos Tversky, TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Availability: a heuristic for judging frequency and probability*. *Cognitive Psychology* 5 (1973): 207-32.

no ano de 2017 foram ajuizadas 39.496 petições iniciais e firmados 12.627 compromissos de ajustamento de conduta com o Ministério Público. Mais, informam que foram instaurados 256.678 procedimentos preparatórios e inquéritos civis em matérias relativas aos direitos coletivos.

O total de investigações mostra a dimensão da tutela coletiva no Brasil e da atuação do Ministério Público brasileiro na área dos processos coletivos. Matérias como combate a corrupção, meio ambiente, proteção do patrimônio público, infância e juventude, saúde e educação, são prioridades da sociedade e do Ministério Público. Note-se que ao final da investigação ministerial existem três hipóteses: poderá arquivar o procedimento se entender que as questões estão resolvidas ou que não ocorreu lesão, realizar compromisso de ajustamento de conduta para o adimplemento (pelos particulares e pelo Poder Público) das obrigações determinadas em lei ou ajuizar a ação civil pública.

Conforme a tabela abaixo, o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal no ano de 2017 atuaram prioritariamente nas seguintes áreas:

Tabela 1 – Áreas de atuação prioritária, Ministério Público, ano de 2017.

Tema	Quantidade de Procedimentos Preparatórios e Inquéritos Civis em 2017
Improbidade Administrativa	31.476 (MPE e MPDFT) e 15.475 (MPF)
Meio Ambiente	27.238 (MPE e MPDFT) e 3.594 (MPF)
Patrimônio Público	19.746 (MPE e MPDFT) e 4.934 (MPF)
Direito da Criança e do Adolescente	18.405 (MPE e MPDFT) e Outros Assuntos (MPF)*
Saúde	18.130 (MPE e MPDFT) e 4.448 (MPF)
Direito do Consumidor	9.362 (MPE e MPDFT) e 2.100 (MPF)
Ordem Urbanística	8.139 (MPE e MPDFT) e Outros Assuntos (MPF)
Educação	6.458 (MPE e MPDFT) e 3.670 (MPF)
Pessoa Idosa	5.292 (MPE e MPDFT) e Outros Assuntos (MPF)
Outros Assuntos	46.989 (MPE e MPDFT) e 24.784 (MPF)
Subtotal MPE e MPDFT	191.235
Subtotal MPF	65.443
Total	256.678

Fonte: Compilação do autor

**As tabelas do MPE e MPDFT e do MPF não correspondem em todas as matérias, adota-se como padrão a tabela do MPE e MPDFT por serem mais representativas da quantidade de procedimentos preparatórios e inquéritos civis. Na hipótese de não correspondência anotaremos “outros assuntos”, como no caso.*

As primeiras versões deste texto utilizavam como foi explicado acima os dados cruzados do relatório “Justiça em Números” e do relatório “Ministério Público: Um Retrato”.

O texto foi originalmente escrito antes da vigência da Resolução nº 339, de 08 de setembro de 2020, promulgada pelo Conselho Nacional de Justiça. A Res. 339/2020 cria o Comitê Executivo Nacional dos Núcleos de Ações Coletivas – NAC e fomenta o cadastro nacional de ações coletivas,

que já era previsto pela Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/2011. Com a evolução das taxonomias unificadas e o uso de ferramentas de *business intelligence* (BI) é possível hoje ter dados mais concretos sobre as demandas coletivas tramitando no Brasil.²⁷⁶ Consideradas as ações civis públicas, os mandados de segurança coletivos e as ações populares e as ações coletivas do CDC a pesquisa em 02.04.2020 indica tramitarem no Brasil 444.045 (quatrocentas e quarenta e quatro mil e quarenta e cinco) ações coletivas.²⁷⁷

Os dados comprovam que há uma forte atuação dos Ministérios Públicos na tutela coletiva, o que, em um país de dimensões continentais, tem números realmente impressionantes do ponto de vista quantitativo.

2.2 ENCERRAMENTO DE PROCESSOS POR AUTOCOMPOSIÇÃO OU AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO UM ELEMENTO DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DA TUTELA JUDICIAL

Quanto ao aspecto efetividade, há de se acrescentar uma consideração de ordem prática: o Brasil aderiu ao movimento mundial de justiça multiportas, prevendo o CPC o dever de estímulo à autocomposição (art. 3, § 3º, CPC). No processo coletivo, é possível realizar o compromisso de ajustamento de conduta com as exigências legais e muitos dos casos são resolvidos extrajudicialmente.²⁷⁸

As ações coletivas no Brasil têm permitido a evolução da autocomposição.

Há nestes casos um reforço da BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*).²⁷⁹ O Ministério Público e as partes que enfrentam uma negociação em processo coletivo sabem que, se não houver a busca pela identificação de interesses comuns e o atendimento às exigências legais, a questão será encaminhada para o litígio, muitas vezes com obtenção de tutela de urgência.

²⁷⁶ Sobre o uso dessas ferramentas ver ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermudes. “Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil”. <https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opiniao-dados-efetividade-aco-es-coletivas-brasil>, acesso em: 02.04.2021, publicado em 20 de março de 2019.

²⁷⁷ Ver <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=1d54bc4d-81c7-45ae-b110-7794758c17b2&sheet=87f1a661-cf86-4bda-afe4-61dfc6778cd4&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>, acesso em: 02.04.2021. O painel permite a filtragem por assunto.

²⁷⁸ O compromisso de ajustamento de conduta pode ser realizado por órgão público e é regulado pelo art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/1985 (LACP) e, atualmente, pela Resolução CNMP nº 179/2017. A tendência é mundial. SILVESTRI, Elisabetta. *Class Actions in Italy*. In: HARSÁGI, Viktória; VAN RHEE, C. H. (eds.). *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 200.

²⁷⁹ A judicialização tem sido mencionada como uma alternativa para a incoerência de acordos em questões complexas. A judicialização, por outro lado, também acarreta uma objetivação do conflito e um delineamento do conflito de maneira mais precisa, com a impossibilidade de alternativa após o ajuizamento da ação de retirada das negociações, ou seja, elimina o BATNA referente à saída da mesa de negociações. Caso não seja possível a negociação, após o ajuizamento da ação, a alternativa passa a ser a decisão adjudicada. PIGMAN, Geoffrey Allen. *Judicialization: The Third Transformation*. In.: *Trade Diplomacy Transformed*. London: Palgrave Macmillan, 2016, p. 187-215.

Qualquer um que tem alguma experiência em litigância civil sabe que só existem acordos e somente se pode falar de autocomposição quando a via judicial representa uma ameaça concreta de decisão contrária aos interesses do réu. A experiência mostra que, quando concedida a tutela provisória em uma ação coletiva, facilita-se muito a composição. Isso ocorre por estarem presentes elementos não só psicológicos, mas também jurídicos, pois já existe a indicação de que o juízo está propenso a reconhecer o direito de forma definitiva (*fumus boni iuris*).

Assim, a autocomposição tem crescido muito, mesmo os processos judiciais se encerram, muitas vezes, por autocomposição, facilitando a efetividade pela tendencial ausência de impugnações e execuções e reduzindo o prazo de tramitação dos processos cíveis.

É ainda muito maior o número de termos de ajustamento de conduta efetivados mesmo antes do ajuizamento da ação.²⁸⁰

2.3 RESULTADOS DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

Os resultados das ações coletivas mencionadas acima são o pagamento de indenizações a consumidores lesados, como devolução de valores pagos a maior, obrigações de fazer e não-fazer ligadas ao meio ambiente, incluindo destruição de propriedades consolidadas, instalação de equipamentos antipoluentes e proibição de instalar determinados empreendimentos, assim como, recuperação da área degradada e políticas públicas para retorno da natureza ao *status quo ante*, determinação de reformas em presídios, hospitais e escolas, fornecimento de leitos hospitalares e vagas para crianças em creches pré-escolares, entre outras milhares de ações que julgadas no mérito asseguraram a tutela efetiva dos direitos e são exemplos que chegaram aos tribunais superiores e foram amplamente divulgados na imprensa nacional e internacional.

É bom registrar que não se tratam de experiências isoladas, membros do Ministério Público podem narrar casos e experiências bem-sucedidas de reformas de presídios, escolas, hospitais, anulação de cláusulas abusivas em contratos do consumidor, mudança de práticas abusivas do mercado que afetam o consumidor, proteção do meio ambiente em casos de poluição com a determinação de instalação de equipamentos, encerramento de atividade poluidora por parte de empresas, proibição de práticas locais de maltrato a animais, regularização fundiária, determinação de obras em loteamentos públicos, assim como o combate aos atos de improbidade administrativa,

²⁸⁰ Na pesquisa “Ministério Público: Um Retrato”, citada acima, foram registrados mais de 12 mil compromissos de ajustamento de conduta firmados antes do ajuizamento da ação no ano de 2017, nas mais diversas matérias. O site consumidor vencedor, ligado ao Ministério Público, existente nas diversas unidades da federação e na esfera federal, notícia mais de 4.000 ocorrências de termos de ajustamento de conduta em matéria do consumidor, muitas com alcance nacional. Para as mais de 2.000 decisões e termos de ajustamento de conduta nacionais em benefício dos consumidores brasileiros, cf. <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/pesquisa-nacional>.

com a perda de cargo de políticos corruptos, proibição de contratar por parte das empresas envolvidas, devolução de recursos aos cofres públicos, etc.

Evidentemente também existem experiências negativas. O ajuizamento de ações por membros isolados do Ministério Público contra a política de cotas de acesso à universidade, contrariando a política nacional de inclusão do Ministério Público Federal, e ações que não foram admitidas em juízo, como a ação que buscava impedir a adoção de tomadas elétricas de três pinos, exclusiva do Brasil, infelizmente.

O impacto das ações positivas é também cultural. Apenas para exemplificar com mais um caso recente e mundialmente conhecido. Na área da corrupção, no Brasil, os números da Operação Lava-Jato são impressionantes e falam por si mesmo. Há mais de 14,5 bilhões de reais em pedidos de condenação civil nas ações coletivas ajuizadas.²⁸¹ Perceba-se que somente a combinação das tutelas penal e cível permitiu essa amplitude de resultados.

2.4 NÃO-TAXATIVIDADE (TRANSUBSTANTIVE RIGHTS) E ATIPICIDADE DA AÇÃO COLETIVA BRASILEIRA (ATYPICAL CLASS ACTION)

A demonstração desses resultados serve para comprovar uma das questões que defende a doutrina em relação ao processo coletivo brasileiro. O processo coletivo brasileiro é *atípico* (quaisquer espécies de ações) e *não-taxativo* (quaisquer direitos coletivos). Admite, portanto, diversas espécies de ações, como refere o Código de Defesa do Consumidor (art. 83, Lei Federal nº 8.078/1990); e *a tutela de amplas situações jurídicas coletivas*, como se lê na Constituição Federal brasileira, ao afirmar que o Ministério Público promoverá a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e *outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III, CF/1988).²⁸²

2.5 LEGITIMAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DO GRUPO: ÓRGÃOS PÚBLICOS E PRIVADOS

Por outro lado, essas experiências não se limitam ao Ministério Público. Associações civis, pessoas jurídicas de direito público como União, Estados e Municípios e suas autarquias e fundações, Defensoria Pública e, no caso da ação popular, também o cidadão (Lei nº 4.717/1965), todas eles podem propor ações coletivas. Em todos os casos, o Ministério Público, quando não for autor, será órgão interveniente para a tutela do interesse público (*custos juris*, art.

²⁸¹ <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resul tado>.

²⁸² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, p. 86. Na Itália o A.C 791, de julho de 2018, composto por seis artigos, propõem modificações na tutela coletiva através da alteração do Código de Processo Civil, com a ampliação das situações jurídicas tuteladas, modificações na disciplina de adesão à ação de classe, entre outras modificações.

178, CPC). A não intervenção do Ministério Público irá resultar na anulação do processo nos casos em que ele entenda que haja prejuízo (art. 279, § 1º e § 2º, CPC).

A característica da legitimação coletiva ampla, com um número grande de colegitimados, é, portanto, outra peculiaridade do processo coletivo brasileiro. Esta legitimação é autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva ou simples e, muito embora alguma divergência conceitual na doutrina, trata-se de espécie de substituição processual na qual o grupo (titular do direito) é substituído pelo legitimado coletivo previsto em lei (*ope legis*) e a sua legitimidade pode ser controlada judicialmente em concreto (*ope judicis*).

A evolução do modelo brasileiro caminha ainda no sentido de reconhecer ações coletivas passivas, nas quais o grupo está no polo passivo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018).

2.6 COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

Outro elemento característico das ações coletivas brasileiras é a coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*. Mas é preciso compreender bem essa questão, nem sempre muito clara. O que é efetivamente *secundum eventum litis* é a extensão subjetiva da coisa julgada, e não a formação da coisa julgada em si. Forma-se a coisa julgada *pro et contra*, não se pode repropor ação coletiva (não importa o nome dado à ação) com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Porém, a ação coletiva julgada improcedente não prejudica os titulares dos direitos individuais, que poderão ajuizar suas ações ou continuar até o julgamento das ações já ajuizadas (art. 103, CDC). Pelas mesmas razões, afirma-se que não há litispendência entre ação individual e ação coletiva (art. 104, CDC), ou seja, por não haver identidade entre a causa de pedir coletiva e a causa de pedir individual não ocorre litispendência, nem coisa julgada.

Essa formulação original representou sempre um dos aspectos mais críticos na doutrina brasileira e na crítica internacional sobre o nosso processo coletivo.²⁸³ Isto porque a *class action opt out* se caracteriza pelo *binding effect*, pela vinculação *pro et contra* inclusive dos titulares de direitos individuais. Hoje estas críticas perdem um pouco de sua força em razão do fato de algumas *estabilidades* novas no direito brasileiro permitirem que as questões que afetam à tutela coletiva e aos litígios de massa sejam fixadas com “força vinculante” para todos os demais casos tramitando ou ações futuras, como veremos em um tópico adiante.

²⁸³ GIDI, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008; GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007; ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 374-380.

2.7 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E MAIOR AMPLITUDE DA COGNIÇÃO: MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO

Além da legitimação, atipicidade e não-taxatividade, extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*, o processo coletivo brasileiro é caracterizado pela forte presença de interesse público primário e pela maior amplitude da cognição. Estes elementos devem ser compreendidos de maneira combinada.

O interesse público primário é o resultado das preocupações do legislador com a defesa dos interesses de toda a sociedade nos processos coletivos (evidentemente plúrimos e não uniformes em uma democracia de direitos, como a brasileira) e desequilibra a relação processual em benefício da tutela coletiva.²⁸⁴

A herança italiana ajuda a compreender um fenômeno normativo do processo coletivo brasileiro, a formação de um microssistema processual coletivo com diversas leis que se interpenetram e subsidiam, aplicando-se reciprocamente, graças à influência da doutrina de Natalino Irti (1999) e por força da total ignorância do CPC/1973 em relação ao processo coletivo.

Existem uma série de exemplos da aplicação do microssistema do processo coletivo reconhecidos pela doutrina.

Basta lembrar aqui que: a) a pessoa jurídica ré nas ações coletivas poderá contestar ou optar pelo polo ativo ou não-contestar a ação (despolarização da demanda ou intervenção móvel); b) a execução das sentenças coletivas em relação ao réu que receber do poder público poderá ser mediante desconto em folha (com exclusão da conhecida impenhorabilidade dos salários); a remessa necessária para o tribunal de apelação nas sentenças de improcedência do mérito e nas sentenças de extinção do processo sem resolução do mérito, até mesmo nas ações de improbidade administrativa;²⁸⁵ d) a competência do local do dano;²⁸⁶ e) o princípio da primazia do mérito no processo coletivo, que entre outras coisas determina, por exemplo, a sucessão processual, com chamamento de colegitimado ao invés da extinção do processo por ilegitimidade ativa.²⁸⁷

²⁸⁴ O conceito de interesse público primário resulta da influência italiana de ALESSI, Renato. Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano. Milano: Giuffrè, 1953, p. 148-155, citado no Brasil por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; DIDIER JR.; ZANETI JR., Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, v. 4, p. 42, e pelos tribunais superiores (STF RE 393175/RS).

²⁸⁵ REsp 1447774/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 27/08/2018; REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009.

²⁸⁶ CC 97.351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 10/06/2009.

²⁸⁷ REsp 1177453/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010.

Nos processos coletivos também resulta da primazia do julgamento de mérito uma preocupação com o julgamento com esgotamento das questões referentes à prova. Assim, as ações julgadas por insuficiência de provas poderão ser repropostas, desde que apresentada prova nova capaz de, por si só, alterar o resultado do julgamento. Este instituto é chamado de coisa julgada *secundum eventum probationis* para afirmar que não é oponível a exceção de coisa julgada, quando possível a produção de prova que resulte em novo julgamento de mérito.²⁸⁸

A maior amplitude da cognição é caracterizada pela existência de transporte *in utilibus*, ou seja, a sentença de procedência coletiva, na tutela de direitos difusos e de direitos coletivos em sentido estrito poderá ser executada pelos titulares de direitos individuais.

O microsistema serviu de escudo a um CPC individualista até 2015, que apenas se aplicava residualmente ao processo coletivo. O CPC/2015 mudou essa relação entre o processo coletivo brasileiro e o processo individual, a relação entre CPC e microsistema *deixou de ser residual e passou a ser direta*, como veremos a seguir.

3 PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AOS CASOS REPETITIVOS

O que caracteriza, do ponto de vista dogmático, o sucesso do processo coletivo brasileiro é a flexibilidade e a adaptação.

O novo CPC previu expressamente a existência do processo coletivo, muito embora não tenha trazido um tópico próprio sobre o tema.

Assim, a partir do novo Código, todo o processo brasileiro será iluminado pelas normas fundamentais do processo, previstas já na novíssima Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 (doze primeiros artigos), mas espalhadas igualmente ao longo de todo o texto. Todas as normas fundamentais ali descritas aplicam-se integralmente aos processos coletivos, bem como aplica-se ao processo coletivo uma série de outras normas espalhadas pelo CPC. Como consequência, pode ser dito que, atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 incide *diretamente* no microsistema do processo coletivo.

Existem vários exemplos dessa aplicação, mas chamam atenção a referência às ações coletivas no art. 139, X, que trata dever de comunicação aos colegitimados da existência de ações individuais com potencial para coletivização, e nos artigos que tratam da suspensão ou sobrestamento ou da aplicação da tese firmada nos casos repetitivos às ações coletivas.

²⁸⁸ É preciso destacar que muito embora a lei seja clara em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, não há a mesma clareza em relação aos direitos individuais homogêneos. Para estes não há previsão expressa de coisa julgada *secundum eventum probationis*. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a regra não se aplica nestes casos (REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015, DJe 1º/2/2016).

Portanto, o processo coletivo brasileiro atual é gênero de duas espécies, pelo menos: a) as ações coletivas, que descrevemos no tópico anterior, das quais o principal exemplo é a chamada ação civil pública; e, b) os casos repetitivos, de que são exemplos o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Estes *casos repetitivos* são uma espécie de agregação de litígios, na qual ações são suspensas para tramitação de um incidente de resolução de demandas repetitivas no tribunal de apelação, ou para julgamento de um recurso especial ou extraordinário repetitivo em questões de direito material ou processual (art. 928, CPC). A inspiração dessa nova espécie pode ser buscada no *Musterverfahren* (KapMuG, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*), como expressamente mencionada na exposição de motivo pelos relatores do anteprojeto do CPC/2015, no *Pilotverfahren*, na *Group Litigation Order* (GLO) e na *Multidistrict Litigation* (MDL).

Ações coletivas e casos repetitivos convergem por trazerem uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva que diz respeito a um grupo de pessoas.

A doutrina tem defendido que o grupo é formado *opt out* nas ações coletivas, incluindo todos que estão na mesma situação, sem exigir nenhum comportamento ativo; e que o grupo é formado *opt in* nos casos repetitivos, exigindo-se que efetivamente tenha ocorrido o ajuizamento de uma ação por parte dos indivíduos (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 266 – 275).

Muito embora o uso dessa classificação tenha outra tradição, conhecida e utilizada pela doutrina internacional, é necessário alterá-la para melhor tratar a questão na dogmática brasileira.²⁸⁹ A tradicional classificação internacional diz respeito à vinculatividade da coisa julgada. Parte da doutrina brasileira inverte a classificação para objetivar não o final (a estabilidade da decisão), mas sim o início (a formação do grupo), e, dessa formação, extrair algumas consequências, como veremos a seguir.

A utilização das expressões *opt in* e *opt out* é comum na economia e na medicina, não existe uma forma natural ou correta, podendo ser a classificação feita por estipulação.²⁹⁰

Percebe-se, então, a necessidade de combinar os métodos de tutela coletiva para que não ocorra uma ultrapassagem dos fins do processo, assim entendidos, como a garantia da tutela das pessoas e dos direitos de maneira adequada, efetiva e tempestiva, mediante o processo justo que possa tratar o conflito.

²⁸⁹ Note-se, ademais, uma sensível tendência na doutrina para propor modelos mistos de classificação *opt in* e *opt out*. Entre eles VOET, Stefaan. 'Where the wild things are': reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). *Waves in contract and liability law in three decades of lus Commune*. Cambridge: Intersentia, 2017. Este parece ser o sentido que irão tomar as model rules pensadas para a Europa pelo ELI/UNIDROIT.

²⁹⁰ Ver, por exemplo, os debates em THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Books, 2008; ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016.

Nos processos coletivos, em especial, não será justo o processo que, ao compor a litigância de massa, não apresente uma solução dos conflitos *para além das pretensões individuais*.²⁹¹

A estrutura do processo justo coletivo deve permitir garantias processuais mínimas: a) representatividade das partes interessadas (*stakeholders* - na maior parte dos casos pessoas ou grupos ausentes do processo, na expressão em inglês: *absent members*); b) direito de influência dos representantes adequados do grupo e o dever de debates por parte do julgador em relação aos fundamentos de fato e de direito debatidos no caso, inclusive com a participação de grupos de interesse através de *amici curiae* ou audiências públicas para o reforço da representatividade argumentativa; c) que o resultado seja efetivo para compor/tratar o conflito coletivo para além das pretensões individuais.

Por essas razões, é preciso pensar o equilíbrio entre as diversas modalidades de tutela coletiva disponíveis.²⁹²

Por isso, pode-se afirmar que é “possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas (...) a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à **suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais**” (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2021, p. 101- 105).

No Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que “*ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se*

²⁹¹ A preocupação está clara, por exemplo, no contexto da litigância estratégica para a qual o fator de diferenciação entre processos individuais e litigância estratégica reside no impacto causado. Perceba-se que nos casos de litigância estratégica, como o foco é no conflito, o resultado pode ser medido de diversas maneiras, seja obtendo-se a procedência ou não da demanda, os resultados não se consideram bons ou ruins em abstrato e pode muitas vezes ser inclusive um resultado que apresente aspectos positivos e negativos ao mesmo tempo, DUFFY, Helen. *Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximising Impact*. Oxford/New York: Hart, 2018.

²⁹² Um exemplo dessa preocupação está refletido na lição da doutrina sobre a relação entre as ações coletivas e os casos repetitivos. “Além disso, no caso de serem distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos – o que poderá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual –, havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do § 6º do art. 1.036 do CPC).” No mesmo sentido o enunciado n. 615, FPPC: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º”. Isso resulta da aplicação do devido processo legal coletivo, da noção de processo justo coletivo. Há, assim, uma diretriz normativa no sentido de priorizar a tutela coletiva por ação coletiva. Essa opção revela-se com alguma clareza do art. 139, X, CPC: diante de casos repetitivos, é dever do juiz comunicar o fato aos legitimados, para que verifiquem a viabilidade do ajuizamento de uma ação coletiva. Perceba: constatando a repetição, o órgão julgador tem o dever de informar para fim de instauração da ação coletiva.” DIDIER JR.; ZANETI JR, Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, p. 101-105.

as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. Na ação, que discutia expurgos inflacionários e direito do consumidor diante da conduta dos bancos, foi reconhecida a “prejudicialidade” (art. 313, V, a), por analogia, para entender que a sentença de mérito nos processos individuais “dependeria” do julgamento da causa coletiva com o fim de evitar as decisões contraditórias e atingir o que se consideram os objetivos gerais da justiça civil contemporânea, a responsabilidade conjunta e compartilhada pela solução justa, eficiente, célere e proporcional das disputas cíveis.²⁹³

No próximo tópico, a partir das premissas firmadas até aqui e da experiência já demonstrada na prática e na doutrina brasileira, iremos tratar das possíveis inovações quanto à estabilidade das ações coletivas e no seguinte trataremos das novidades quanto ao processo estruturante do Caso Rio Doce (direito processual dos desastres) e da próxima geração do processo coletivo (*next gen collective redress*).

3.1 INOVAÇÕES QUANTO A ESTABILIDADE A PARTIR DOS CASOS REPETITIVOS, PRECEDENTES E DO CASE MANAGEMENT NOS PROCESSOS COLETIVOS

Casos repetitivos, *case management* e precedentes ainda têm uma possível combinação para resolver um dos problemas levantados pela doutrina brasileira em relação ao modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*.

Como vimos acima, a coisa julgada nos processos coletivos rigorosamente somente atinge os titulares de direitos individuais para beneficiá-los. Há, portanto, uma extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais. A doutrina aponta que, em razão disto, há uma falta de seriedade na ação coletiva brasileira e a exposição dos réus a um duplo risco, apesar de terem vencido no processo individual ainda assim estarão submetidos a novas ações individuais. Milhares de ações individuais podem ser propostos gerando igualmente decisões contraditórias e insegurança jurídica. A opção do Código de Defesa do Consumidor é clara, embora existam estes riscos a ação coletiva e a ação individual não se confundem, não induzem litispendência e a coisa julgada coletiva não afeta, na improcedência, a ação individual.

Há, contudo, o surgimento de três novas estabilidades: a) a vinculação à tese no julgamento de casos repetitivos; b) os precedentes normativos formalmente vinculantes; c) a prejudicialidade das ações coletivas em relação às ações individuais nas “macrolides geradoras de litígios multitudinários”.

²⁹³ REsp. n. 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.10.2009. A decisão é uma hipótese clara de case management por força de formação de precedente judicial, tendo sido reiteradamente aplicada pelos tribunais (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013), Impede decisões contraditórias, facilita a gestão dos processos e resulta em economia processual. No litígio originário do precedente as ações individuais foram julgadas precedentes e convertidas de ações de conhecimento em processos de liquidação e execução (REsp 1189679/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 17/12/2010).

As duas primeiras decorrem de uma análise da dogmática do CPC:

a) Primeiro, pelo advento dos *casos repetitivos*, técnica de julgamento e gestão de litígios agregados, que possibilita a *suspensão* de todas as ações individuais e coletivas para a aplicação da tese jurídica formada, seja ela favorável, seja ela contrária ao litigante individual (arts. 985, I e 1.040, III, CPC) uma vez julgada a tese ele se aplicará a todos os processos que estejam tramitando;

b) Segundo, por força dos *precedentes normativos formalmente vinculantes* (ZANETI JR., 2017). Assim, mesmo quando não se tratar de um caso repetitivo, o caso julgado, na ação coletiva, poderá formar um precedente, vinculando a todos aqueles que tenham tese semelhante (arts. 926 e 927, CPC);

O último caso é uma construção judicial do Superior Tribunal de Justiça. O STJ por analogia estendeu os efeitos da regra da prejudicialidade para os processos coletivos em relação aos processos individuais gerados a partir do mesmo macrolitígio.

c) Terceiro, mas não menos importante, por força de uma *decisão em recurso especial repetitivo*, que garante a unidade do direito no Superior Tribunal de Justiça (STJ),²⁹⁴ na qual se firmou entendimento que permite a suspensão de todas as ações individuais relacionadas por prejudicialidade com a ação coletiva (art. 313, V, a, questões de fato ou de direito), após o julgamento dessas ações individuais, caso procedentes ou parcialmente procedentes, poderão ser convertidas em liquidação e execução, caso improcedente a ação coletiva a prejudicialidade afetar igualmente a ação individual.

Evidentemente existem uma série de situações em que essas estabilidades não afetarão o julgamento do mérito da demanda individual, mas diferentemente do regime das ações coletivas as estabilidades aqui citadas poderão sim afetar o julgamento da ação individual negativamente.

Esses apontamentos sobre a coisa julgada são uma novidade da técnica processual recente que gostaria de ressaltar para mostrar como o Código de Processo Civil de 2015 está sendo aplicado diretamente ao processo coletivo.

²⁹⁴ Nos termos do Tema 60: “Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.” REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009. O tema já foi aplicado em outras situações (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013) e o STJ já definiu que após a decisão coletiva os processos de conhecimento individuais que estiverem suspensos poderão ser convertidos de ofício em liquidação e cumprimento de sentença.

4 PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: *NEXT GENERATION*? DESIGN DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS, PROCESSOS ESTRUTURANTES E O CASO RIO DOCE (DIREITO PROCESSUAL DOS DESASTRES)

O Caso Rio Doce²⁹⁵ é um litígio complexo que pode ser considerado como prova de força para este novo modelo de processo civil coletivo, a confirmação de sua efetividade, de seu êxito, ou a prova de sua insuficiência ou decepção.

O Caso Rio Doce é um exemplo do “direito processual dos desastres”: o direito que envolve litígios de alta complexidade causados pela ação humana ou natural que impactem de forma irradiada um sem número de pessoas e grupos de atingidos em razão de um evento ou série de eventos com impactos humanos ou sociais, que possuam dimensão social para além da dimensão individual (art. 2º, II, Dec. 7.257/2010).²⁹⁶

A complexidade dos litígios coletivos exige que a cada geração antecipemos problemas e desenhemos soluções que possam se mostrar adequada para a solução de novos conflitos ou de situações que muito embora ocorrentes no passado, por falhas sistêmicas de um modelo processual rígido, tenham ficado sem uma solução adequada.

A necessidade de enfrentarmos conflitos complexos que envolvem temas como os desastres ambientais de Mariana (Caso Rio Doce) e Brumadinho, os acidentes aéreos da TAM e da Air France, no Brasil, e o desastre do Golfo do México, nos Estados Unidos, o *Apartheid* na África, a cura da violência,

²⁹⁵ A expressão que entendemos mais correta para descrever todas as implicações jurídicas do caso é “Desastre do Rio Doce”. Algumas razões de ordem técnica indicam neste sentido: 1) desastre não se limita a questões de origem natural, incluindo as consequências provocadas por ações antrópicas, ações humanas, neste sentido, cf. CARVALHO, Delton Winter de. Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental. São Paulo: RT, 2015, parte I; 2) o Rio Doce é um rio nacional que se estende por dois estados da federação brasileira, Minas Gerais e Espírito Santo, sendo que o desastre atingiu de forma intensa ambos os Estados-membros. Muito embora a localidade inicial do impacto tenha sido a cidade de Mariana e a comunidade de Bento Rodrigues hoje a extensão do dano já atingiu todos os integrantes da bacia hidrográfica e em alguns casos, como será relatado, pelas dimensões do impacto, pessoas e grupos de pessoas que estão inclusive fora da bacia hidrográfica do Rio Doce, visto que o dano atingiu o mar territorial brasileiro e ecossistemas que não obedecem limites geográficos fixos; 3) o termo desastre inclui as três esferas de responsabilidade jurídica consequentes aos fatos, ou seja, a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa e a responsabilidade criminal, bem como, os danos e ilícitos que atingem grupos ou indivíduos, individuais ou coletivo, ambientais, sociais, econômicos entre outros.

²⁹⁶ Na doutrina, falando sobre o direito dos desastres: “Uma definição normativa de desastres (lato sensu) pode ser encontrada na própria legislação brasileira, segundo a qual este consiste no ‘resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais’ [art. 2º, II, Dec. 7.257/2010].” (CARVALHO, Delton Winter de. Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental. São Paulo: RT, 2015, parte I - o autor deixa claro que se tratam de eventos que atingem comunidades e possuem uma dimensão social, para além da dimensão individual)

em Chicago, as comissões pela verdade e pela reconciliação, no Canadá, as resoluções online realizadas no caso dos poupadores,²⁹⁷ judicialmente, ou, extrajudicialmente, pelo eBay e pelo consumidor.gov e tantos outros exemplos, nos impulsionam para uma nova forma de atuar no processo civil: o *design* de solução de disputas.²⁹⁸

Os objetivos do design de solução de disputas poderiam ser sumarizados nas seguintes potencialidades em relação aos processos tradicionais: a) auxiliam a identificar e absorver as oportunidades de ganhos mútuos; b) constroem e reforçam relacionamentos entre indivíduos, representantes, grupos de pessoas e comunidades; c) favorecem os objetivos da Justiça; d) promovem a paz e a reconciliação; e) garantem as reformas estruturais adequadas através do Estado de Direito, identificando os interesses e os direitos dos mais desfavorecidos e fracos nas relações de poder (*less powerful stakeholders*), curando as deficiências ocorrentes nas práticas tradicionais de resolução de disputas prevalentes; e, f) são adaptáveis às modificações do tempo e das necessidades das vítimas e grupos interessados.²⁹⁹

A solução adequada de litígios muito complexos passa por atividades de planejamento e design que permitam a adequação dos procedimentos ao fim de solução do conflito e aplicação do direito ao caso com o menor custo e a maior satisfação e efetividade.

Muitas vezes são necessárias mudanças estruturais ou criação de novas estruturas, mediante processos estruturantes, para a efetivação de políticas públicas e de interesse público, quer sejam realizadas essas políticas pelo poder público, por atuação conjunta ou até mesmo por iniciativa dos responsáveis privados pelo conflito, pessoas naturais e jurídicas. A doutrina fala inclusive da criação de entidades com propósitos específicos para a resolução dos conflitos, as chamadas *claim resolution facilities*.³⁰⁰

²⁹⁷ O caso dos poupadores durou 30 anos e somente foi homologado o acordo quando as demandas estavam tramitando no Supremo Tribunal Federal. Pairam muitas dúvidas sobre a efetividade da solução acordada. A decisão homologatória pelo STF suspende ações individuais e coletivas para a adesão individual de cada consumidor ao acordo em uma plataforma online (<https://www.pagamentodapoupanca.com.br/>).

²⁹⁸ Estes e outros exemplos já estão sendo tratados na literatura especializada, cf. ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013; FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas. Criação de Estratégias e Processos Eficazes para Tratar Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁹⁹ Adaptação livre de ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013, p. xvii.

³⁰⁰ Para a ampla discussão desta questão, com farta bibliografia cf. CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: As Claim Resolution Facilities e a sua Aplicabilidade ao Brasil. *Revista de Processo*. V. 287, p. 445-483, jan/2019.

Os processos estruturantes assim se caracterizam por reformas institucionais ou estruturais, nas burocracias públicas ou práticas privadas, relacionadas à efetivação de direitos fundamentais de um grupo de pessoas.³⁰¹

Para atingir este objetivo os processos estruturantes alteraram o direito processual coletivo tradicional para permitir novas formas de discussão, autocomposição, delimitação dos objetos do processo, definição de competência para julgamento, decisão e efetivação das medidas judiciais.

A característica principal destes processos é a necessidade de adequação e flexibilidade dos procedimentos para atingir um fim determinado: a efetivação da modificação estrutural da realidade para o tratamento do conflito.

Existem inúmeros casos estudados na doutrina, na experiência comparada e no Brasil, os exemplos estão relacionados ao fim da política de separação racial (*Brown v. Board of Education of Topeka*);³⁰² à poluição ambiental (Caso Mendonça³⁰³ e Caso da ACP do Carvão (ARENHART, 2015, p. 7)); à reforma de presídios (Caso do FUNPEM); à garantia de educação pré-escolar (Caso das Creches em São Paulo).³⁰⁴

³⁰¹ Nem todo processo coletivo será estrutural, nem todo processo estrutural será coletivo. A questão não é pacífica, na doutrina, entendendo que apenas as ações coletivas devem ser consideradas estruturantes GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2015, v. 249, pp. 26-27, no mesmo sentido o Projeto de Lei n. 8058/2014, prevê que o controle jurisdicional de políticas públicas deverá ocorrer “por intermédio de ação coletiva” (art. 3º). No sentido contrário, aceitando a possibilidade de ações individuais DIDIER JR.; ZANETI JR., Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, muito embora entendamos que o processo coletivo já ofereça melhores condições para as tutelas estruturantes isto não veda que a pretensão estruturante seja requerida em uma ação individual, a partir de uma situação individual merecedora de tutela que possa ser aplicável para além das partes envolvidas.

³⁰² FISS, Owen M. The Civil Rights Injunction. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978 (Addison Harris Lecture, 1976); FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure. New York: Foundation Press, 2003; JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93.

³⁰³ VERBIC, Francisco. El Remedio Estructural de la Causa ‘Mendoza’. Antecedentes, Principales Características, y Algunas Cuestiones Planteadas Durante los Primeros Tres Años de su Implementación. Revista ANALES nº 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, p. 267/286, 2013; VERBIC, Francisco. Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase. In: GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017. <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/01/3-dic3a1logo-multidisciplinario-sobre-la-nueva-justicia-civil-versic3b3n-definitiva.pdf>., esp. p. 275 e ss.

³⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O Processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017; COSTA, Suzana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de

O Caso Rio Doce é mais um exemplo da crescente utilização de processos estruturantes e da importância dos processos coletivos no Brasil. Neste caso, um desastre ambiental documentado no Mundo todo, o maior da América Latina, foram ajuizadas mais de 30 ações coletivas, além de milhares de ações individuais e instauração de incidentes de resolução de demandas repetitivas no Estado de Minas Gerais, Espírito Santo e em Brasília, no Distrito Federal.

Um primeiro problema enfrentado foi a necessidade de conexão para evitar decisões conflitantes. As ações foram reunidas por uma decisão em conflito de competência julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que fixou a competência da Justiça Federal da capital do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte. A decisão respeita a ideia de competência adequada por duas razões, desloca a competência para um dos Estados atingidos, evitando a via do Distrito Federal, e preserva as ações que tratem de impactos locais, ainda que coletivas, nas cidades atingidas. Assim, preserva a regra principal do processo coletivo ambiental brasileiro que é a competência do local do dano (art. 2º, LACP).

Dois eram as ações coletivas mais importantes e mais amplas. Uma ação coletiva movida pela União, Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, os Municípios atingidos e as autarquias ambientais responsáveis pela fiscalização, no valor de R\$ 20 bilhões, na qual logo no início de 2016, pouco tempo depois do Desastre, na qual foi formulado um compromisso de ajustamento de conduta (TTAC), que criou uma entidade de infraestrutura específica (*claim resolution facility*) para tratar das questões referentes ao Desastre, a Fundação Renova.

A entidade é financiada por recursos privados, depositados pelas empresas causadoras do Desastre (Samarco S.A. e suas controladoras, Vale S.A. e BHP Billiton do Brasil) e conta com 42 programas nos eixos socioambientais e socioeconômicos para recuperação integral do dano.³⁰⁵ Um dado importante do processo é que foi tentada a homologação deste acordo em juízo, tendo sido homologado pelo Tribunal Regional da 1ª Região e posteriormente cassada a homologação. Os argumentos para cassar a homologação foram justamente a falta de participação do Ministério Público na elaboração do acordo e a falta de participação dos atingidos, ou seja, a falta de representatividade argumentativa.

Na mesma época da tentativa de homologação, o Ministério Público ajuizou uma ação civil pública com amplos pedidos e o valor estimado de R\$ 155 bilhões, visando a reparação integral. Como o acordo continuou válido mesmo sem a homologação, mas apenas para as partes, as ações coletivas da União e do MPF foram reunidas para tramitar conjuntamente no juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte da Justiça Federal.

Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O Processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017; MENDES, Conrado Hubner et all. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018, p. 203-209.

³⁰⁵ Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/conheca-os-programas/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

A partir desse quadro de concentração os interesses de todas as instituições de justiça convergiram para os mesmos autos principais. A novidade do ponto de vista institucional foi então a reunião dos Ministérios Públicos Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Ministério Público do Estado do Espírito Santo, bem como das Defensorias Públicas da União, dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo para tratar conjuntamente desta questão.

A partir da tramitação da ACP de 155 bilhões foi possível ajustar a produção de prova independente e imparcial sobre os programas da Fundação Renova e reestruturar a governança da Fundação, com a criação de mais instâncias de deliberação para os atingidos e a maior participação dos atingidos, das Defensorias Públicas e dos Ministérios Públicos na gestão da Fundação e no Comitê Interfederativo, que atua como câmara técnica de supervisão. A repactuação da governança incluiu ainda o convite às instituições da sociedade civil para compor um Fórum de Observadores, com instituições universitárias isentas, externo e independente ao processo. A previsão da produção de auditorias técnicas independentes contratadas a pedido do Ministério Público e atuando para o juízo na conferência da eficiência e efetividade dos programas da Fundação.³⁰⁶

Para a realização dessa reengenharia foram utilizados novos conceitos do Código de Processo Civil, em especial, o processo cooperativo, o estímulo permanente a solução autocompositiva e os negócios processuais, bem como, abriu-se espaço para outras tantas iniciativas, como a possibilidade de cooperação jurisdicional interna, inclusive entre órgãos da Justiça Federal e da Justiça Estadual (art. 69, CPC). Os termos ainda determinaram o saneamento geral dos processos coletivos que estão tramitando, com a extinção da ação de 20 bilhões movida pela União e prazos para analisar pedidos e causa de pedir das demandas pendentes para eventual extinção ou reunião com a ação de 155 bilhões, que passa a ser convencionalmente considerada a ação principal.

Outro tema polêmico era a possibilidade de prescrição das pretensões individuais para as pessoas que ainda não tivessem ajuizado suas ações. Como o Desastre ocorreu em 05.11.2015 e o Código Civil prevê a ocorrência de prescrição no prazo de 03 (três) anos para as ações que visam a reparação civil por responsabilidade (art. 206, § 3º, V, CC) ocorreu uma grande discussão na imprensa e um debate jurídico muito intenso, pressionando para novos ajuizamentos de milhares de ações individuais. A questão é que a doutrina e a jurisprudência brasileira têm entendido que ajuizada a ação coletiva interrompe-se a prescrição para as ações individuais, justamente para evitar a corrida ao judiciário uma vez que a sentença de procedência

³⁰⁶ Essa repactuação da governança e auditoria externa foram firmadas em dois termos de ajustamento de conduta denominados TAC GOV e TAP.

irá beneficiar os titulares dos direitos individuais.³⁰⁷ Finalmente, por atuação conjunta dos Ministérios Públicos e das Defensorias Públicas, foi afastada convencionalmente a prescrição, com as Empresas e a Fundação Renova reconhecendo expressamente a sua inocorrência.³⁰⁸

Entendemos que este último exemplo mostra a importância do papel do juiz como juiz de garantias nestes casos, devendo resolver conflitos que surgem no curso da instrução e da implementação de suas decisões. Como o juiz determinou a suspensão da ação de 155 bilhões para o saneamento geral e a realização das auditorias sobre os programas da Fundação Renova, inclusive o programa de indenização mediada (PIM) que trata da indenização por falta de água e por danos gerais, espécie de design de solução de disputas (DSD) desenhado pela Fundação, não faz sentido falar em prescrição. Não faz sentido falar em prescrição, ainda e principalmente, pelo simples fato de que a propositura da ação coletiva com pedido de condenação genérica para a indenização de todas as vítimas do Desastre, o que foi pedido na ACP de 155 bilhões, interrompe a prescrição, como reconhece precedente do Superior Tribunal de Justiça seguido por mais de 50 (cinquenta) decisões daquele tribunal. O ideal seria que o próprio juiz do caso reunisse as partes e esclarece-se a questão.

Afinal, se o ambiente criado é para a autocomposição como melhor alternativa para a tutela integral dos direitos afetados, seria comportamento contraditório das empresas insistir na tese prescricional. A decisão consensual resolveu a questão, depois de longo debate e do ajuizamento de milhares de ações individuais em razão da dúvida.

A série de situações que surgem em litígios dessa complexidade exigem uma abertura da causa de pedir e do pedido para acatar as novas situações jurídicas relevantes para resolver o conflito.³⁰⁹ Todas essas soluções são possíveis porque o novo Código permite flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural.

³⁰⁷ Cf. ZANETI JR., Hermes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo; LINO, Daniela Bermudes. Ações Individuais no Caso Rio Doce: Interrupção da Prescrição, Suspensão da Prescrição e Comportamento Contraditório dos Litigantes no Processo de Autocomposição, no prelo.

³⁰⁸ No termo constou expressamente que “As EMPRESAS e a FUNDAÇÃO RENOVA reafirmam, conforme a legislação brasileira, o TTAC, o TAP e seu aditivo, e o TAC GOV, sua obrigação de reparar integralmente as pessoas atingidas pelo ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO (...) Não haverá pericimento de direitos e pretensões de pessoas atingidas, com fundamento em prescrição, na data de 05 de novembro de 2018”. Cf. <http://laprocon.ufes.br/principais-terminos-de-ajustamento-de-conduta>, acesso em: 14.11.2018. Acesso em: 14. nov. 2020.

³⁰⁹ Evidentemente isto não significa falta de clareza quanto ao objeto da demanda ou falta de clareza quanto ao direcionamento da atividade judicial pelos autores ao identificar este objeto. Existem um sem número de ressalvas a esta afirmação que dizem respeito ao processo ser um ambiente de discurso regrado, um ambiente do discurso prático do caso especial, não podendo ser compreendido como uma arena política ou moral simplesmente.

Segundo essa perspectiva, também é possível falar de decisões em cascata e ampliação do *thema in decidendum* para levar em consideração os fatos que surgem no curso da instrução, desde que preservado o contraditório (art. 493, parágrafo único, CPC), torna-se uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados. Por outro lado, enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de *forma dialética*, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”.³¹⁰ Trata-se o conflito, não apenas a pretensão inicial.

No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV, (JOBIM, 2016, p. 230-232) com o art. 536, § 1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.

Mas para além disto, deve também ser observada uma *refundação do princípio da oralidade* para a solução de temas complexos, com a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento das partes a qualquer momento (art. 139, VIII, CPC) e convocar audiência de saneamento compartilhado em causas complexas, convidando as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º, CPC). Refundar o princípio da oralidade exige dos juízes e das partes um novo comportamento no processo, o comparecimento nesta audiência deve ser realizado com conhecimento das questões debatidas e de forma a permitir o compromisso entre os presentes com o objeto do processo, a solução ou a construção de um procedimento que permita uma discussão o mais clara possível sobre os fatos e o direito controvertido.

Por fim, em razão da complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em *novas formas de participação* de sujeitos no processo, como a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas.³¹¹ As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes

³¹⁰ VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural, cit., p. 151. Sérgio Cruz Arenhart também destaca que, como a decisão estrutural almeja uma mudança substancial, para o futuro, em relação a uma determinada prática ou instituição, é importantíssimo garantir a participação não só da coletividade que será afetada, por meio de audiências públicas e amici curiae, mas também de especialistas que “possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia” (ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão”, cit., p. 4).

³¹¹ No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2015, v. 249, p. 26.

para garantir participação ampla nos processos estruturais que exigem uma representação argumentativa qualificada para atingir sua finalidade.

Este aspecto da representação argumentativa deve atingir todas as novas formas de tutela coletiva. É preciso estar ciente que o respeito ao contraditório deve ser reforçado principalmente nos casos em que grupo de pessoas que não participem do processo venha a ser atingidos pelas decisões judiciais, como ocorre nos processos coletivos das ações coletivas, nos casos repetitivos e, até mesmo, na formação de precedentes judiciais (DIDIER JR.; ZANETI JR., Hermes, 2020, p. 110).

5 PRECISAMOS DE UMA NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA?

Atualmente temos dois projetos de lei tratando do tema do processo coletivo no Congresso Nacional. O PL 4.778/2020, encaminhado pelo Conselho Nacional de Justiça, e o PL 4.441/2020, de autoria do Deputado Paulo Teixeira.

A matéria é tratada extensamente no PL 4.441/2020, que apresenta algumas inovações importantes em temas sensíveis ao processo coletivo: a) inquérito civil; b) autocomposição; c) liquidação e execução; d) certificação da ação coletiva (saneamento); e) conversão da ação individual em coletiva; f) disciplina dos fundos de direitos coletivos; entre outros. Estes temas não serão tratados neste momento.

Aqui enfrentaremos os dois riscos mais graves. A prescrição e o regime de custas e honorários. Caso os projetos de lei avancem nestes dois temas colocaremos o direito processual coletivo brasileiro em *risco de extinção*.

No aspecto específico da prescrição o projeto de Paulo Teixeira é infinitamente superior ao projeto do Conselho Nacional de Justiça. A matéria é regulada no art. 26, § 4.º, do PL 4.441/2020, do CNJ, e prevê exatamente o contrário do que foi defendido no estudo do Caso Rio Doce no tópico anterior. Caso fosse aprovada a proposta, os direitos dos atingidos teriam prescrito em 5 de novembro de 2018. Diz o texto o seguinte: “§ 4.º. A propositura da ação coletiva não interrompe a prescrição para ações individuais”.

Isso é muito grave. Como sublinhou na doutrina Antonio Gidi: “Essa norma é uma armadilha cruel para os membros do grupo que confiaram na ação coletiva e não propuseram suas ações individuais. Caso o processo coletivo venha a ser extinto sem resolução do mérito depois do prazo prescricional, o direito de todos os membros do grupo parece sem que tenha sido apreciado em juízo. Ninguém poderá propor mais a sua ação individual. Sequer a mesma ação coletiva poderá ser reproposta, ainda que o vício processual possa ser remediado. O Estado não pode usar as normas processuais como uma arapuca para enganar os cidadãos desavisados e retirar os seus direitos: isso seria uma traição” (GIDI, 2021, p. 66 - 67).

O projeto do CNJ representa um enorme retrocesso. Isso porque existem diversos aspectos no Caso Rio Doce que evidenciam que o prazo de três anos para prescrição da pretensão da reparação civil (CC, art. 206, § 3.º, V)

não teria sido suficiente para prestação de tutela adequada, justa e eficiente dos direitos dos atingidos em sede de processo coletivo. Seria um desastre jurídico dentro do desastre socioambiental.

A não interrupção da prescrição para ações individuais por meio de ajuizamento de ação coletiva ocasionaria prejuízos para as vítimas de situações tuteladas por meio das ações coletivas. Os atingidos teriam suas pretensões individuais prescritas antes do desfecho da ação coletiva. Impulsionaria uma corrida pelo ajuizamento de ações individuais e teríamos duas justiças: uma para quem ajuizou ações individuais; outra para quem resolveu esperar.

Logo, a aprovação do PL 4.778/2020 do CNJ ocasionaria estímulo à propositura de ações individuais apenas para evitar a prescrição das pretensões, aumentando desnecessariamente o número de processos em trâmite no Poder Judiciário, pois já existiria ação coletiva tutelando os direitos individuais homogêneos.

Não se pode ignorar que o PL do CNJ dá abertura para constituição de um mecanismo de impunidade dos responsáveis pelo desastre, vez que a ação coletiva proposta pelo Ministério Público não teria o condão de ensejar a interrupção do prazo prescricional das pretensões individuais, afetando milhares de pessoas as quais, seja por falta de informação ou de conhecimento jurídico, não ajuizaram suas ações individuais em tempo oportuno.

O cenário é oposto no PL 4.441/2020, do Deputado Paulo Teixeira. Este projeto garante um avanço importante. Fica claro na proposta que: a) o ajuizamento da ação coletiva *interrompe o prazo prescricional das ações coletivas e individuais* ligadas ao mesmo conjunto de fatos; b) a *prescrição dos direitos individuais homogêneos ocorre no mesmo prazo dos direitos individuais*. Eis o texto:

“Art. 15 A propositura da ação civil pública interrompe a prescrição das pretensões coletivas e individuais baseadas no mesmo conjunto de fatos.

Parágrafo único. O prazo prescricional da pretensão dos direitos individuais homogêneos será o mesmo que o das respectivas pretensões individuais.”

Este entendimento é o tecnicamente correto. A prescrição é matéria de direito material e deve ser regulada pelo direito material,³¹² seus efeitos processuais decorrem da passagem do tempo sem a resistência por parte dos atingidos, se há propositura de ação coletiva a prescrição deve ser interrompida. Isso é uma questão de justiça no sistema de tutela coletiva, no qual o efeito deterrente (evitar que o dano seja praticado novamente

³¹² Sobre o tema da prescrição consultar o clássico ensaio de AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. Revista dos Tribunais, n. 744, São Paulo, RT, 1997.

pelo mesmo réu ou por outros agentes nas mesmas circunstâncias) exige a responsabilização integral.

O dano e o ilícito coletivo não podem representar lucro para o *mass wrongdoer*, para o autor do fato lesivo. Portanto, a questão não é meramente de técnica jurídica, mas também econômica, e não está ligada à inação dos membros do grupo e à defesa dos direitos do réu. Frise-se, não se trata de expor o responsável pelos danos causados indefinidamente ao Poder Judiciário, mas de opção legislativa de suma importância para a defesa da cidadania, dos direitos fundamentais e do acesso à justiça no caso de desastres ambientais e todas as demais formas de ações coletivas, devendo essa ser aprovada a regra que está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre prescrição caso os projetos avancem. Uma nova lei para as ações coletivas brasileiras que, objetiva, sobretudo, a tutela das pessoas e dos direitos, de forma adequada, justa e tempestiva, não pode apresentar esse tipo de retrocesso.

Vamos analisar agora o segundo tema que constitui grave risco ao processo coletivo: *o regime de custas e honorários das ações coletivas*.

O regime hoje é de estímulo ao ajuizamento de ações coletivas, acesso à justiça coletiva, com a dispensa de custas e honorários para o autor da ação, salvo comprovada má-fé (art. 87, CDC c/c art. 18, LACP). Os autores não adiantaram custas e honorários, nem mesmo os honorários do perito em caso de prova pericial.

Ambos Projetos de Lei alteram o regime de custas e honorários. O PL 4.778/2020 prevê no art. 34 que “aplicam-se às ações coletivas as regras relativas às custas e à sucumbência do Código de Processo Civil”.

Essa regra é complementada com expressa menção ao Ministério Público e à Defensoria Pública para afirmar que a condenação dessas instituições nos “ônus sucumbenciais” dependerá da decisão unânime que considere “manifestamente infundada” a demanda (art. 34, parágrafo único, PL 4.778/2020) e será suportada pelo “orçamento respectivo”. A regra não trata das custas processuais e dos honorários periciais e sua antecipação, portanto, essa “exceção” é inócua para o financiamento da demanda no ponto mais sensível, a produção da prova. Por outro lado, os termos e conceitos jurídicos indeterminados da norma deixam claríssimo o risco ao “orçamento” das instituições que devem atuar na defesa do cidadão. Ao invés de facilitar o acesso à justiça coletiva essa regra coloca em risco o funcionamento das instituições que defendem a cidadania e os direitos fundamentais.

O PL 4.441/2020 é mais sutil, não têm regra geral expressa, mas a leitura combinada dos artigos 3º, § e 20, § 2º não deixa dúvidas quanto a alteração do regime e o risco que este projeto representa. O artigo 3º, § 3º, afirma a aplicação do Código de Processo Civil ao processo coletivo “desde que compatível e adequado”, poderia haver dúvida interpretativa se é adequada a alteração do regime de custas e honorários. Porém não há essa dúvida porque o PL 4.441/2020 revoga o CDC e a LACP e seu regime especial de custas e honorários e mais, o art. 20, §2º, deixa claro que havendo resistência

a produção antecipada de provas pelo réu haverá “pagamento de custas e honorários advocatícios”.

O regime do CPC acarreta os encargos financeiros do processo para quem é sucumbente, mas também distribui os encargos ao longo do processo, inclusive a produção da prova e os custos com a antecipação dos honorários do perito. Já afirmamos que as regras do CPC (ex.: art. 91, CPC) não se aplicam ao processo coletivo, deixamos claro que no processo coletivo há proteção da coletividade e estímulo ao ajuizamento da demanda. Isso está claro após o Código de Processo Civil de 2015, com o reforço do precedente do Superior Tribunal de Justiça que tratou da questão.

Para o Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo e, portanto, vinculante (art. 927, III, CPC), o Ministério Público não deve adiantar as custas com honorários periciais: “Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula nº 232 desta corte superior (‘A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito’), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o **parquet arque com tais despesas**».³¹³

Essa decisão foi confirmada por diversas vezes já no regime do Código de Processo Civil de 2015: “(...) Não se sustenta a tese de aplicação das disposições contidas no artigo 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas processuais, e, por conta de sua especialidade, a referida norma se aplica à ação civil pública, derogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil”.³¹⁴

Mudar essa regra altera o cenário das ações coletivas para pior, torna praticamente inviável o ajuizamento de ações por associações e se pensarmos nos órgãos públicos impõem um pesado ônus orçamentário, limitando muito

³¹³ REsp 1.253.844 / SC, Primeira Seção, DJe 17/10/2013, regime de recurso especial repetitivo, formando o tema 510 do STJ. Existem algumas decisões monocráticas no Supremo Tribunal Federal desafiando este precedente, decisões monocráticas, obviamente, não afastam precedentes que resultam de decisões colegiadas. O problema também diz respeito à divisão de trabalho entre o STJ, que tem por finalidade constitucional dar unidade à norma infraconstitucional, e o STF, que tem por função constitucional dar unidade à Constituição. O STF tem a última palavra, mas precisa de um argumento constitucional para poder interpretar o direito, não parece ser este o caso. Ver ZANETI JR., Hermes; SANTANA FILHO, Edilson. “Acesso à Justiça e direito fundamental à prova nas ações coletivas”. https://www.conjur.com.br/2020-nov-15/opiniaao-acesso-justica-direito-prova-aco-es-coletivas#_ftn1. Acesso em: 02 mar. 2021.

³¹⁴ STJ, 2ª Turma, RMS 55.476/SP, relator ministro Herman Benjamin, DJ em 21/11/2017, DJe em 19/12/2017; STJ, 2ª Turma, AgInt no RMS 56.454/SP, relator ministro Mauro Campbell Marques, DJ em 12/6/2018, DJ em 20/6/2018.

o número de ações que serão propostas. Frise-se, não se trata de questão de mérito, do cabimento ou não da ação, da potencial utilidade para a coletividade e do interesse público no seu ajuizamento, ações meritórias, que protegem a coletividade, não serão ajuizadas pelo risco financeiro da demanda. Trata-se do sinal contrário, da direção oposta, ao acesso à justiça coletivo.

Como eloquentemente colocou Antonio Gidi a regra limita o acesso à justiça sem beneficiar o réu diretamente, o benefício para o réu é indireto, com a diminuição de ações meritórias.³¹⁵ A regra – se ajuizada a ação coletiva – beneficia, contudo, *diretamente aos advogados do réu*. O ganho econômico dos advogados não se limita aos seus interesses, mas também cria um problema econômico, *desincentivar a autocomposição coletiva*, criando incentivo para a litigância até o final do processo para obter a condenação em sucumbência.

CONCLUSÃO

A combinação de técnicas coletivas é a melhor solução para o avanço da proteção coletiva dos direitos.

No Brasil, existe o risco de que ações coletivas sejam substituídas por técnicas contenciosas agregadas (casos repetitivos, art. 928, CPC), o que representaria um retrocesso. A combinação de ambas as formas de tutela judicial coletiva é possível e já prevista no CPC, mas deverá sempre privilegiar a ação coletiva quando a mesma questão disser respeito à distintas demandas individuais e, ao mesmo tempo, a proteção de direitos coletivos *lato sensu* (neste sentido ver o art. 8º, Rec. 76/2019, CNJ).

Estudos empíricos em desenvolvimento e a contínua crítica aos resultados obtidos por meio desses estudos permitiram uma melhor gestão dos processos coletivos. O avanço do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (CNJ/CNMP) e os Núcleos de Ações Coletivas – NAC (Res. 339/2020, CNJ) são um avanço, mas precisam ser utilizados, explorados, criticados pelos agentes envolvidos e pela academia. É preciso tomar consciência de que as tabelas unificadas do CNMP e do CNJ são exemplos de potencial avanço na gestão e controle das ações coletivas, assim como outras iniciativas à exemplo do website consumidor vencedor que recolhe dados e informações da tutela do consumidor mediante ações coletivas e compromissos de ajustamento

³¹⁵ “Ao alterar as normas de sucumbência, o Projeto CNJ intimida as instituições mais ativas na propositura das ações coletivas e limita o acesso à justiça dos grupos sociais. Trata-se de um ataque frontal às associações, ao Ministério Público e às Defensorias Públicas. É uma ameaça velada, disfarçada em forma de dispositivo legal. Ademais, a imensa responsabilidade financeira gerada pelo Projeto CNJ para os representantes do grupo é despropositada. Os honorários de sucumbência não são sequer destinados para as empresas réus, mas para os bolsos dos seus advogados. Isso porque o Estatuto da Advocacia e da OAB, desde 1994, transferiu para os advogados os honorários de sucumbência, que tradicionalmente pertenciam à parte vitoriosa para se ressarcir das despesas efetuadas com o processo. E o CPC de 2015 jogou sal na ferida, aumentando ainda mais esse ônus para a sociedade, em benefício dos interesses corporativos da classe de advogados.” GIDI, O Projeto CNJ da LACP, cit., p. 72.

de conduta. Com dados e acompanhamento empírico os resultados para a tutela coletiva dos direitos podem melhorar muito.

O cruzamento entre novas técnicas jurídicas previstas pelo Código de Processo Civil e estes estudos empíricos pode permitir avanços substanciais na tutela coletiva.

Por outro lado, com um melhor conhecimento do panorama da tutela coletiva do ponto de vista empírico também devemos dedicar mais espaço para as novas questões como o processo estrutural, o design de solução de disputas e o processo civil dos desastres. A complexidade da gestão processual que envolve os conflitos coletivos e inovações como o direito dos desastres exigem uma revisitação da teoria dos litígios coletivos.

A próxima geração de processos coletivos requer maior atenção na resolução do conflito, com a participação mais intensa de órgãos públicos de controle (órgãos reguladores e *ombudsmen*), o estímulo à autocomposição, a descentralização do cumprimento de decisões judiciais (com a criação de *claims resolution facilities* – entidades de infraestrutura específica) e a ativação de Poder judiciário como instituição de garantia de segundo grau para a tutela dos direitos e efetiva resolução dos conflitos.

Estamos muito longe de uma tutela coletiva perfeita, mas já avançamos muito. Existe ainda um longo caminho a trilhar, mas os primeiros passos já foram dados. A exigência de tutela somente pode ser satisfeita quando há uma estrutura processual mínima que permita ser veiculada a demanda. Os números do processo coletivo brasileiro já provam que ultrapassamos essa fase. Agora é preciso continuar e, sem sair da trilha que permitiu o acesso à justiça, melhorar ainda mais os mecanismos de tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, n. 744, São Paulo, RT, 1997.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão*. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, jul./dez. 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: As Claim Resolution Facilities e a sua Aplicabilidade ao Brasil*. *Revista de Processo*. v. 287, p. 445-483, jan/2019.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acceso a la justicia – programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento*. Trad. Silvia Virgínia Leo Vidaña. *Boletín mexicano de derecho comparado: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie, Año XVI, n. 48, 1983*.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: CEDAM, 1976.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. *Revista de Processo*, v. 2, n. 5, São Paulo, jan.-mar./1977.
- CARVALHO, Delton Winter de. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental*. São Paulo: RT, 2015.
- CHIARLONI, Sergio. *Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*. *Analisi Giuridica dell' Economia*, v. 1, 2008.
- CHIARLONI, Sergio. *Per l'chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*. *Riv. Dir. Proc.*, 2007.
- COSTA, Suzana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves. *Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- COSTANTINO, Giorgio. *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità*. *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, p. 1130, 2010.
- DENTI, Vittorio. *Relazione introduttiva*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976.
- DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 12. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Las Acciones Colectivas y el Enjuiciamiento de Casos Repetitivos: dos Tipos de Proceso Colectivo en el*

Derecho Brasileño. *International Journal of Procedural Law*, Cambridge: Intersentia, v. 7, pp. 266/275, 2017/02.

DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 2, 2016.

DONZELLI, Romolo. *L'azione di classe a tutela dei consumatori*. Napoli: Jovene, 2011.

FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas. Criação de Estratégias e Processos Eficazes para Tratar Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978 (Addison Harris Lecture, 1976).

FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

GIDI, Antonio. O Projeto CNJ de Lei da Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *Civil Procedure Review*, v. 12, n. 1, p. 25-75, jan.-abr. 2021.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. *Revista de Processo*. v. 249. São Paulo: RT, 2015.

DUFFY, Helen. *Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximising Impact*. Oxford/New York: Hart, 2018.

HODGES, Christopher. *The reform of class and representative actions in European legal systems*. Oxford: Hart, 2008.

IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo*, In.: IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JOBIM, Marco Felix. *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MAZZAMUTTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I Rimedi nel Diritto Privato Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- MENDES, Conrado Hubner et all. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018.
- PIGMAN, Geoffrey Allen. *Judicialization: The Third Transformation*. In: *Trade Diplomacy Trasformed*. London: Palgrave Macmillam, 2016.
- PINO, Giorgio. *Il Diritto all'Identità Personale: Interpretazione Costituzionale e Creatività Giurisprudenziale*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- PISANI, Andrea Proto. *Apunttipreliminari per uno studiosulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piuesattamente: superindividuali) innanzi al giudice civili ordinario*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976.
- ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.
- ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016.
- SANTIS, Angelo Danilo de. *La tutela giurisdizionale collettiva*. Napoli: Jovene, 2013.
- SILVESTRI, Elisabetta. *Class Actions in Italy*. In: HARSÁGI, Viktória; VAN RHEE, C. H. (eds.). *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Interventi*. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: Atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976.
- TARUFFO, Michele. *Modelli di tutela giurisdizionale de gli interessi collettivi. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Lucio Lanfranchi (org.). Torino: Giappichelli, 2003.
- TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti Sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Walth, and Happiness*. New York: Penguin Books, 2008.
- TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 302/303.
- VARRANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La Tradizione Giuridica Occidentale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010.
- VERBIC, Francisco. *El remedio estructural de la causa 'Mendoza'. Antecedentes, principales características, y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*. *Revista ANALES*, n. 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, p. 267/286, 2013.
- VERBIC, Francisco. *Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase*. In: GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. *Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.
- VIGORITTI, Vincenzo. *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.
- VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VOET, Stefaan. 'Where the wild things are': reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (ed.). *Waves in contract and liability law in three decades of Ius Commune*. Cambridge: Intersentia, 2017.

ZANETI JR., Hermes. A Legalidade na Era da Proteção das Necessidades de Tutela: Princípio da Constitucionalidade e Legalidade Ampla. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle;

FREIRE, Alexandre. *Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v. 8, Coord. Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes. El Nuevo Código de Proceso Civil brasileño de 2015 y los conflictos jurídicos: el Derecho Procesal como un camino para la paz social. *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 583/614, 2017-2.

ZANETI JR., Hermes; SANTANA FILHO, Edilson. Acesso à Justiça e direito fundamental à prova nas ações coletivas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-15/opinioao-acesso-justica-direito-prova-aco-es-coletivas#_ftn1, acesso em: 02 aabr. 2021.

ZANETI JR., Hermes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo; LINO, Daniela Bermudes. Ações Individuais no Caso Rio Doce: Interrupção da Prescrição, Suspensão da Prescrição e Comportamento Contraditório dos Litigantes no Processo de Autocomposição. *Revista de Processo*, v. 298/2019, p. 193-217, dez/2019.

A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO ESPAÇO PARA CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DE SOLUÇÕES AUTOCOMPOSITIVAS SOBRE LITÍGIOS COLETIVOS

Guilherme César Pinheiro³¹⁶

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição brasileira vigorante ocorreu explosão da “litigiosidade contida”, em razão da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88) e do reconhecimento dos direitos do consumidor e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (TAVARES apud FREIRE et al (org.), 2013, p. 61 - 62). O resultado disso é o crescente aumento do número de processos judiciais pendentes de solução, que é acompanhado da incapacidade do Judiciário de resolvê-los a contento. Assim, a cada dia que passa a aumenta a busca por medidas para equacionar referido problema. Aposta-se, sobretudo na solução extrajudicial e/ou consensual dos conflitos.

A bem da verdade, o movimento de estímulo ao uso de métodos de solução autocompositiva de conflitos como sucedâneos às decisões adjudicadas resultante da atividade jurisdicional não é peculiar ao Brasil, nem teve seu início após a Constituição de 1988. Vale lembrar que o célebre “*Projeto Florença de Acesso à Justiça*”, coordenador por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na década de 70 do século passado, já indicava ser o estímulo à solução consensual e judicial de conflitos uma das propostas práticas para superar os “obstáculos ou as barreiras” do acesso à justiça. Tal projeto internacional contou com a participação de representantes de 23 Estados³¹⁷.

Ademais, Segundo Laura Nader, o movimento das “*Alternative Dispute Resolution (ADR’s)*” surgiu nos Estados Unidos da América e vem se desenvolvendo também desde os anos 70 do século passado (NADER, 1994). Num primeiro momento, as ADR’s consistiam em práticas negociais e extrajudiciais com vistas a reduzir o número de processos judiciais iniciados, focalizando-se na mediação e na arbitragem anteriores ao processo. Posteriormente, contudo, tais práticas foram ampliadas a processos pendentes de julgamento, com a finalidade de encerrá-los (FISS, 2004, p. 122).

³¹⁶ Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas). Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas e Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), unidade Diamantina. Advogado. E-mail: guilhermepinheiro.adv@hotmail.com

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 31-73; GALANTER, Marc. “Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão”. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

No Brasil, desde a década de 1990, a legislação tem sofrido inúmeras modificações, as quais visam a normatizar a possibilidade e a forma de solução autocompositiva e extrajudicial dos conflitos. Ora, dispendo acerca da desjudicialização da resolução do conflito, com pouca ou nenhuma intervenção do Judiciário. A título de exemplo, podem ser lembrados os casos de retificação de registros públicos; consignação em pagamento extrajudicial; reconhecimento de paternidade; realização de separação, divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável e inventário e partilha; reconhecido de aquisição de propriedade pela usucapião; demarcação e divisão de terras particulares³¹⁸.

Uma outra maneira de estimular à resolução consensual de conflitos presente no ordenamento jurídico brasileiro é o fomento e o aprimoramento das técnicas de conciliação e mediação, as quais buscam soluções autocompositivas. Aqui, os exemplos e as técnicas são variados: vão da previsão genérica da norma fundamental de estímulo à solução consensual dos conflitos (art. 3º § 3º CPC/2015) à edição da Lei nº 13.140/2016, dispendo acerca da mediação entre particulares e no âmbito da administração pública, com a criação da profissão do mediador e conciliador (CUNHA; AZEVEDO NETO apud FREIRE et al (org.), 2014, p. 203-204), passando-se, inclusive, pelos estudos sobre Direito Sistêmico e Constelação Familiar³¹⁹.

Nesse entremeio, não se pode ignorar as modificações técnicas no procedimento comum do processo de conhecimento, que estabeleceu como requisito formal da petição inicial a manifestação do autor sobre seu interesse ou não na realização da audiência de conciliação e de mediação, além de dispor que tal audiência ocorrerá no início do procedimento, logo após a citação do réu e antes do oferecimento de contestação. Isso justamente para fomentar a solução consensual, porque a desnecessidade de apresentação de defesa na audiência colabora para a realização de transação, visto que a preparação da defesa poderia prejudicar o diálogo entre partes³²⁰.

As alterações legislativas não param por aí. O estímulo à solução consensual e extrajudicial dos conflitos tem avançado no Brasil, cada vez com mais força. Se até o momento o que se observou foi um movimento de facultar

³¹⁸ HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Rio de Janeiro, Ano 15, v. 22, nº 1, jan/abr, p. 379-408, 2021. PINHEIRO, Guilherme César. A audiência de conciliação e mediação no sistema processual civil. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, nº. 3, set./dez, p. 324-347, 2018.

³¹⁹ Mais sobre Direito Sistêmico e Constelação Familiar, consultar: SOUZA, Thaynna Thomaz. Direito Sistêmico: uma análise da Constelação Familiar como instrumento sistêmico de humanização do Direito. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

³²⁰ PINHEIRO, Guilherme César. O Novo Código de Processo Civil e as alterações não explícitas sobre a petição inicial. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 258, ano 41, ago. 2016, p. 97-99; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 20-21.

às partes a desjudicialização e a autocomposição judicial ou extrajudicial de conflitos, cingindo-se à atividade de accertamento de direitos (função cognitiva da jurisdição), há novas propostas parecem mais revolucionárias. Isso porque os Projetos de Lei nº 4441/2020 e nº 4.778/2020 dispõem sobre propostas de novo procedimento da lei de ação civil pública e normatizarem formas judiciais e extrajudiciais de autocomposição de litígios coletivos³²¹.

É também digno de nota as ressonâncias decorrentes da virada tecnológica do Direito ao estímulo à solução consensual e extrajudicial dos conflitos, presentes em estudos, projetos e plataformas de *Online Dispute Resolution (ODR)*³²².

Por evidente, há pontos positivos e negativos na teorização e na técnica desse movimento de estímulo à utilização de métodos consensuais e extrajudiciais para solução de conflitos. Este capítulo de livro, entretanto, não entrará na discussão sobre a legitimidade ou não dessas formas de promover o direito humano de acesso à justiça. Ao contrário disso, aqui a intenção é apenas contribuir para o debate que se deve formar a respeito do tema, buscando esclarecimentos de alguns pontos e viabilizando outras pesquisas.

A discussão que o capítulo de livro objetiva desenvolver e oferecer à crítica da comunidade acadêmica e jurídica diz respeito ao fato de se as audiências públicas podem constituir-se em espaço para construção

³²¹ Também é oportuno observar a existência de projetos de lei que visam à desjudicialização da execução civil no Brasil (PL nº 6.204/2019 e PL nº 4.257/2019), indicando que não se tratará de desjudicialização facultativa, mas obrigatória e contenciosa. Quem tiver interesse, consultar, entre outros: HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da Execução Civil: reflexões sobre o Projeto de Lei nº 6.204/2019. Revista eletrônica de direito processual – REDP, v. 21, p. 164-205, 2020; FREITAS, Helena Patrícia. Processo de Execução: da análise econômica do Direito ao debate acerca da desjudicialização. In: ALVES, Lucélia de Sena; SOARES, Carlos Henrique; FARIA, Gustavo de Castro; BORGES, Fernanda Gomes e Souza. (Org.). 4 Anos de vigência do Código de Processo de 2015. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 259-276; ANDRADE, Juliana Melazzi. A delegação do exercício da competência no processo executivo brasileiro. Revista de Processo (RePro), v. 296, Ano 43, out/2019, p. 111-147, 2019; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A desjudicialização da execução civil: projetos legislativos em andamento. Revista de Processo (RePro), v. 313, Ano 45, mar/2021, p. 153-163, 2021; FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei nº 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte um). Revista de Processo (RePro), v. 313, p. 393-414, 2021.

³²² A quem se interessar pelo tema, indica-se: CRUZ, Cristiana Gomes da. A necessidade de se regulamentar o uso de Online Dispute Resolution (ODR) no Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina. Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Diamantina, 2021; PAOLINELLI, Camila Mattos e CASPAR, Rafael Chiari. Reflexões sobre Direito, tecnologia e a utilização de ferramentas de Online Dispute Resolution em demandas trabalhistas. In: ALVES, Isabella Fonseca (org.). Inteligência artificial e processo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 177-204; NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: NUNES, Dierle, LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WOLKART, Erik Navarro (orgs.). Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2021, cap. 1, p. 17-54.

participadas de soluções autocompositivas sobre litígios coletivos, conforme previstos nos Projetos de Lei nº 4441/2020 e nº 4.778/2020. A proposta é justificada pelos riscos de se compreender ingenuamente o movimento de incentivo à autocomposição de conflitos – *Alternative Dispute Resolution* (ADR) –, de tal sorte a não perceber seu viés neoliberal, consistente em práticas vocacionadas à alta produtividade numérica despreocupada com conteúdo das autocomposições realizadas e com o seu efetivo cumprimento³²³.

Para tanto, toma-se como marco teórico a compreensão de processo metodologia normativa de garantia de Direitos Fundamentais e de controle da legitimidade do exercício de poder³²⁴, a fim de pôr em discussão a ideia de que as audiências públicas podem constituírem-se num espaço para construção participada de soluções autocompositivas acerca de litígios coletivos. E, com isso, evitar que os propósitos de promoção de acesso à justiça dos Projetos de Lei nº 4441/2020 e nº 4.778/2020 sejam desvirtuados e cooptados pela lógica de eficiência meramente quantitativa do neoliberalismo processual.

1 A NORMATIZAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS LITÍGIOS COLETIVOS NOS PROJETOS DE LEI Nº 4.441/2020 E Nº 4.778/2020: ANÁLISE GERAL

Os Projetos de Lei nº 4.441/2020 e nº 4.778/2020, versando sobre novo procedimento da ação civil pública, trazem, em sua estrutura normativa, disposições incentivadoras e reguladoras da utilização de métodos consensuais, judiciais e extrajudiciais, para solução total ou parcial definitiva ou temporária de litígios coletivos. O Capítulo IV do Projeto de Lei nº 4.441/2020 – artigos 27/42 – normatiza as formas e os efeitos da autocomposição coletiva. Já o Projeto de Lei nº 4.778/2020 dispõe a respeito das formas autocompositivas de conflitos pelas normas dos artigos 29/32.

³²³ Mais sobre o neoliberalismo processual e seu impacto no estímulo à solução consensual dos conflitos, consultar: NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009; p. 157-175; NADER, Laura. Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 29, ano 9, 1994. Disponível em: <https://acervo.racismoambiental.net.br/2011/05/09/harmonia-coercitiva-a-economia-politica-dos-modelos-juridicos/>; PINHEIRO, Guilherme César. A audiência de conciliação e mediação no sistema processual civil. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, nº. 3, set./dez, p. 324-347, 2018; DAKOLIAS, Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. *Documento Técnico nº 319*. Washington: Banco Mundial, 1996.

³²⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018; NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009; MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006; COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, nº. 22, jul./dez., p. 133-158, 2011.

Nesse sentido, inicialmente, merecem destaque as normas dos artigos 27 do PL 4.441/2020 e 29 do PL 4.778/2020. A primeira, dispõe que a conciliação, a mediação e outros meios de solução consensual de conflitos coletivos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e demais legitimados, inclusive no curso dos processos judiciais. E que os órgãos públicos poderão criar câmaras de prevenção e resolução de conflitos coletivos. A segunda, em complemento, estabelece que todo litígio coletivo pode ser resolvido por meio de acordo de Termo de Ajustamento de Conduta.

O art. 28 do PL 4.441/2020, em respeito ao princípio da publicidade, determina que nos procedimentos de negociação ou de celebração de autocomposição coletiva sejam realizadas consultas públicas, reuniões, audiências públicas ou qualquer outra forma de participação dos colegitimados e dos interessados, levando-se em consideração a dimensão da controvérsia. As próprias partes interessadas poderão convencionar sobre as medidas de ampliação de participação nos procedimentos de negociação ou de celebração de instrumentos de autocomposição coletiva.

Mas não é só: os Projetos de Lei 4.441/2020 e 4.778/2020 também cuidam de normatizar a autocomposição extrajudicial de litígios coletivos, mediante a previsão de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. O Projeto de Lei 4.441/2020, ao normatizar o tema, limita sua realização aos litígios referentes a direitos difusos e coletivos, inclusive em relação à interpretação do Direito para o caso concreto. Além disso, confere legitimidade para celebrar referido ato autocompositivo ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros colegitimados públicos, contando com a participação de associações civis, ente ou grupos representativos ou interessados. Já o PL 4.778/2020 não restringe o objeto do Termo de Ajustamento de Conduta a direitos difusos e coletivos, mas limita sua legitimidade exclusivamente ao Ministério Público. Não é à toa que há muito tempo Antônio do Passo Cabral recomenda que até mesmo a celebração de autocomposição extrajudicial de litígios coletivos, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, seja precedida de audiências públicas, em observância ao contraditório (CABRAL, 2006, p. 202-204).

Deixadas de lado essas singelas diferenças, é certo que as propostas de lei sobre o procedimento da ação civil pública reforçam ainda mais o estímulo à autocomposição de litígios coletivos, seja extrajudicialmente, por meio da celebração de Termo de Ajustamento de Condutas ou outros instrumentos jurídicos, seja por meio da realização de acordos coletivos. E o principal, o que não pode ser relegado como mero detalhe: dispõe que nos procedimentos de negociação ou de celebração de autocomposição coletiva sejam realizadas consultas públicas, reuniões, *audiências públicas* ou qualquer outra forma de participação dos colegitimados e dos interessados, levando-se em consideração a dimensão da controvérsia.

2 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO AUTOCOMPOSITIVA DE LITÍGIOS COLETIVOS.

A solução autocomposição sobre litígios coletivos exige observância de pressupostos diferentes daqueles presentes resolução consensual de litígios individuais. Tal acontece porque em se tratando de processos coletivos, nos quais a participação das pessoas diretamente interessadas ocorre pelo sistema representativo da legitimidade extraordinária, mostra-se, igualmente, necessário garantir ampla e direta participação daqueles que serão atingidos pelos efeitos da autocomposição. Não por acaso, Vicente de Paula Maciel Júnior afirma que “a demanda coletiva deve ser essencialmente participativa (VIGORITI, 1979, p. 03-16), no sentido de permitir que o maior número de legitimados interessados possa defender suas teses em juízo” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 178).

Nessa perspectiva, mostra-se como indispensável a criação de espaços processualizados e orientados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a finalidade de viabilizar o reestabelecimento do diálogo entre os envolvidos, permitindo-lhes a participação na construção da autocomposição sobre as questões e os interesses contrapostos discutidos em juízo ou fora dele.

Nesse ponto, os Projetos de Lei nº 4.441/2020 e nº 4.778/2020 parecem ter acertado ao disporem acerca da criação de medidas para ampliação da participação das pessoas diretamente envolvidas no litígio coletivo.

O art. 28³²⁵ do PL 4.441/2020 estabelece que a realização de autocomposição coletiva deve ser conduzida com transparência e utilizadas consultas, reuniões e audiências públicas ou qualquer outro meio de comunicação para viabilizar a participação dos colegitimados e interessados, levando-se em consideração a dimensão do litígio. Em sentido similar, as normas do art. 29, §§ 1º, 2º, 5º e 6º³²⁶, do PL 4.778/2020 condicionam a validade e a produção de efeitos em todo o território nacional dos atos

³²⁵ Art. 28 Qualquer negociação ou celebração de instrumentos de autocomposição coletiva deve ser conduzida com transparência e deverão ser utilizadas consultas públicas, reuniões, audiências públicas ou qualquer outra forma de participação dos colegitimados e interessados, conforme decisão do presidente do procedimento administrativo, nos procedimentos extrajudiciais, ou decisão judicial, sempre de acordo com a dimensão da controvérsia. Parágrafo único. As medidas de ampliação da participação previstas neste artigo poderão ser estabelecidas por convenção entre as partes interessadas.

³²⁶ Art. 29. Todo litígio coletivo pode ser resolvido por meio de acordo ou Termo de Ajustamento de Conduta. § 1º O acordo pode ser celebrado por qualquer legitimado, envolvendo necessariamente todos os litisconsortes, se houver, devendo ser homologado judicialmente para ter validade em todo o território nacional. § 2º A homologação do acordo deve ser precedida de audiência pública e manifestação do Ministério Público, nas hipóteses em que este atua como fiscal da ordem jurídica. [...] § 5º Celebrado acordo por associação que tenha autorização específica de seus membros para tal, são dispensáveis audiência pública, manifestação do Ministério Público e homologação judicial, ficando a eficácia do acordo restrita a seus membros. § 6º O termo de ajustamento de conduta pode ser celebrado exclusivamente pelo Ministério Público e para adquirir validade por todo o território nacional deve ser levado à homologação judicial, precedida de audiência pública.

autocompositivos de litígios coletivos à homologação judicial, esta precedida de audiência pública e manifestação do Ministério Público.

Além disso, o art. 38³²⁷ do PL 4.441/2020 possibilita aos órgãos públicos participantes da autocomposição requerer admissão de órgãos e entidades públicas com reconhecida capacidade técnica, manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas na autocomposição coletiva. Isto é, participação de *amicus curiae*.

É interessante sublinhar que, embora atualmente as audiências públicas tenham previsão normativa (ainda que tímida) no Código de Processo Civil (artigos 927 § 2º; 983 § 1º; 1.038 inciso II), inicialmente elas estavam previstas apenas no âmbito do processo legislativo e do Direito administrativo. A Constituição brasileira em vigor dispõe acerca da realização de audiências públicas pelas comissões (permanentes ou temporárias) da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 58 § 2º, II, CF/88). Já no que diz respeito ao Direito administrativo, vale recordar o art. 39 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece a obrigatoriedade de convocação de audiência pública pela autoridade responsável pela licitação quando o valor da contratação de obras e serviços de engenharia ultrapassar R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), bem como as normas dos artigos 29, 31, 32 e 34 da Lei nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe sobre a realização de audiência pública como finalidade de instrutória (artigos 29, 31, 32 e 34). A previsão de audiência pública em processos judiciais ocorreu somente com as edições das Leis nº. 9.868/1999 (art. 6º, §1º) e nº 9.882/1999 (art. 9º, § 4º), as quais normatizaram o processo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, o que o levou o Supremo Tribunal Federal a esboçar, em seu Regimento Interno (art. 154, parágrafo único, inciso V), um procedimento para participação nas audiências públicas (LOPES, 2019, p. 106 - 128).

As audiências públicas se consistem em espaço de diálogo entre a comunidade envolvida, a sociedade civil organizada e os órgãos públicos, com a finalidade preparatória às deliberações de caráter metaindividuais sobre assuntos de interesse público (CABRAL, 2006, p. 202 - 203). Essas audiências, portanto, permitem a participação de qualquer pessoa do povo nas deliberações públicas, porque a legitimidade tal para participar de deliberações pertinentes a litígios coletivos: “se dá pelo procedimento que permita a inclusão dos legitimados para participação na construção da decisão” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 178). Isso colabora para reduzir os problemas de formação de consenso legítimo em procedimentos pautados pela participação representativa, como é o caso dos processos coletivos, conforme salientado por Owen Fiss (2004, p. 128-134).

³²⁷ Art. 38 Os órgãos públicos, ao participarem da autocomposição, poderão solicitar, aos órgãos e entidades públicas com reconhecida capacidade técnica, manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em autocomposição coletiva.

Para tanto, Fabrício Veiga Costa adverte ser imprescindível dar ampla publicidade ao litígio coletivo, por meio de publicação de editais e utilização de todos os veículos de comunicação, “para que todos aqueles juridicamente interessados tenham a oportunidade de participação das discussões jurídico-constitucionais da pretensão” (COSTA, 2011, p. 152). Antônio do Passo Cabral, a seu turno, complementa defendendo que se deve garantir: “ampla publicidade prévia à realização da audiência para que seja permitida a maior participação possível e para que todos compareçam cientes do tema objeto do debate e preparados, a partir de uma pré-compreensão e reflexão detida, para prestar sua contribuição” (CABRAL, 2006, p. 203).

Não por acaso, Alexandre Freitas Câmara, ao discorrer sobre os critérios para distinguir precedentes e padrões decisórios vinculantes dos persuasivos, afirma que as audiências públicas e a participação de *amicus curiae* (e outros interessados) são importantes técnicas de ampliação subjetiva do contraditório. Isso deve acontecer com o propósito de contribuir para se conferir maior legitimidade democrática às deliberações públicas cujos efeitos possam transcender às partes do processo (CÂMARA, 2018, p. 183-20). Importa, pois, lembrar que, segundo Ronaldo Brêtas, na atualidade o contraditório não se restringe à simples possibilidade de reação das partes interessadas assentada no binômio “ação-reação” como requisito formal de validade da decisão preparada pelo procedimento. A conformação técnica e normativa do contraditório vai muito além disso, pois é estruturada pelo quadrinômio: “informação-reação-diálogo-influência”, cuja incidência há de ser verificada em toda a dinâmica do procedimento, como resultante da relação lógico-formal com a exigência de fundamentação das decisões (BRÊTAS, 2020, p. 44 -48).

A ampliação participativa nos processos de formação consensual da solução de litígios coletivos por meio de realizações de consultas, reuniões e audiências públicas, bem como pela participação de *amicus curiae* atende, potencialmente, às exigências de construção participada das deliberações públicas do devido processo constitucional. As consultas, reuniões e audiências públicas hão de constituírem-se em espaços processualizados de discursividade entre as partes: os legitimados, as pessoas diretamente interessadas e os terceiros intervenientes, com a finalidade de formação participada, responsável e consciente de deliberações autocompositivas sobre o litígio coletivo objeto de discussão. Assim, afasta-se, a um só tempo, o autoritarismo excludente do sistema representativo de proteção de direitos coletivos e a corriqueira, porém nefasta, prática de tornar as audiências de conciliação verdadeiras sessões de “coerciliação”.

Para que assim seja, é preciso compreender a própria função dos participantes nesse intrincado processo deliberativo. O juiz e os legitimados extraordinários, embora estes sejam titulares do direito de representar a coletividade e de em nome dela decidir, devem estimular o diálogo para instruir a decisão de transacionar ou não. Exige-se que a formação ou não do consenso decorra da participação recíproca e em simétrica paridade daqueles que serão diretamente atingidos pelos efeitos da deliberação que se prepara.

Juizes, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Associações Cíveis e Procuradores Públicos devem ser compreendidos como agentes fomentadores do (re)estabelecimento do diálogo, mediante o exercício do contraditório, a fim de incentivar a formação de deliberações autocompositivas. Com isso, eventual decisão em sentido diverso da conclusão encaminhada na audiência pública reclama fundamentação adequada por parte dos órgãos administrativos e judiciais. Fundamentação essa decorrente da presunção gerada em favor da conclusão da audiência pública, que impõe ônus argumentativo para aqueles que queiram afastar-se de seu resultado, conforme defendido por Antônio do Passo Cabral (CABRAL, 2006, p. 205 - 209).

Isso decorre da circunstância de que a participação das partes interessadas deve ser efetiva e gerar influência à decisão tomada pela representante da coletividade; não se podendo admitir, pois, sejam as partes coagidas, muito menos haja qualquer sobreposição à autonomia privada daqueles que são diretamente interessados no objeto litigioso. É isso que Flaviane Barros, Marius Fernando Cunha de Carvalho e Natália Chericaro Guimarães defendem a respeito das audiências de conciliação e de mediação. Compreensão essa que pode ser apropriada e aplicada aos processos de deliberação autocompositiva sobre litígios coletivos:

Na compreensão do Estado Democrático de Direito, o consenso surge como possibilidade de formulação de questões jurídicas, que passa pela compreensão do papel de seus participantes. Ou seja, a atuação do conciliador e do mediador é apenas para estimular a formulação de uma decisão consensuada, mas, para que esta exista, é imprescindível a participação daqueles que serão atingidos pelo acordo. [...] a formação do consenso exige a participação recíproca daqueles que serão atingidos pelo acordo, como já ressaltado acima, mas exige também um espaço procedimentalizado, que pode ser estruturado como conciliação ou mediação, conforme o caso. Esse espaço procedimentalizado, a partir da teoria fazzalariana, poderá ser compreendido como um processo ou um procedimento? A partir da crítica feita à teoria instrumentalista, que confunde o processo com o conflito, que exige o contraditório como ação e reação apenas quando não for possível o acordo, e da reflexão do consenso a partir da noção da participação dos sujeitos de direito como autores e destinatários da norma jurídica, podemos formular a proposição que a conciliação e a mediação somente podem ser compreendidas como processo; este compreendido no conceito de Fazzalari, ou seja, um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final realizado em contraditório pelos

afetados pelo ato final (Cf. FAZZALARI, 1996, p. 73-76). Isto é, na mediação e na conciliação, os formuladores do acordo serão as partes que serão também afetadas por ele, logo se exige a simétrica paridade, ou seja, a construção participada do provimento, que somente poderá ser realizado se as partes possuírem no espaço procedimentalizado da negociação posições subjetivas simétricas, ou seja, direitos, deveres, faculdades e ônus simétricos. Nesse processo, não se admite a coerção ou mesmo a superposição de papéis entre negociador e conciliador. Se hoje, no processo pela compreensão procedimentalista, não se admite mais o juiz como superparte, nos processos de mediação ou conciliação, os mediadores e conciliadores não podem também ocupar esse papel, eles são agentes catalisadores do acordo; os verdadeiros formuladores do acordo são as partes que atuam em contraditório (BARROS; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 150-151)³²⁸.

Pelo exposto, a autocomposição de litígios coletivos não deve decorrer de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação, nem mesmo de um temor por eventual decisão desfavorável à pretensão ou à resistência deduzidas em juízo³²⁹. Ao invés disso, a deliberação autocompositiva em questão há de decorrer do livre, responsável e discursivo exercício da autonomia privada das partes envolvidas. Para tanto, mostra-se indispensável ampliar o grau de esclarecimento dos titulares diretos do direito discutido em juízo (ou fora dele), de tal sorte a lhes permitir, segundo Fernando Horta Tavares:

falar e contradizer a fala do Outro (contraditório), apresentar as argumentações que lhe aprouver em defesa de suas teses (ampla defesa), que ele se encontra em grau isonômico de fala e de interpretação em face do Outro e que terá condições de conhecer do Direito formatador da solução do conflito”, a partir destes pressupostos, não há dúvida que os Sujeitos da Vivência passam a efetivamente e com responsabilidade exercitar o Direito a ter Direitos (TAVARES apud FREIRE et al (Org.), 2013, v. 1 p. 61-62).

³²⁸ Mais sobre o assunto, ver: NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 173-175.

³²⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 173-175; PINHEIRO, Guilherme César. A audiência de conciliação e mediação no sistema processual civil. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, nº. 3, set./dez. 2018, p. 324-347.

Se essas premissas não forem respeitadas no processo de formação da deliberação autocompositiva de litígios coletivos, haverá nítido desvirtuamento da compreensão constitucionalmente adequada da norma fundamental de estímulo aos métodos consensuais de solução de conflitos. Ou seja, o propósito constitucional democrático de participação popular das deliberações públicas será desatendido e as práticas neoliberais de eficiência (apenas) numérica serão reforçadas.

CONCLUSÃO

O discurso a respeito dos benefícios que as soluções autocompositivas podem trazer à sociedade, em geral, e ao Judiciário, em especial, é sedutor. Não é, porém, imune à crítica, tampouco pode ser analisado com superficialidade. A complexidade do sistema processual brasileiro e suas intermináveis reformas impõem aos estudiosos muita cautela no exame das propostas legislativas. A cautela diz respeito à necessidade de se fixar importante premissa referente às celebrações de atos autocompositivos sobre os litígios coletivos. O furor pela autocomposição não pode ter como único propósito a redução do número de demandas a serem processadas e julgadas pelo Judiciário, aumentando-se as estatísticas de processos finalizados. E mais: em se tratando de processos coletivos, em que a participação das pessoas diretamente interessadas ocorre pelo sistema representativo da legitimidade extraordinária, mostre-se, igualmente, necessário garantir ampla e direta participação daqueles que serão atingidos pelos efeitos da autocomposição.

Não se ignora que a atividade jurisdicional possa ser ineficiente, cara e, por vezes, resultar em atos autoritários. Todavia, seria por demais ingênuo crer que substituir a atividade jurisdicional e suas decisões adjudicadas por soluções pretensamente consensuais resolveria (ou ao menos amenizaria) a decantada crise do Judiciário e pacificaria os conflitos sociais, especialmente os de natureza coletiva.

Os métodos autocompositivos de conflitos estão longe de constituírem-se na panaceia para os problemas do sistema jurídico, em geral, e jurisdicional, em especial. Contudo, o contexto de reforma do processo coletivo brasileiro é propício para uma ampla e profunda problematização das propostas legislativas a respeito. Isso porque a legislação projetada deve refletir as conquistas históricas e democráticas normatizadas no texto constitucional, contribuindo, assim, com o projeto de construção de uma sociedade democrática.

Nesse sentido, cabe destacar o acerto das propostas legislativas de fomento à participação popular na tomada de deliberações públicas pertinentes à solução ou não autocompositiva dos litígios coletivos. Acredita-se que a abertura ao diálogo dos legitimados ao processo coletivo e dos indivíduos diretamente implicados, potencializada pela possibilidade de realizações de consultas, reuniões e audiências públicas, possa contribuir para formação legítima tanto do consenso quanto do dissenso, em relação ao processo de reconhecimento de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Juliana Melazzi. A delegação do exercício da competência no processo executivo brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, v. 296, Ano 43, out/2019, p. 111-147, 2019.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O consenso compreendido a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 168, n. dez de 2005, p. 147-153, 2005.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos e inovações do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2020
- CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais das audiências públicas. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, n. 2, abril/junho 2006, p. 199-213. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 22, jul./dez. 2011, p. 133-158, 2011.
- CRUZ, Cristiana Gomes da. A necessidade de se regulamentar o uso de Online Dispute Resolution (ODR) no Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina. Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Diamantina, 2021.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 3, p. 197-207, 2014.
- DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. Documento Técnico nº 319. Washington: Banco Mundial, 1996.
- FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte um). *Revista de Processo (RePro)*, v. 313, p. 393-414, 2021.
- FISS, Owen. *Contra o acordo*. In: *Um Novo Processo Civil: estudos norteamericanos sobre jurisdição, Constituição e Sociedade*. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles; tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121-145, 2004.

- FREITAS, Helena Patrícia. Processo de Execução: da análise econômica do Direito ao debate acerca da desjudicialização. In: ALVES, Lucélia de Sena; SOARES, Carlos Henrique; FARIA, Gustavo de Castro; BORGES, Fernanda Gomes e Souza. (org.). 4 Anos de vigência do Código de Processo de 2015. Belo Horizonte-MG: Editora D'Plácido, 2020, p. 259-276.
- GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.
- LOPES, Allan Duarte Milagres. Audiência Pública e Processo Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.
- NADER, Laura. Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n.29, ano 9, 1994. Disponível em: <https://acervo.racismoambiental.net.br/2011/05/09/harmonia-coercitiva-a-economia-politica-dos-modelos-juridicos/>
- NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.
- NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: NUNES, Dierle, LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WOLKART, Erik Navarro (org.). Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2021, cap. 1, p. 17-54.
- PAOLINELLI, Camila Mattos e CASPAR, Rafael Chiari. Reflexões sobre Direito, tecnologia e a utilização de ferramentas de Online Dispute Resolution em demandas trabalhistas. In: ALVES, Isabella Fonseca (org.). Inteligência artificial e processo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 177-204.
- PINHEIRO, Guilherme César. O Novo Código de Processo Civil e as alterações não explícitas sobre a petição inicial. Revista de Processo, v. 258, agosto, p. 85-101. 2016.
- PINHEIRO, Guilherme César. A audiência de conciliação e mediação no sistema processual civil. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, nº. 3, set./dez, p. 324-347, 2018.
- SOUZA, Thaynnan Thomaz. Direito Sistêmico: uma análise da Constelação Familiar como instrumento sistêmico de humanização do Direito. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- TAVARES, Fernando Horta. Mediação, Processo e Constituição: considerações sobre autocomposição de conflitos no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador (BA): JusPODIVM, p. 57-74, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A desjudicialização da execução civil: projetos legislativos em andamento. Revista de Processo (RePro), v. 313, Ano 45, mar/2021, p. 153-163, 2021.

O DEVER JUDICIÁRIO DE COMPOR A LIDE DE FORMA TEMPESTIVA E ADEQUADA

*THE JUDICIAL DUTY TO COMPOSE THE LIDE IN
A TIMELY AND ADEQUATE WAY*

Jorge de Oliveira Vargas³³⁰

INTRODUÇÃO

“O tempo é muito lento para os que esperam”

(William Shakespeare)

Rui dizia que “justiça tardia não é justiça, mas injustiça manifesta”.

“En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia” (Couture, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, s/ed., 1945, p. 37).

Nada desacredita mais o Poder Judiciário do que um excesso de demora no julgamento dos processos.

A mora jurisdicional envenena o ambiente dos negócios, inferniza a parte que tem razão e acaba eternizando as disputas, criando ainda mais conflitos.

Consta que, aqui, a duração de um processo regular demora 10 vezes mais que nos Estados Unidos (time is money), conforme informa Sacha Calmon Navarro Coelho, em seu artigo: O Brasil e a justiça tardia.

Desde os primórdios já havia uma preocupação com a duração do processo. Uma das primeiras evidências nos remete ao ano de 1166, na Inglaterra, onde o Rei Henrique II, no *Assize of Clarendon*, expõe que se o preso não tiver seu julgamento tempestivo no local onde fora detido, os xerifes deverão comunicar aos juízes mais próximos para fazê-lo.

Também na Inglaterra, a Magna Carta de 1215 trouxe o Princípio do Devido Processo Legal aglutinado com a razoável duração do processo. No art. 40 dispunha: A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça; condenando assim as lentidões processuais.

O mesmo entendimento consta na Declaração do Bom Povo de Virgínia de 1776. Em seu art. VIII trata do direito a um julgamento rápido.

São inúmeros os tratados e convenções internacionais sobre o tema: a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, nos arts. 5º, §3º, e 6º, §1º, refere ao direito da pessoa de ser julgada num prazo razoável, na parte que trata do direito a um processo equitativo:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável

³³⁰ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Mestre, Doutor e Pós doutor pela Universidade Federal do Paraná, membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual, membro do Instituto de Direito Tributário do Paraná, professor na Escola da Magistratura do Paraná, na Universidade Tuiuti do Paraná e no Centro Universitário Opet.

por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

A Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992), prevê no seu art. 8º, item 1:

Artigo 8º - Garantias judiciais. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No art. 1º desse Decreto consta: A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 2000, também estatui no art. 47 que: “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável [...]”.

No Brasil, o estabelecimento desse princípio, como garantia constitucional, na Constituição de 1988, só veio por força da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, com a seguinte redação: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É verdade que a Constituição de 1934, no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais, assegurou pela primeira vez em seu art. 113, 33, a celeridade processual: “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas [...]”, tendo a doutrina da época entendido que se expandia a todos os processos judiciais.

A Constituição de 1988, originalmente, não fez menção expressa à duração processual, mas isso poder-se-ia extrair, implicitamente, do art. 5º, incisos LIV e XXXV, que consagram os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do acesso aos tribunais, além do que já havíamos ratificado, em 1992, como já disse, no Pacto de São José da Costa Rica, que consagrou o direito a um processo justo com inúmeras garantias, dentre as quais a de um julgamento em tempo razoável.

Mas apesar desse Pacto e da Emenda Constitucional n. 45, a inoperância do Judiciário infelizmente continuou; é verdade que com algumas louváveis exceções. Porém, a eficácia desse princípio necessita ser a regra, não a exceção.

Esse princípio veio novamente estampado no novo Código de Processo Civil de 2015, que em seu art. 4º dispõe: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Importante ressaltar o alcance desse princípio, consagrado no novo Código de Processo Civil. O citado artigo não se limitou a repetir o texto constitucional; foi além, incluiu a atividade satisfativa.

O art. 139, II, do mesmo Código prevê que é dever do magistrado “velar pela duração razoável do processo”, ou seja, deve garantir tempo plausível a todos os procedimentos da lide até sua satisfação.

Esse princípio está intimamente ligado com os do devido processo legal, da segurança jurídica, do acesso aos tribunais, com o da moralidade administrativa e com o da eficiência (arts. 5º e 37 da Constituição Federal).

Decorre também do princípio fundamental da cidadania, pelo qual o cidadão tem direito a uma boa administração pública.

O Estado não só tem o direito de administrar, legislar e julgar, mas sobretudo o dever de bem administrar, bem legislar e bem julgar. O Poder Judiciário, tal como o Executivo e o Legislativo, tem que ser eficiente. O cidadão tem direito fundamental de receber uma boa prestação de serviços públicos.

O direito a receber a prestação jurisdicional em prazo razoável não pode ser uma proclamação retórica da Constituição Federal e do Código de Processo Civil.

A finalidade última da jurisdição é a paz, e ela fica comprometida com a ineficiência da jurisdição.

O Estado, pela teoria do risco administrativo, tem o dever de reparar a má prestação de serviço público, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da nossa Carta Magna.

Assim como acontece com qualquer má prestação de serviço, a inobservância da razoável duração do processo é indenizável.

Na Europa isso acontece constantemente. São inúmeras as condenações, principalmente de Portugal e Itália, pela inobservância desse direito.

Na lição de Marinoni, “a violação do direito à duração razoável gera direito à *tutela reparatória*. A responsabilidade do Estado é pela *integralidade do dano* experimentado pela parte prejudicada pela duração excessiva do processo” (MARINONI, 2015, p. 266).

O tema está começando a ser enfrentado em nossos tribunais. Há um caso em que o juiz condenou o Estado do Amazonas a indenizar a parte no valor de 30 (trinta) salários-mínimos, pela inobservância desse princípio. O Tribunal de Justiça daquele Estado reformou a sentença; porém, o Superior Tribunal de Justiça restabeleceu-a no Recurso Especial n. 1.383.776-AM, de relatoria do Ministro Og Fernandes, da Segunda Turma. Extraí-se da ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LESÃO. DESPACHO DE CITAÇÃO. DEMORA DE DOIS ANOS E SEIS MESES. INSUFICIÊNCIA DOS RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS DO PODER JUDICIÁRIO. NÃO ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. CONDENAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARACTERIZADA. Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras. As seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema. 6. Recurso especial ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença.³³¹

Conforme dispõe a Lei Orgânica da Magistratura, em seu art. 49, II, o magistrado responderá por perdas e danos quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

O mesmo diz o art. 143 do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: (...) II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”. Aí a previsão é de responsabilidade subjetiva do juiz. Mas a responsabilidade objetiva do Estado, por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, independe da culpa subjetiva do juiz, o qual só responde regressivamente nas hipóteses ali previstas.

1 UMA PALAVRA SOBRE A TUTELA ADEQUADA.

É importante destacar que a prestação jurisdicional não necessita apenas ser tempestiva, mas também justa, para ser adequada.

O valor justiça permeia todo o nosso ordenamento jurídico. Está no preâmbulo da Constituição; está também em seu art. 3º, como objetivo fundamental da nossa República, quando fala, no inciso I, da necessidade de se construir uma sociedade justa; quando trata da ordem econômica e financeira (art. 170); da ordem social (art. 193); quando diz que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133) etc. Isso significa dizer

³³¹ Julgamento em 6/09/2018. Publicação DJe 17/09/2018.

que toda a lei, ato normativo ou sentença injustos são inconstitucionais. Pode-se afirmar que estamos num Estado Democrático de Direito e de Justiça. Justiça é bom senso, equilíbrio, equidade, razoabilidade.

A corrente formalista de Kelsen, como escreve Ives Gandra, trouxe importante contribuição ao Direito, no aperfeiçoamento da linguagem jurídica própria da Ciência do direito, mas dela retirou o que tem de mais relevante: o ideal de justiça (MARTINS, 2010, p. 86).

E continua: A visão formalista, principalmente após as teorias de Hans Kelsen e seus seguidores, empequenece a ciência jurídica, na tentativa de purificá-la de elementos estranhos pertinentes a outras ciências, desconsiderando, como elementos próprios do Direito, a moral, os fatos sociais e quaisquer outros regulados pela norma (MARTINS, 2010, p. 179).

Direito é a arte do bem e do justo, já falava Celso. Também poder-se-ia dizer: arte do bem e da equidade.

Inúmeros tratados falam de um julgamento em prazo razoável e com equidade.

A arte não exclui a ciência, nem a ciência a arte. Portanto, nós temos no novo CPC de 2015 uma mescla do direito como ciência e do direito como arte, porque a lei não deve ser interpretado formalmente, mas sim em conjunto com os valores constitucionais, como a solidariedade, a dignidade da pessoa, a moral e a justiça.

Está superada aquela fase de que não importa se a lei é justa ou injusta, se é moral ou imoral.

Hoje a lei injusta é inconstitucional, como diz o art. 3º, I, da nossa Carta Magna. O art. 6º do Código de Processo Civil fala da decisão de mérito justa e efetiva. O mesmo pode-se dizer da lei imoral (art. 37).

Já não estamos mais no Estado de direito formal, mas sim no Estado de direito material ou de Justiça.

É importante destacar ainda que a prestação jurisdicional não apenas necessita ser tempestiva e adequada, mas também justa.

A justiça está relacionada com a equidade e o nome atual da equidade é razoabilidade. Não é outra a razão pela qual o art. 8º do CPC não fala que o juiz deve julgar de acordo com a lei, mas sim de acordo com o ordenamento jurídico, do qual a lei é apenas uma parte.

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

Portanto, a lei, por si só, não basta, precisa ter uma interpretação corretiva quando sua aplicação não atender aos fins sociais e às exigências do bem comum ou não promover a paz e a dignidade da pessoa humana.

Deve-se lembrar da diferença entre a lei e o direito. A lei é um texto e o direito é a aplicação da lei visando ao justo. Por isso, no julgamento envolvendo o caso concreto deve-se observar a equidade, que hoje é o sinônimo da razoabilidade.

CONCLUSÃO

O direito à razoável duração do processo não pode ser um mero protocolo de intenções, mas, sobretudo, compromisso eficaz.

O serviço judiciário tem que ser eficiente.

A má prestação do serviço judiciário, com a demora indevida da prestação jurisdicional, é indenizável nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

A sobrecarga de serviço não é motivo para afastar essa indenização, pois cabe ao Estado promover uma boa organização judiciária, bem como preparar o magistrado e os servidores a gerirem bem o processo.

A prestação jurisdicional não precisa somente ser prestada em prazo razoável, é necessário também que seja adequada e, para tanto, tem que buscar fazer justiça.

A lei, por si só, não é suficiente para um julgamento justo.

O juiz não deve aplicar apenas a lei, mas sim o ordenamento jurídico do qual a lei é apenas uma parte.

O nosso ordenamento jurídico admite a interpretação corretiva da lei. As leis injustas ou imorais são inconstitucionais.

A lei deve ser aplicada com equidade, para evitar injustiças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.383.776-AM, de relatoria do Ministro Og Fernandes, Segunda Turma.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. RT, 2015. Curso de processo civil, v. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Uma breve introdução ao direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

MACROCRIMINALIDADE NO BRASIL: PANORAMA E DESAFIOS AO SISTEMA DE JUSTIÇA

MACROCRIMINALITY IN BRAZIL: OVERVIEW AND CHALLENGES TO THE JUSTICE SYSTEM

Thadeu Augimeri de Goes Lima³³²

INTRODUÇÃO

A *macrocriminalidade* é um fenômeno social cujos surgimento e consolidação coincidiram com os períodos que se indicam como os de fim do auge e início do declínio do modelo da sociedade industrial e da transição rumo ao modelo da sociedade pós-industrial, basicamente a partir dos anos 1920, sendo nitidamente conseqüência dos novos paradigmas e arranjos de organização social, econômica, política, cultural e tecnológica aí emergentes. Outrossim, ela ganhou inegável impulso no último meio século, beneficiada sobremaneira pelo processo de globalização que marcou o mundo.

O termo em questão reflete categoria de cunho criminológico ou sociológico-criminal, vale dizer, não se trata de uma categoria jurídico-dogmática, mas de um “rótulo” apto a designar diversas condutas criminosas que se insiram na realidade que pretende descrever. Com efeito, foi no campo criminológico que se inaugurou a abordagem da macrocriminalidade e da resposta que ela impõe ao Sistema de Justiça, notadamente à Justiça Penal.

A macrocriminalidade se opõe à *microcriminalidade*, isto é, aquela de corte intersubjetivo tradicional e perfeitamente delineado – crimes contra a pessoa, crimes contra a honra e crimes contra o patrimônio, por exemplo –, que coloca face a face, via de regra, um agente – ou até mais de um, em simples concurso de pessoas ou em formas menos elaboradas de associação criminosa – e uma vítima – ou até mais de uma, de forma episódica – e que ameaça ou lesiona bem jurídico individual de pessoa determinada.

O presente artigo tem por objetivo analisar o panorama da macrocriminalidade no Brasil, apontando as suas principais manifestações que hodiernamente assolam o país, e os maiores desafios ao seu enfrentamento pelo Sistema de Justiça pátrio.

Antes, porém, examinam-se as origens e o reconhecimento do fenômeno e algumas das diferentes concepções a respeito de quais são os macrocrimes,

³³² Pós-doutorado em Ciência Jurídica em andamento pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Paraná, titular na Comarca da Região Metropolitana de Londrina, Paraná, Brasil. E-mails: taglima@gmail.com e taglima@mppr.mp.br.

bem como se expõem um conceito operacional da macrocriminalidade e as características desta.

A investigação se pautou especialmente nas pesquisas bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e a fontes informáticas, extraídas da *internet*, e a abordagem se vale primordialmente dos métodos histórico, dialético, indutivo e sistemático.

O método histórico tem importância para o conhecimento das origens, do contexto sociocultural e da evolução da macrocriminalidade.

O método dialético, no seu significado clássico de cotejo dialógico e contraposição de ideias conflitantes (teses e antíteses), no esforço de depuração e de superação de suas contradições (síntese), é utilizado na tarefa de conciliar diferentes concepções acerca da macrocriminalidade e delas extrair os pontos comuns.

Quanto ao método indutivo, tem lugar na elaboração de um conceito operacional de macrocriminalidade e na indicação das características fundamentais do fenômeno, assim como na identificação dos maiores desafios que ela acarreta ao Sistema de Justiça brasileiro.

Por fim, o método sistemático é usado no estudo e na busca de coordenação harmônica das normas e dos institutos jurídicos capazes de dar resposta estatal eficiente, eficaz e efetiva aos desafios lançados pela macrocriminalidade.

Além disso, o trabalho perpassa o horizonte da crítica do direito positivo, sob a perspectiva da sua efetividade no enfrentamento à macrocriminalidade, e propõe soluções *de lege lata*.

1 ORIGENS E RECONHECIMENTO DA MACROCRIMINALIDADE

Como dito logo de início, o surgimento e a consolidação da macrocriminalidade coincidiram com os períodos que se apontam como os de fim do auge e início do declínio do modelo da sociedade industrial e da transição rumo ao modelo da sociedade pós-industrial, o que se deu notadamente a partir dos anos 1920.

De fato, o modelo da sociedade industrial, que atingiu o seu ápice na segunda década do século XX, passou, especialmente depois da crise de 1929, a entrar em uma fase de crescente inadequação, até revelar, na atualidade, irreversíveis obsolescência e impotência (DE MASI, 2001, p. 116).

Nesse contexto de transformações sociais, econômicas, políticas, culturais e tecnológicas, natural que houvesse também uma transformação adaptativa na configuração da delinquência, que deu azo à eclosão e ao enraizamento da macrocriminalidade, “uma criminalidade em moldes empresariais, que explora o crime à maneira de um empreendimento lícito; esta criminalidade se superpõe à tradicional ou clássica, a qual às vezes lhe serve de ancilar.” (SILVA, 1980).

Ora, sendo a criminalidade um fenômeno social, é óbvio que ela constantemente evolui com as mudanças da sociedade, tal como se modificam os costumes, as técnicas e outras instituições sociais (SILVA, 1980, p. 11).

Empiricamente, pode-se considerar a década de 1920 – em princípio nos Estados Unidos da América, mormente em Chicago, e logo depois com expansão para a Europa e a América Latina – como o marco divisório entre a micro e a macrocriminalidade, pois foi exatamente a convulsão socioeconômica consequente à Primeira Guerra Mundial que propiciou as condições favoráveis ao surgimento da delinquência de grande escala (SILVA, 1980, p. 11).

Com efeito, o notório império criminoso erigido pelo conhecidíssimo gângster Al Capone – que, dentre suas atividades delituosas principais, incluía a atuação em apostas ilegais, em agiotagem e na exploração da prostituição, a corrupção de agentes públicos e o comércio ilegal e contrabando de bebidas durante a “Lei Seca” vigente nos EUA entre as décadas de 1920 e 1930, além da sonegação fiscal, a qual finalmente levou Capone à prisão, em 1931 – pode ser visto como o primeiro exemplo emblemático da macrocriminalidade, não obstante alguns dos traços marcantes dela sejam perceptíveis já nos preexistentes agrupamentos criminosos de tipo mafioso – *v.g.*, os vinculados às Tríades chinesas, a Yakuza japonesa e as “famílias” mafiosas italianas.

De então até hoje, a macrocriminalidade se alojou em todo o planeta e vem se diversificando e reiteradamente aumentando a sua complexidade, a reboque das incessantes revoluções tecnológicas, impondo desafios cada vez maiores às agências de *law enforcement* no que concerne ao seu controle e contenção.

O termo macrocriminalidade, entretanto, somente veio a ser formalmente empregado para designar esse fenômeno criminal a partir do final da década de 1970.

Conquanto haja quem reconheça que a expressão foi introduzida pelo criminólogo alemão Herbert Jäger em 1989 – primeiramente em artigo publicado na revista *Strafverteidiger*, e logo em seguida em sua obra intitulada *Makrokriminalität: studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt* (1989), publicada na Alemanha –, é certo que, ao menos uma década antes, aquela já havia sido utilizada na França e na América Latina.³³³

Na França, a palavra apareceu em um curto texto assinado por V. V. Stanchi e publicado no jornal *Le Monde*, na edição de 19 de fevereiro de 1979, referindo-se a “infrações como o genocídio, o magnicídio, as formas de terror exercidas pelos representantes do Estado (incluindo terrorismo administrativo), o sequestro de aviões, a tomada de reféns, a colocação de bombas, os incêndios voluntários... A enumeração não é exaustiva.”³³⁴

³³³ Atribuindo a primazia do emprego do conceito a Herbert Jäger, v. CARDONA, Alejandro Aponte. Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición. In: AMBOS, Kai; RODAS, Francisco Cortés; ZULUAGA, John (Coord.). Justicia transicional y derecho penal internacional. Bogotá: Siglo del Hombre; Centro de Estudios de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL); Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia; Fundación Konrad Adenauer; Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018. p. 169, 175.

³³⁴ STANCHI, V. V. Un nouveau type de criminels. *Le Monde*, Paris, 19 fev. 1979, tradução nossa.

Luis Rodríguez Manzanera – à época professor titular de Criminologia na Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) e na Universidad La Salle –, em seu livro *Criminología*, cuja primeira edição fora publicada em 1979, no México, também já usava o termo macrocriminalidade para aludir a formas de delinquência caracterizadas pela sua extensão e pela intervenção nelas de um maior número de sujeitos, e principalmente por produzir uma quantidade notável de vítimas. Tais formas de criminalidade teriam como traços comuns: a) uma crueldade excepcional; b) uma difusa ameaça para o corpo social; c) a produção de profundas desordem e inquietude na sociedade; d) pluralidade de autores ou de vítimas, ou de ambos ao mesmo tempo; e) a diversidade de motivos, tanto políticos quanto psicopatológicos; e f) a vulnerabilidade das vítimas perante elas (MANZANERA, 1981, p. 501).

No Brasil, registra-se o que sugere ter sido o pioneiro emprego da expressão por Juary C. Silva – que, então, era promotor de justiça no Estado do Rio de Janeiro e estudioso e pesquisador das formas de criminalidade –, em sua obra intitulada *A macrocriminalidade*, publicada pela Editora Revista dos Tribunais em 1980. De acordo com o autor, com o escopo de extremar a nova forma de delinquência abordada no livro da delinquência tradicional ou clássica, ele denominou a primeira macrocriminalidade e a última microcriminalidade, por analogia com a subdivisão utilizada na Ciência Econômica (Macroeconomia e Microeconomia) (SILVA, 1980).

Vale ressaltar que, embora os autores acima citados tenham se valido de idêntico termo para designar fenômeno que, em linhas gerais, desprezadas as não muito significativas divergências entre as noções que apresentaram, era o mesmo, infere-se que o fizeram por curiosa coincidência, pois aparentemente não conheciam os trabalhos uns dos outros quando lançaram seus escritos. De fato, não constam referências a V. V. Stanchi e a Luis Rodríguez Manzanera na bibliografia trazida por Juary C. Silva em seu livro (1980, p. 269-273) mesmo modo que não constam referências a V. V. Stanchi e a Juary C. Silva na bibliografia trazida por Luis Rodríguez Manzanera na segunda edição de seu *Criminología*, publicada em 1981 (1981, p. 511 - 532) nem referência a Luis Rodríguez Manzanera no pequeno texto de V. V. Stanchi (1989).

Nos Tribunais Superiores brasileiros, a expressão apareceu pela primeira vez em 1981, no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Extradução 390-9, em que era requerente o Governo da República da Itália e requerido o nacional italiano Silvano Bonetti, a quem se imputava, naquele país, o cometimento reiterado de vários delitos, destacando-se os equivalentes aos definidos no Brasil como sonegação fiscal (à época tipificado no art. 1º da Lei 4.729/1965), associação criminosa (art. 288 do Código Penal, originalmente com o *nomen juris* de quadrilha ou bando), falsidade ideológica (art. 299

No original: “[...] infractions comme le génocide, le magnicide, les formes de terreur exercées par les représentants de l’État (dont le terrorisme administratif), le détournement d’avions, la prise d’otages, la pose de bombes, les incendies volontaires... L’énumération n’est pas limitative.”

do CP), uso de documento falso (art. 304 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP) e contrabando (originalmente previsto no art. 334 do CP e hoje contemplado no seu art. 334-A).³³⁵

Na sua ratificação de voto, o Relator Ministro Soares Muñoz fez uso do termo macrocriminalidade e expressa referência à obra de Juary C. Silva. Outrossim, a palavra ficou consignada na ementa do acórdão lavrado, tendo-se considerado que as infrações penais atribuídas ao extraditando Silvano Bonetti configuravam “hipótese de macrocriminalidade”.

Atualmente, o termo é deveras difundido no mundo todo, não só nos restritos campos de estudos criminológicos, político-criminais e jurídico-penais, como também através dos meios de comunicação em geral e com menções na jurisprudência nacional.³³⁶

Ademais, ele encontra correspondência exata e uso corrente nas línguas inglesa (*macrocriminality*), espanhola (*macrocriminalidad*), alemã (*Makrokriminalität*), italiana (*macrocriminalità*), francesa (*macrocriminalité*) e holandesa (*macrocriminaliteit*), apenas para citar alguns exemplos.

2 O QUE É ISTO, O MACROCRIME?

Não há consenso sobre o conjunto de condutas que compõe o universo da categoria criminológica macrocriminalidade, isto é, sobre quais são exatamente os *macrocrimes*. Assim, exporemos a seguir as principais concepções com as quais deparamos.

Como adiantamos no tópico precedente, Luis Rodríguez Manzanera emprega o termo macrocriminalidade para aludir a formas de delinquência caracterizadas pela sua extensão e pela intervenção nelas de um maior número de sujeitos, e mormente por produzir uma quantidade notável de vítimas. Tais formas de criminalidade teriam como traços comuns: a) uma crueldade

³³⁵ STF, Ext 390-9, Pleno, Rel. Min. Soares Muñoz, j. em 10.06.1981, p. em 11.09.1981, pedido deferido, v. por maioria (vencidos os Ministros Clóvis Ramalhete e Décio Miranda), cuja ementa se transcreve: “EXTRADIÇÃO. – Nota verbal diplomática que satisfaz aos requisitos legais, pois os vícios formais que a defesa imputou à anexada ao pedido foram sanados com a apresentação de outro exemplar da mesma nota, enviada no curso do processo e da qual a defesa teve ciência. – Reciprocidade. A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à promessa de reciprocidade não exige que o Governo do Estado requerente firme compromisso para casos hipotéticos de extradição pleiteados pelo Estado requerido. Precedente: Extr. 340. – Dedução satisfatória da acusação em mandados de captura que reúnem os requisitos da decisão que decreta a prisão preventiva no processo penal brasileiro. – Imputação múltipla compreendendo concurso diferenciado de crimes e agentes, sob o comando do extraditando. Hipótese de macrocriminalidade. – Extradição deferida.”

³³⁶ Na jurisprudência nacional, v., por todos, no Superior Tribunal de Justiça, HC 212.643/PE, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 06.03.2012, p. em 26.03.2012; HC 3.392/RJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 30.05.1995, p. em 11.09.1995; HC 3.295/PR, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 18.04.1995, p. em 07.08.1995; e RHC 3.972/RS, 6ª T., Rel. Min. Pedro Aciole, Redator p/ o acórdão Min. Adhemar Maciel, j. em 15.12.1994, p. em 19.06.1995.

excepcional; b) uma difusa ameaça para o corpo social; c) a produção de profundas desordem e inquietude na sociedade; d) pluralidade de autores ou de vítimas, ou de ambos ao mesmo tempo; e) a diversidade de motivos, tanto políticos quanto psicopatológicos; e f) a vulnerabilidade das vítimas perante elas. Acrescenta que os macrocrimes podem ser cometidos indistintamente por grupos de pessoas, por sujeitos isolados ou até por governos altamente repressivos (MANZANERA, 1981, p. 501).

O autor afirma que o exemplo mais importante de macrocrime é o terrorismo, que geralmente se dirige a qualquer tipo de vítima e demonstra crueldade e violência, bem como que existem outros macrocrimes que afetam vítimas inocentes, como o sequestro de aviões, a utilização de reféns, a sabotagem em transportes coletivos, a discriminação racial etc (MANZANERA, 1981, p. 501).

Manzanera também destaca como forma expressiva de macrocriminalidade a chamada criminalidade do colarinho branco – conforme a expressão cunhada por Edwin H. Sutherland –, de natureza fundamentalmente econômica, que pode afetar países inteiros e cujos efeitos, não raro, vêm a recair sobre as classes menos favorecidas. Situa neste amplo espectro delitos como fraudes financeiras, evasão de divisas, corrupção ativa de agentes públicos, concorrência desleal, espionagem industrial, fraudes licitatórias e fraudes contra os consumidores, entre outros, sem olvidar o tráfico de drogas e outros delitos concernentes à “economia subterrânea” (MANZANERA, 1981, p. 501 - 502).

Outra forma especial de macrocrime, de acordo com Manzanera, é o abuso do poder, perpetrado por criminosos que detenham o poder político e que o exerçam impunemente, prejudicando os cidadãos e a coletividade em benefício de sua oligarquia, ou que disponham de poder econômico e o exerçam em prejuízo da sociedade (MANZANERA, 1981, p. 502).

Juary C. Silva, ao seu turno, sustenta que a macrocriminalidade consiste em uma criminalidade em moldes empresariais, que explora o crime à maneira de um empreendimento lícito. Ao longo de sua obra, o autor enumera diversas condutas que, segundo sua compreensão, integram esse universo criminal: o crime organizado, a criminalidade ligada ao controle da economia, a criminalidade empresarial, a usura, o terrorismo, o tráfico de drogas, os furtos de automóveis em larga escala, as falsificações, fraudes e contrafações, incluídas as praticadas contra os consumidores, a criminalidade financeira, os assaltos, o contrabando, os sequestros e as extorsões mediante sequestro, a “grilagem” de terras e as fraudes contra a Administração Pública (SILVA, 1980, p. 101).

O autor assevera que, se a microcriminalidade usualmente se externa em fatos isolados, frutos, na maioria das vezes, de impulsos súbitos dos respectivos agentes, a macrocriminalidade se apresenta sob formas empresariais, produto da organização e da cooperação dos sujeitos ativos, que adotam métodos de inspiração empresarial, combinando tecnicamente os fatores de produção criminosa (capital, mão de obra e *know-how*), à diferença dos “criminosos de ímpeto”, que agem como artesãos (SILVA, 1980, p. 10 – 28).

Antiógenes Marques de Lira afirma que a macrocriminalidade é estudada pelo Direito Penal Econômico, tratando-se do *white-collar crime*, praticado com exclusividade no mundo dos negócios, por pessoas com características bem especiais, visto que não é qualquer um que poderá, por exemplo, abalar o sistema financeiro ou monopolizar um determinado setor econômico. Nesse tipo de criminalidade, a violência cede lugar à inteligência e à astúcia, revelando delitos altamente complexos e tecnicamente bem engendrados (LIRA, 1995, p. 351-360).

Luiz Flávio Gomes também faz referência à macrodelinquência econômica, esclarecendo que envolve delitos econômicos, financeiros, tributários, ecológicos, fraudulentos etc, que causam graves danos sociais a vítimas difusas, bem como apontando os principais fatores que concorrem para a impunidade dela: 1) a complexidade do mundo organizacional e operacional dos dias atuais, que está internacionalizado e confere, *prima facie*, uma aparência de licitude aos fatos; 2) o deliberado anonimato e o distanciamento entre os autores e as vítimas, o que se consegue facilmente por meio de uma pessoa jurídica; 3) a reação social débil, vale dizer, tais crimes não são ostensivos como os microcrimes clássicos (v.g., roubo, estupro, homicídio) e, assim, a escassa visibilidade e a pouca carga de “afetividade” dificultam a sua persecução; 4) a imagem extremamente favorável dos autores, que geralmente gozam de prestígio, honorabilidade e influências e, ademais, têm a vantagem de que sua imagem está longe daquela lombrosiana, que é a facilmente reconhecida pelo público; 5) a organização para cometer a infração ocorre às ocultas e, geralmente, o principal beneficiário não toma parte formalmente da decisão criminosa, que é atribuída a outras pessoas de hierarquia inferior na empresa; e 6) a particular “psicologia da vítima” desses graves delitos, não raro indefesa, temerosa do poder da corporação e totalmente incrédula a respeito da eficácia da Administração da Justiça (GOMES, 1995, p. 166-174).

Em linha similar, Ivan Lira de Carvalho compreende que a macrocriminalidade traduz o cometimento de ilícitos penais quase sempre de conteúdo patrimonial, na esteira do processo de globalização experimentado pela economia mundial. Cuida-se de delitos marcados pela sofisticação, perpetrados por especialistas detentores de amplo domínio tecnológico e que, não raro, provocam danos de vasta extensão social. Mesmo assim, raramente são tipificados de maneira específica na legislação penal, circunstância que facilita a impunidade dos agentes, diante das dificuldades de subsunção de um fato concreto a um tipo penal preexistente.³³⁷

Já Marcos Alexandre Coelho Zilli reconhece que os macrocrimes se notabilizam pelo emprego de condutas fraudulentas e dissimulatórias,

³³⁷ CARVALHO, Ivan Lira de. O direito penal como instrumento inibidor da violência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, p. 69-76, abr./jun. 1997. n. 3. No mesmo sentido, v. FOLLONI, André; GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. Globalização e corrupção em uma sociedade complexa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 162, p. 219-256, dez. 2019. n. 3.

na maioria das vezes se ancorando em posições econômicas, políticas ou sociais dos sujeitos ativos e envolvendo altas cifras, o que gera, em consequência, prejuízos à economia do Estado. A macrocriminalidade desvia recursos que poderiam ser alocados em programas sociais e causa, em nível internacional, insegurança e descrédito quanto ao funcionamento do mercado. Trata-se, pois, de uma delinquência em bloco, conexo e compacto, de modo oculto – no caso do crime organizado – ou sob a aparência de atividade econômica lícita – no caso dos crimes do colarinho branco (ZILLI, 2004, p. 174-196).

Conceitos muito influentes de macrocriminalidade e de macrocrimes foram postos por Herbert Jäger. Para o criminólogo alemão, trata-se de todas aquelas grandes formas de violência coletiva que desencadeiam de modo preponderante e decisivo um espectro de comportamentos humanos especialmente agressivos.³³⁸

Jäger discorre que o termo macrocriminalidade pode fazer referência tanto à ampla dimensão quantitativa da lesividade que causa um determinado fato criminoso quanto ao alto nível operativo no qual se situa o conjunto de autores de tal fato. Optando pela segunda acepção, ele define a macrocriminalidade a partir da verificação de ações que não podem ser entendidas isoladamente, tendo sentido na medida em que estejam integradas em um contexto coletivo. Os fatos delituosos oriundos de tal contexto, ao terem uma repercussão macrosocial ou estrutural – e ao implicarem, em sua realização, o emprego, por parte dos sujeitos ativos, de estruturas organizativas, aparatos organizados de poder ou outras formas de organização coletiva –, evidenciam fenômeno criminoso de diferentes qualidade e expressão.³³⁹

Em sua crítica à incapacidade da Criminologia para, naquele momento inicial em que escreveu, dar conta dos fenômenos macrocriminais, Jäger frisa que o conceito não se restringe às meras associações criminosas nem se reduz à criminalidade industrial ou econômica, cuidando-se de um conceito mais abrangente e complexo, relacionado com a atuação de verdadeiros aparatos que, inclusive, substituem o Estado e se convertem em autênticos contra-Estados ou para-Estados.³⁴⁰

Os macrocrimes, em sua visão, cobrem um fenômeno estreitamente vinculado à guerra, ao genocídio, aos assassinatos coletivos, à destruição nuclear, ao terrorismo de Estado e de organizações, à perseguição de minorias, aos conflitos religiosos e culturais, às medidas contrarrevolucionárias e a

³³⁸ Cf. JÄGER, Herbert. Makrocriminalität, cit., p. 11-12; e CARDONA, Alejandro Aponte. Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional, cit., p. 169, 175.

³³⁹ Cf. JÄGER, Herbert. Makrocriminalität, cit., p. 11-12; e PÉREZ, Alfredo Alpaca. Macrocriminalidad y derecho penal internacional. Lima, Peru: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013 (Cuaderno de Trabajo del CICAJ n. 3). p. 17.

³⁴⁰ Cf. JÄGER, Herbert. Makrocriminalität, cit., p. 11-12; e CARDONA, Alejandro Aponte. Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional, cit., p. 176.

agudas situações políticas, cujos efeitos destrutivos os convertem na forma mais grave e perigosa de violência coletiva.³⁴¹

Jäger, em outro texto, acrescenta que os fatos criminosos de grande magnitude que a macrocriminalidade abrange somente são possíveis em determinadas circunstâncias e situações políticas, vale dizer, têm como pressuposto uma situação socioestatal excepcional de índole criminógena. Assim, a macrocriminalidade, ao ser um fenômeno coletivo, acarreta o reconhecimento de uma complexa situação de iminente conflito ou de enfrentamento socioestatal (apud PÉREZ, 2013, p. 18).

Kai Ambos, por sua vez, afirma que a macrocriminalidade compreende fundamentalmente comportamentos de acordo com o sistema e adaptados à situação, dentro da estrutura de uma organização, de um aparelho de poder ou de outro contexto de ação coletiva, além de fatos de imensa magnitude relevantes sob o ponto de vista do Direito da Guerra e do Direito Internacional Público, diferenciando-se qualitativamente das formas de criminalidade tradicionais e também das formas especiais – *v.g.*, o terrorismo, o tráfico de drogas, a criminalidade econômica. Para além disso, ressalta que os macrocrimes se distinguem pelas condições políticas de exceção e pelo papel ativo que o Estado desempenha neles. Aduz que a macrocriminalidade frequentemente discutida em Criminologia é mais restrita que a criminalidade dos poderosos, porque esta se relaciona geralmente com os delitos cometidos pelos ditos poderosos para a defesa das suas posições de poder, que não equivalem necessariamente ao Estado ou ao poder estatal. A participação do Estado, a sua tolerância, a sua omissão ou, inclusive, o seu incentivo relativamente a condutas macrocriminais são determinantes, razão por que é pertinente a adjetivação da macrocriminalidade como *política*. Macrocriminalidade política significa, portanto, criminalidade reforçada pelo Estado ou – com menor precisão – crimes do Estado, terrorismo de Estado ou criminalidade governamental. Trata-se, na maior parte das vezes, de uma criminalidade “para dentro”, vinda das próprias estruturas estatais e contra os próprios cidadãos.³⁴²

Finalmente, o *Macrocrimes – Centro Studi Giuridici europei sulla grande criminalità*, criado no ano de 2018 e vinculado ao *Dipartimento de Giurisprudenza da Università degli Studi di Ferrara*, na Itália, considera macrocrimes desde os chamados – em inglês – *core crimes* (“crimes essenciais”, em tradução livre), tais como os crimes de guerra, os crimes contra

³⁴¹ Cf. JÄGER, Herbert. Makrocriminalität, cit., p. 11; e PÉREZ, Alfredo Alpaca. Macrocriminalidad y derecho penal internacional, cit., p. 17.

³⁴² AMBOS, Kai. La parte general del derecho penal internacional: bases para una moderna elaboración dogmática. Tradução de Ezequiel Malarino. Montevideu: Duncker & Humblot; Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 45; e AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 49, p. 48-88, jul/ago. 2004. n. II.1.

a humanidade e o genocídio, até os crimes envolvendo graves violações dos direitos humanos, os crimes relacionados com a imigração, o crime organizado, a máfia, o terrorismo, a criminalidade transnacional, a criminalidade econômica, a criminalidade ambiental e a criminalidade alimentar.³⁴³

3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA MACROCRIMINALIDADE

A falta de consenso sobre o conjunto de condutas que compõe o universo da macrocriminalidade nos conduz à necessidade de elaboração de um *conceito operacional* dela, isto é, que sirva aos propósitos deste trabalho, facilitando o tratamento do tema e o fluxo comunicativo com o(a) leitor(a).

A partir de uma síntese indutiva das mais marcantes e recorrentes características apontadas nos vários olhares trazidos no tópico anterior, podemos conceituar a macrocriminalidade, de um modo abrangente, como a criminalidade de grande transcendência social, perpetrada por pessoas integrantes de estruturas organizadas e em dinâmica de atuação coletiva, que atinge primordialmente bens jurídicos supraindividuais e/ou individuais de vasto contingente de pessoas, fazendo assim uma multiplicidade de ofendidos.

Como já frisado, não se trata de uma categoria jurídico-dogmática, mas de um “rótulo” de cunho criminológico ou sociológico-criminal apto a colher diversas condutas delituosas concretas – os macrocrimes considerados *per se*. De forma não exaustiva e sem rigor dogmático, mencionamos a criminalidade de Estado, a criminalidade organizada, os tráficos de drogas, de armas e de pessoas, o terrorismo, as milícias, a corrupção política, os crimes do colarinho branco (aqui incluídos os delitos econômicos, financeiros, tributários, licitatórios e contra as relações de consumo, entre outros), os delitos ambientais, destacando-se os grandes desmatamentos e as queimadas de extensas áreas de vegetação, a exploração predatória de recursos naturais e os tráficos de animais silvestres e de madeiras exóticas, os delitos cibernéticos ou cibercrimes etc.

Alerte-se que não estamos aqui tratando de *tipos penais*, de entes jurídicos abstratos, mas de *atos criminosos*, de acontecimentos do mundo da vida. O importante, para que delitos concretamente praticados sejam considerados macrocrimes e se insiram no fenômeno macrocriminalidade, é que ostentem a grande transcendência social, sejam cometidos por pessoas integrantes de estruturas organizadas e em dinâmica de atuação coletiva e atinjam primordialmente bens jurídicos supraindividuais e/ou individuais de vasto contingente de pessoas, fazendo assim uma multiplicidade de ofendidos. Ou seja, nem todo tráfico de drogas, crime tributário ou corrupção ou peculato cometido, por exemplo, será um macrocrime; somente o será aquele que concretamente apresentar os traços acima expostos.

As características fundamentais dos macrocrimes, portanto e resumidamente, dizem respeito à transcendência social, aos sujeitos

³⁴³ V. a homepage do Macrocrimes – Centro Studi Giuridici europei sulla grande criminalità. Disponível em: <https://www.macrocrimes.eu/it/p/1/homepage.html>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ativos, aos sujeitos passivos, aos bens jurídicos atingidos e ao modo de agir (*modus operandi*).

A transcendência social significa que os macrocrimes colocam em risco não apenas indivíduos determinados ou mesmo indetermináveis, mas a própria sociedade como um todo, atingindo seus valores fundamentais e as bases da convivência civilizada, pluralista, democrática e segura.

Os sujeitos ativos são pessoas que, justamente por integrarem estruturas organizadas e atuarem coletivamente, desenvolvem e ostentam algum tipo de poder, seja ele político, econômico, de influência, de intimidação, tecnológico ou de outra natureza. Não se mostra necessário, contudo, que em cada fato criminoso praticado estejam diretamente envolvidos todos os integrantes da estrutura organizada, bastando a presença de um ou alguns deles, valendo-se do poder de que aquela estrutura desfruta.

Os sujeitos passivos podem ser toda a coletividade, um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ou ainda uma massa de indivíduos dispersos. Em todo caso, deve haver a expressiva abrangência subjetiva de afetados pelas infrações penais.

Os bens jurídico-penais atingidos guardam feição supraindividual e/ou individual de modo serial, na exata medida da supracitada abrangência subjetiva de afetados.

Por fim, o *modus operandi* adota um modelo de inspiração hierárquica ou empresarial de gestão e divisão de tarefas no planejamento e na execução das atividades delituosas, seja se exercitando realmente no interior de sociedades empresariais ou se utilizando delas como instrumentos de ação, seja se valendo de aparatos estatais de poder, seja empregando estruturas assemelhadamente organizadas (v.g., as organizações criminosas).

4 A MACROCRIMINALIDADE NO BRASIL

A macrocriminalidade encontrou em nosso país terreno fértil e deveras lucrativo, reflexo do papel secundário ao qual durante muito tempo a política de segurança pública restou relegada pelos Governos Federal, Estaduais e Distrital.³⁴⁴

Sem qualquer pretensão de exaurir o assunto dos macrocrimes que hodiernamente preocupam o Brasil – o qual, por si só, já renderia um portentoso volume –, apontamos a seguir, sucintamente, os mais emblemáticos.

A criminalidade organizada é certamente uma das primeiras lembranças que vêm à mente da imensa maioria das pessoas ao se falar em macrocriminalidade. Trata-se de fenômeno que provém das atividades ilícitas de organizações criminosas e diante do qual o Estado se vê muitas vezes impotente, considerando-se a insuficiência do aparato disponível para combatê-lo (PRADO, 2013, p. 241-297).

³⁴⁴ Cf., em parte, SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 65.

Conforme Rodrigo Carneiro Gomes, a existência do crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado e demonstra a falência do modelo oficial de repressão à macrocriminalidade (GOMES, 2008, p. 3).

Além de aviltar sobremaneira o Estado Democrático de Direito, a criminalidade organizada também contribui para o incremento da sensação de insegurança, gerada pelos riscos crescentes e desconhecidos provenientes das atividades típicas de uma sociedade que assume nova feição, de incertezas e da eliminação de fronteiras (PRADO, 2013, p. 241 – 297).

Ademais, ela não está ligada apenas à criminalidade econômica em sentido estrito, mas também se manifesta nas atividades políticas – nos esquemas de corrupção –, no terrorismo, nos tráficos de drogas, de armas e de pessoas etc (PRADO, p. 241 – 297).

Ressalte-se que a afirmação de que a característica essencial de qualquer atividade delitiva organizada é a finalidade de lucro indevido não leva em conta o fato de que muitas estruturas ilícitas prescindem desse intento. Assim, como elementos caracterizadores principais da criminalidade organizada, indicam-se os seguintes: associação de uma pluralidade de pessoas; estrutura organizada e hierarquizada; permanência temporal; atividade centrada em negócios ilegais; utilização de tecnologia ou outros expedientes sofisticados para a delinquência; aspiração de obter ou estender âmbitos de poder político, social, econômico ou de intimidação; mobilidade e versatilidade; disciplina interna; e corrupção ou enfrentamento das esferas de controle estatal.³⁴⁵

Destarte, parece-nos que o art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013 adotou boa cautela ao evitar a alusão ao *animus lucrandi* na definição de organização criminosa, referindo-se a ela como a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.³⁴⁶

A Lei 12.850/2013, além de fornecer a definição legal de organização criminosa, prevê delitos que afetam a paz pública – na figura típica trazida no *caput* do art. 2º, nominada pela doutrina de *crime de organização criminosa* – e a Administração da Justiça – nos crimes relativos à investigação e à obtenção de provas, tipificados nos arts. 2º, § 1º, e 18 a 21.³⁴⁷

³⁴⁵ Cf., em parte, PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado (Lei 12.850/2013), cit., n. 1.1.

³⁴⁶ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 166; e LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Direito penal supraindividual brasileiro: panorama legal. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Org.). Comentários às leis penais e processuais penais. Curitiba: Juruá, 2021. p. 1206.

³⁴⁷ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais, cit., p. 166;

A organização criminosa brasileira mais tradicional é o Comando Vermelho, criado em 1979 no presídio da Ilha Grande, em Angra dos Reis/RJ, através da união de presos comuns e presos políticos, tendo estes transmitido àqueles lições de profissionalismo, como administração financeira dos recursos e táticas de guerrilha. Também do Rio de Janeiro é a Amigos dos Amigos (AMA), que se encontra em processo de ascensão e hoje disputa espaços com o Comando Vermelho e com o Terceiro Comando Puro. Este último grupo é uma dissidência do Terceiro Comando e se originou em 2002. Todas essas organizações criminosas sofreram as consequências do “processo de pacificação” levado a cabo nas comunidades existentes nos morros cariocas e não possuem uma liderança que as una (FREITAS, 2014).

Em São Paulo, o crime organizado é dominado pelo Primeiro Comando da Capital (PCC). O PCC é reputado a maior organização criminosa do Brasil e comanda rebeliões, roubos, sequestros, homicídios e tráfico de drogas. A facção criminosa atua principalmente no Estado de São Paulo, porém também se encontra disseminada na imensa maioria dos Estados brasileiros, além de haver ingressado em países próximos, como a Bolívia e o Paraguai. O grupo é regido por um Estatuto e, no ano de 2006, instaurou enorme conflito no Estado de São Paulo, com dezenas de mortes de policiais e suspeitos, o qual, aparentemente, acabou após um acordo informal entre o Governo Estadual e as lideranças da organização.³⁴⁸

Dentre as atividades delituosas com escopo de lucro perpetradas por essas organizações criminosas mais conhecidas e temidas no país, destacam-se, pela sua expressividade, os tráficos de drogas e de armas e os furtos e roubos a bancos, a caixas eletrônicas, a lotéricas e afins, especialmente com o emprego de armamentos pesados e/ou explosivos.

Para além desses famigerados agrupamentos delitivos, muitos outros vêm se voltando ao narcotráfico em grande escala ou “no atacado”, macrocrime que tem se mostrado enormemente lucrativo – às custas da saúde e até das vidas de inúmeras pessoas –, conforme notícias veiculadas nos meios de comunicação em tempos recentes:

O mercado de drogas movimentava R\$ 17 bilhões por ano no Brasil, afirma o general da reserva do Exército Alberto Mendes Cardoso. Ex-ministro do GSI (Gabinete de Segurança Institucional) da Presidência da República, ele defende a legalização gradual das drogas, a começar pelo consumo de maconha, mas só a partir do ano de 2034, depois de uma “forte campanha educativa”. A medida

e LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Direito penal supraindividual brasileiro, cit., p. 1206.

³⁴⁸ FREITAS, 2014 Sobre o PCC, com profundidade, v. GONÇALVES, Antônio Baptista. PCC e facções criminosas: a luta contra o Estado no domínio pelo poder [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

desestimularia o negócio ilegal e os crimes associados, a exemplo de assassinatos e assaltos, defende o militar (MILITÃO, 2018).

A Operação *Enterprise* saiu às ruas de 10 estados brasileiros, incluindo o Mato Grosso do Sul, para cumprir 149 mandados de busca e sequestrar R\$ 400 milhões em bens de “uma das maiores” quadrilhas especializadas no tráfico internacional de cocaína do Brasil, mas na metade da manhã de hoje (23), já havia batido recorde histórico em patrimônio e dinheiro “tomados” de traficantes. Segundo Elvis Secco, coordenador nacional da CGPRE (Coordenadoria de Repressão a Drogas, Armas e Facções Criminosas da Polícia Federal), foi no total R\$ 1 bilhão em apreensões (ZURUTUZA; MARQUES, 2020).

A Unidade de Pesquisa em Álcool e Drogas da Unifesp (Universidade Federal de São Paulo) mostra que o tráfico de drogas arrecada R\$ 9,7 milhões por mês com a venda de drogas na área [da chamada “Cracolândia”], inclusive com a presença do PCC (Primeiro Comando da Capital) (VIEIRA, 2020).

Todavia, o enfrentamento do narcotráfico poucas vezes alcança os seus grandes financiadores e fornecedores, visto que as estratégias mais comumente adotadas pelo Poder Público se concentram – de forma excessiva e sem resultados práticos relevantes e duradouros – no “varejo” e nos pequenos traficantes, rapidamente substituíveis.

As milícias são outra manifestação da macrocriminalidade que vem assolando principalmente o Rio de Janeiro já há vários anos. Trata-se de agrupamentos criminosos que seriam formados principalmente por policiais, por bombeiros militares e por agentes penitenciários – ativos ou inativos –, além de vigilantes privados, e que se voltam a “garantir a proteção” de moradores de algumas vizinhanças, em troca de pagamentos mensais.³⁴⁹

Há uma diversidade de situações na relação entre milicianos e moradores, sendo que as mais desenvolvidas no processo de “vender segurança” consistem nas de milicianos que, além de imporem o seu serviço aos moradores amedrontados, acrescentam outras exigências, tais como a compra de mercadorias com sobrepreço, a aquisição de sinal ilegal de TV por assinatura, o pagamento de taxas por cooperativas de transporte alternativo que circulam em seu território, o pagamento de altos percentuais para negociações e aluguel de imóveis etc (ZALUAR; CONCEIÇÃO, 2007, p. 89).

³⁴⁹ Cf. ZALUAR, Alba; CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul./dez. 2007. p. 89; e MANSO, Bruno Paes. A república das milícias: dos esquadrões da morte à era Bolsonaro [livro eletrônico]. São Paulo: Todavia, 2020. passim.

A origem das atuais milícias remonta aos grupos de extermínio existentes nas décadas de 1960, 1970 e 1980 em cidades como o Rio de Janeiro, Recife e Salvador. A novidade delas está apenas na ampliação dos “negócios”, com a “venda” de produtos e serviços e as extorsões apresentadas como proteção contra crimes, constituindo mais um passo no processo histórico de longa data para compensar os fracassos das políticas de segurança pública (ZALUAR; CONCEIÇÃO, p. 91).

Como muito bem alerta Valter Foletto Santin, a ação ineficiente do Estado na segurança criou ambiente de medo coletivo, do tipo “salve-se quem puder”, propício ao surgimento de movimentos de autotutela ou de justiça com as próprias mãos – e, neste contexto, das milícias –, o aumento do egoísmo e do individualismo na sociedade, com comprometimento da legitimidade das instituições públicas e do sentimento humanitário (SANTIN, p. 97).

O controle sobre o território, que passa a ser dominado militarmente, talvez seja a característica mais importante do fenômeno das milícias na cidade do Rio de Janeiro, visto que os antigos grupos de extermínio cobravam apenas de comerciantes locais e matavam por encomenda, sendo mais próximos dos pistoleiros sertanejos do que dos “negociantes da segurança” hoje encontrados naquela urbe. Outrossim, o que é ainda mais grave, os milicianos vêm tentando ocupar espaços cada vez maiores nos Poderes Legislativo e Executivo municipais, estaduais e federais e até nas instituições do Sistema de Justiça (Polícias, Ministério Público e Poder Judiciário), construindo redes de influência e de contatos no interior da estrutura estatal.³⁵⁰

O ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com uma definição específica para o delito de constituição de milícia privada após a Lei 12.720/2012, que inseriu no Código Penal o art. 288-A: “Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.”

A corrupção política em todos os Poderes de todas as esferas da Federação tem sido diuturnamente revelada por meio de diversas investigações realizadas nos últimos anos e amplamente divulgadas nos meios de comunicação. Outrossim, a lesividade de tal prática criminosa tem se mostrado diretamente proporcional aos escalões ocupados pelos agentes políticos nelas envolvidos.

De fato, quanto mais altas as posições hierárquicas dos agentes políticos integrados aos esquemas delituosos, maior tem sido a magnitude dos atos de corrupção e dos desvios e malversações de recursos públicos – que, apenas nestas duas primeiras décadas do século XXI, chegaram a atingir a cifra dos bilhões de reais, tal qual fazem prova o famigerado “Escândalo do Mensalão” e a conhecida Operação “Lava Jato”, apenas para citar alguns

³⁵⁰ Cf. ZALUAR, Alba; CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro, cit., p. 91; e MANSO, Bruno Paes. A república das milícias, cit., n. 8.

dos exemplos temporalmente mais próximos e notórios –, caracterizando-se indubitavelmente como macrocrimes.

Como é óbvio, a corrupção política é ainda mais grave quando proporciona o desvio e a malversação de verbas destinadas à consecução das políticas públicas necessárias à implementação de direitos fundamentais sociais, especialmente as referentes à promoção da saúde, da educação, da segurança pública e da moradia, da alimentação e da assistência a pessoas economicamente vulneráveis, privando os titulares daqueles direitos da sua efetiva fruição e mantendo descumpridos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil contemplados no art. 3º da Constituição Federal de 1988, quais sejam, os de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); garantir o desenvolvimento nacional (inc. II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV).

A criminalidade do colarinho branco é outra das primeiras lembranças que vêm à mente da imensa maioria das pessoas ao se falar em macrocriminalidade. De acordo com Edwin H. Sutherland, que introduziu o conceito no ano de 1939, tal espécie de delinquência, típica do mundo dos negócios,

manifesta-se com maior frequência na forma de deturpação de demonstrativos financeiros de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidades enganosas, apropriação indébita e uso indevido de ativos, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em recuperações judiciais e falências. Essas são violações às quais Al Capone denominou de “trapaças legítimas”. Essas e muitas outras existem em abundância no mundo dos negócios (SUTHERLAND, 2014. p. 95).

Enfim, no bojo de tal conceito criminológico podem ser inseridos, de um modo geral, os crimes econômicos, financeiros, tributários, societários, contra as relações de consumo e licitatórios, bem como a lavagem de capitais, dentre outros. A lesividade de tais condutas é evidente, eis que, como é sabido, elas atentam contra bens jurídicos supraindividuais e individuais de enormes contingentes de pessoas.

Dentre os delitos ambientais que podem ser reputados macrocrimes, destacam-se os grandes desmatamentos e as queimadas de extensas áreas de vegetação, a exploração predatória de recursos naturais e os tráficos de animais silvestres e de madeiras exóticas, os quais, infelizmente, são muito

comuns e lucrativos no Brasil:

Praticamente todos os estados brasileiros apresentaram taxas de desmatamento acima de 100 km² anuais nos últimos anos. Pará, Maranhão e Mato Grosso foram as regiões que tiveram maiores áreas convertidas, ou seja, extensões de matas nativas derrubadas para outro uso. As perdas nestes três estados variaram entre 3 e 7 mil km². Este foi apenas um dos resultados encontrados pela Avaliação Nacional de Risco do Brasil, mapeamento inédito das atividades florestais no país, realizado pelo FSC Brasil e divulgado na quinta-feira (5), em São Paulo.

O estudo leva em conta cinco aspectos: exploração ilegal de madeira, violação dos direitos humanos, exploração em áreas de alto valor de conservação, exploração de florestas sendo convertidas em plantações e transgênicos. O documento, que cruza dados de fontes públicas e privadas, tem como objetivo identificar riscos da exploração ilegal de madeira e servir de instrumento para melhorar o planejamento de políticas públicas e iniciativas privadas para a conservação florestal (AMAZONIA SOCIOAMBIENTAL apud PLANETA SUSTENTÁVEL, 2015).

É difícil calcular o tamanho do mercado ilegal de compra e venda de animais silvestres, já que a regra da clandestinidade é justamente operar fora das vistas da sociedade – e do rigor da lei. No epicentro deste mercado mundial está a Amazônia e, conseqüentemente, o Brasil. As estimativas apontam que anualmente cerca de 38 milhões de animais são afetados pela caça e comércio ilegal no país. Uma análise aponta que os animais mais traficados na região são as tartarugas e os peixes ornamentais.

Os dados são do relatório que analisou o tráfico de animais silvestres no Brasil entre 2012 e 2019. O levantamento foi produzido pela Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID), em conjunto com as ONGs internacionais *Traffic* e União Internacional para Conservação da Natureza (IUCN), e divulgado na última semana (27/07). O documento – *Wildlife Trafficking in Brazil*, no original – está disponível *online* (MENEGASSI, 2020).

O tráfico de pessoas somente veio a ganhar tipificação específica em nossa legislação penal a partir da Lei 13.344/2016, que inseriu no CP o art. 149-A, com a seguinte redação:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III – submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV – adoção ilegal; ou
- V – exploração sexual.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
- III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou
- IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º. A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Como se percebe, o tipo de injusto tem alcance suficientemente amplo e consegue colher as principais e mais reiteradas formas de condutas relacionadas à traficância de seres humanos. Contudo, a cifra oculta desse nefasto delito pode ser assombrosa, tal qual se noticiou recentemente:

De acordo com dados do Ministério da Justiça, entre 2018 e 2019, um total de 184 brasileiros foram traficados; 30 eram crianças. O número pode ser ainda maior, tendo em vista que somente em 2018, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 80 mil brasileiros sumiram sem deixar vestígios, deixando parentes e amigos sem notícias. A cada dia, 226 pessoas desaparecem no Brasil (SOUZA, 2020).

Por fim, os delitos cibernéticos ou cibercrimes – aqui entendidos como aqueles perpetrados com o emprego de avançado conhecimento tecnológico e/ou elaboradas fraudes e por meios eletrônicos ou informáticos, tendo tipificação específica na legislação penal ou se subsumindo a espécies delitivas tradicionais – vêm avançando juntamente com a expansão do acesso à *internet* e às redes de comunicação virtual.

A expressão abrange fundamentalmente os crimes em que o computador ou a rede de computadores é o alvo da atividade criminosa – por exemplo, *malware*, *hackers* e ataques DOS – e as infrações tradicionais nas quais o computador ou aparelho similar é uma ferramenta utilizada para cometer o delito – por exemplo, pornografia infantil, ameaça, violação de direitos autorais e estelionato (SILVA; BARRETO; KUFA, 2020. p. 53).

Com aproximadamente quatro bilhões de internautas no mundo, o potencial número de criminosos e de vítimas impressiona. Munida de um ponto de conexão e um computador, *smartphone* ou *tablet*, qualquer pessoa pode, de sua casa ou de outro lugar qualquer, cometer uma série de delitos. O fator que propicia a ação é o anonimato, seja ele real, alcançado por *experts* (os *hackers*), seja a mera sensação de distanciamento do usuário mediano, ao utilizar falsas identidades *on-line* ou se valer de programas de mascaramento de IP (SILVA; BARRETO; KUFA, 2020, p. 57).

As atividades delitivas cibernéticas foram bruscamente incrementadas com a disseminação do *software* de código livre TOR (*The Onion Router*), que direciona o tráfego da *internet* com o escopo de ocultar a localização e a identidade dos usuários, através de uma rede livre, mundial, formada por mais de sete mil voluntários, que funcionam como servidores. A percepção dos criminosos é a de que não serão identificados, além de terem a confiança, em regra verdadeira, de que o Poder Público não dispõe de aparato idôneo para investigar e produzir as provas necessárias para lastrear condenações. A prova pericial é inafastável nesses casos e a informação, sem uma infraestrutura tecnológica e humana eficiente, pode restar corrompida, perdida ou não ser admitida em juízo (SILVA; BARRETO, 2020, p. 57-58).

De acordo com relatório elaborado pela companhia *Norton Cyber Security*, em 2017 o Brasil passou a ser o segundo país com o maior número de casos de crimes cibernéticos, afetando cerca de sessenta e dois milhões de pessoas e causando prejuízo estimado em vinte e dois bilhões de dólares (UOL, 2018). Certamente, muitos desses casos constituem macrocrimes, na linha das características apontadas no tópico anterior.

Concluindo, alerta-se que não se deve supor que os macrocrimes acima abordados constituam nichos hermeticamente isolados e incomunicáveis entre si. Ao revés, na realidade cotidiana e via de regra, muitos deles se apresentam intimamente conectados, de modo que há verdadeiras interseções entre as várias manifestações da macrocriminalidade.

5 DESAFIOS AO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO À MACROCRIMINALIDADE

Novamente sem a pretensão de esgotar o tema dos desafios ao Sistema de Justiça brasileiro no enfrentamento à macrocriminalidade – que também já renderia um portentoso volume –, apontamos na sequência aqueles que parecem ser os maiores nos dias atuais.

A título de esclarecimento, partimos da premissa de que os macrocrimes que mais preocupam o país – como crimes que são, e bem ou mal, com maiores ou menores especificidades – já encontram suas tipificações estabelecidas na legislação penal nacional. Desse modo, não nos deteremos na questão da seletividade na (falta de) incriminação de condutas que, embora macrosocialmente nocivas, não contem com sua previsão legal e consequente caracterização jurídico-formal como delitos. Em outras palavras, não nos ocuparemos de problemas relacionados à chamada *criminalização primária*, mas apenas de alguns dos relacionados à dita *criminalização secundária*.³⁵¹

Feito esse esclarecimento, podemos reunir os maiores desafios que atualmente se colocam ao Sistema de Justiça brasileiro no enfrentamento à macrocriminalidade em três grandes grupos: a “invisibilidade” que cerca enorme contingente dos macrocrimes, as dificuldades oriundas da configuração do ordenamento processual penal e a ainda incipiente utilização da persecução patrimonial dos macrocriminosos e de seus comparsas, para além da persecução penal deles.

A “invisibilidade” que cerca enorme contingente dos macrocrimes, pondo-os “fora dos radares” dos órgãos incumbidos da persecução penal, gera uma cifra oculta – de tormentosa contabilização – dessa forma de criminalidade e pode decorrer de múltiplos fatores, dentre os quais se mostram mais comuns: 1) a aparência de licitude de vários macrocrimes, notadamente dos crimes do colarinho branco, que em regra se desenvolvem em ambientes profissionais especializados e tecnicamente complexos e se escamoteiam entre negócios legítimos, sendo, por isso, de difícil detecção; 2) a constante atualização tecnológica e a facilitação de fluxos comunicativos de que se vale a macrocriminalidade, fazendo com que o Estado invariavelmente “chegue atrasado” para coibi-la, pois desprovido de aparato equivalente, o que se dá especialmente nos delitos que envolvem certo nível de sofisticação – tais como os crimes do colarinho branco e os cibercrimes –, nos quais a tecnologia de ponta é o principal instrumento para a perpetração dos ilícitos; 3) a ausência de vítimas individualizadas que se sintam prejudicadas e levem os fatos ao conhecimento das autoridades; 4) o “pacto de silêncio” – à semelhança da *omertà* das “famílias” mafiosas italianas – entre os sujeitos ativos dos delitos, mormente quando estes lhes acarretem vantagens recíprocas – *v.g.*, corrupção ativa e corrupção passiva; 5) as redes de influências dos macrocriminosos e a corrupção de autoridades incumbidas da persecução dos macrocrimes; 6) a ausência de fiscalização e policiamento em vastas áreas do território nacional, notadamente as de fronteiras e de vegetações nativas, o que favorece o ingresso, o trânsito e a saída de produtos ilegais, tais como drogas, armas, animais silvestres, madeiras exóticas etc; e 7) a intimidação de vítimas e testemunhas, mediante emprego de violência ou ameaça.

³⁵¹ Sobre os conceitos de criminalização primária e de criminalização secundária, v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 7.

No propósito de debelar os fatores acima apontados, e dentre outras medidas por parte do Poder Público, mostram-se pertinentes: 1) a qualificação técnica e a especialização de agentes estatais para atuarem na persecução dos diferentes nichos da macrocriminalidade, com a criação de delegacias de polícia, promotorias, procuradorias e juízos com atribuições e competência específicas, sem prejuízo da formação de forças-tarefas multiorgânicas, nos âmbitos federal e estadual; 2) o investimento em tecnologia e na melhor qualificação da investigação criminal, com o uso de técnicas e ações de inteligência, de cruzamentos de dados e de compartilhamentos de informações e de provas, bem como a busca de coordenação interinstitucional dos esforços de órgãos dotados de atribuições apuratórias de ilícitos, nas searas penal e extrapenal – por exemplo, Receitas Federal e Estadual, Tribunais de Contas, Polícias e Ministério Público –, em conformidade com os princípios (art. 4º), as diretrizes (art. 5º), os objetivos (art. 6º), as estratégias (art. 7º) e os meios e instrumentos para a implementação (art. 8º) da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e os mecanismos de integração e coordenação dos órgãos integrantes do Sistema Único de Segurança Pública (Susp), aquela e este instituídos pela Lei 13.675/2018; 3) a efetiva implantação e o aperfeiçoamento de canais de *whistleblowing* para macrocrimes, inclusive com previsões de recompensas para quem preste informações relevantes e devidamente fundamentadas e de providências protetivas em favor dos informantes que delas necessitem, nos moldes do que já preconizam os arts. 4º a 4º-C da Lei 13.608/2018; 4) o estímulo ao emprego de institutos negociais de cooperação processual para certos imputados, a exemplo da colaboração premiada (arts. 3º-A a 7º da Lei 12.850/2013) e do acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal), no escopo de revelarem informações e provas sobre os macrocrimes em que tenham se envolvido e que sejam de interesse à persecução penal; 5) a implementação de instrumentos de *accountability* e a efetiva fiscalização, por parte das respectivas corregedorias e/ou dos órgãos de controle externo, dos trabalhos das autoridades incumbidas da persecução dos macrocrimes, com pronta e célere apuração de suspeitas de desvios e omissões funcionais; 6) o emprego de tecnologias de vigilância por satélites e *drones* nas áreas de fronteiras e de vegetações nativas do território nacional nas quais não for viável a alocação de pessoal suficiente para a sua fiscalização e o seu policiamento; e 7) a efetiva operacionalização de programas de proteção a vítimas e testemunhas, na forma da Lei 9.807/1999.

No que tange às dificuldades ao Sistema de Justiça brasileiro no enfrentamento da macrocriminalidade oriundas da configuração do ordenamento processual penal, as duas mais marcantes são a complexidade do nosso sistema recursal e o excesso de hipóteses de foro especial por prerrogativa de função, que culminam por favorecer, em numerosos casos, o advento da prescrição e a conseqüente impunidade dos agentes.

O sistema recursal no processo penal da Justiça Comum admite o reexame dos casos penais decididos em primeiro grau por até três instâncias

distintas – uma instância ordinária (composta pelos Tribunais de Justiça, no âmbito das Justiças dos Estados e do Distrito Federal, e pelos Tribunais Regionais Federais, no âmbito da Justiça Federal) e duas instâncias excepcionais (no Superior Tribunal de Justiça, com relação a matérias de índole infraconstitucional federal, e no Supremo Tribunal Federal, com relação a matérias de índole constitucional, grosso modo) – e, em cada uma delas, ainda permite o manejo de uma multiplicidade de recursos.

Destacam-se, dentre as espécies recursais previstas, os embargos de declaração (arts. 382, 619 e 620 do CPP; arts. 263 a 265 do Regimento Interno do STJ; arts. 337 a 339 do Regimento Interno do STF), passíveis de reiteradas interposições no mesmo processo e, por isso, capazes de serem utilizados com intentos protelatórios, em especial nas instâncias superiores, de modo a tentar conduzir o feito à prescrição intercorrente da pretensão punitiva, calculada sobre a pena fixada *in concreto*, quando já não mais houver recurso acusatório apto a majorá-la.

Tudo sem prejuízo de ações impugnativas autônomas, com ênfase ao uso do *habeas corpus* como verdadeiro sucedâneo recursal, até para além de situações que impliquem atual ou iminente cerceamento da liberdade do imputado.

De outro lado, o Brasil é o país do mundo com o maior número de hipóteses de foro especial por prerrogativa de função para determinadas categorias de autoridades estatais, insculpidas tanto na própria Constituição da República de 1988 quanto nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal.

Não obstante seja cediço que o instituto do foro especial por prerrogativa de função tem como *ratio* preservar o livre e desembaraçado exercício das funções públicas mais relevantes, e não conferir odioso privilégio àqueles que as desempenham, é certo também que se reconhece que há um excesso de hipóteses dele no Direito pátrio e que a tramitação dos processos criminais de competência originária dos Tribunais se mostra mais vagarosa e cheia de intercorrências – quando comparada à tramitação dos processos criminais em primeiro grau –, o que compromete notadamente a persecução da corrupção política.

Os obstáculos à celeridade derivam mormente da sobrecarga de trabalho das Cortes – as quais têm muitos outros temas também igualmente relevantes afetos às suas competências originárias, além de competências recursais variadas –, da necessidade de decisões colegiadas para a resolução de várias questões no processo – com as naturais divergências e os pedidos de vista que postergam as conclusões dos julgamentos – e da não rara distância entre as sedes dos Tribunais e o *locus commissi delicti*, a ensejar maiores dispêndios de tempo e de atos para as instruções dos feitos – por exemplo, a expedição de diversas cartas de ordem para inquirições de testemunhas e outras diligências.

Somando-se a isso a mencionada possibilidade de abusos recursais, cria-se o quadro propício ao arrastamento dos processos penais de competência originária dos Tribunais à fatídica cessação do *jus puniendi*.

Cumpra salientar que, conquanto haja uma equivocada percepção, por expressiva parcela da população, de que o Supremo Tribunal Federal seria o “guardião ou garante da impunidade”, foi justamente dele que partiram, especialmente na última década, algumas das mais importantes soluções interpretativas para contornar as acima referidas dificuldades ao Sistema de Justiça brasileiro no enfrentamento da macrocriminalidade oriundas da configuração do ordenamento processual penal.

Com efeito, a nosso juízo, tais importantes soluções interpretativas foram: a) a coibição de recursos protelatórios, mediante a declaração da sua inadmissibilidade e a determinação da certificação do trânsito em julgado da condenação criminal e da imediata baixa dos autos ao órgão jurisdicional de origem para o início da execução penal, independentemente da publicação do acórdão que decidiu o recurso, sempre que se reconhecer a este o caráter de manifesta protelação³⁵²; b) a expressa atribuição de eficácia interruptiva do curso do prazo prescricional, nos moldes do art. 117, inc. IV, do CP, também à publicação de acórdão proferido em julgamento de recurso que confirma a condenação criminal³⁵³; e c) a restrição das hipóteses de foro especial por prerrogativa de função no ordenamento jurídico nacional, por meio c.1) da exigência de simetria das hipóteses previstas em Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal com as hipóteses previstas na CF/1988³⁵⁴, c.2) da exigência de contemporaneidade e de correlação estrita do fato criminoso imputado com o exercício da função pública garantidora do foro especial³⁵⁵ e c.3) da inextensibilidade, como regra, aos corréus não detentores do foro especial.³⁵⁶

Por óbvio, muitas outras modificações se mostram necessárias ou ao menos aconselháveis, *de lege ferenda*, nas supracitadas temáticas, tendo por escopo reduzir a complexidade do sistema recursal e eliminar muitas das hipóteses de foro especial por prerrogativa de função. Todavia, os estreitos

³⁵² Nesse sentido, dentre outros e mais recentemente, v. HC 182.617 AgR/DF, 2ª T., Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 16.06.2020, p. em 20.06.2020; ARE 1.088.930 AgR-EDv-ED/SP, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 14.12.2018, p. em 07.02.2019; e HC 129.138/SP, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Redator p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em 24.10.2017, p. em 01.02.2018.

³⁵³ Nesse sentido, v. HC 170.692/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 24.08.2020, p. em 03.09.2020; HC 176.473/RR, Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 27. abr. 2020, p. em 10.09.2020; e HC 147.625/SP, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13.11.2018, p. em 28.02.2019.

³⁵⁴ Nesse sentido, v., especialmente, ADI 4.870/ES, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 15.12.2020, p. em 23.02.2021; Pet 3.240 AgR/DF, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, Redator p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 10.05.2018, p. em 22.08.2018; e ADI 5.103/RR, Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 12.04.2018, p. em 25.04.2018.

³⁵⁵ V. o paradigmático acórdão proferido na AP 937 QO/RJ, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, Rev. Min. Edson Fachin, j. em 03.05.2018, p. em 11.12.2018.

³⁵⁶ Nesse sentido, dentre outros, v. RHC 157.321 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 28.09.2018, p. em 04.10.2018; Inq 4.104/SC, 2ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 26.11.2016, p. em 06.12.2016; Inq 4.106/SC, 2ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 25.10.2016, p. em 10.11.2016; e Inq 4.107/SC, 2ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 25.10.2016, p. em 10.11.2016.

limites deste artigo não permitem desenvolver aqui, com a profundidade que merecem, eventuais sugestões de aperfeiçoamento da legislação.

Finalmente, apresenta-se como último – para os efeitos desta modesta e sabidamente incompleta exposição, frise-se – dos desafios ao Sistema de Justiça brasileiro no enfrentamento da macrocriminalidade a ainda incipiente utilização da persecução patrimonial dos macrocriminosos e de seus comparsas, para além da persecução penal deles.

Uma importante repercussão comunicativo-simbólica do efetivo funcionamento do Sistema de Justiça deve ser a de que o crime não pode compensar. Dito de outro modo, é dever de um Estado Democrático de Direito fazer com que, nos seus domínios, o crime não compense. Falamos mesmo, neste ponto, de vantagens econômicas.³⁵⁷

Para os macrocrimes que geram benefícios econômicos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar a fruição dos ganhos provenientes dos delitos e também a aplicação do patrimônio decorrente de atividades criminosas na logística necessária para outras infrações.³⁵⁸

Admitir – seja por inércia, seja por ineficiência dos órgãos estatais, seja por ausência de institutos jurídicos adequados – a fruição dos lucros auferidos com o crime desestabiliza a confiança da sociedade na ordem jurídica e nas instituições, criando modelos negativos de condutas bem-sucedidas. A longo prazo, a fruição disseminada de lucros obtidos ilicitamente afeta a economia – ante as possíveis vantagens competitivas ilegais decorrentes dos lucros delituosos – e contamina a atividade política, pondo em xeque até mesmo as fundações de uma sociedade democrática. Ademais, os ganhos provenientes de atividades criminosas constituem meios importantes para o financiamento de novas infrações penais, servindo para perpetuar o ciclo de desrespeito ao Direito.³⁵⁹

Contudo, não se pode olvidar que a persecução criminal não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todos os ilícitos penais podem ser investigados, processados e punidos, inclusive por força das irrenunciáveis garantias constitucionais e legais dos cidadãos. A prescrição, a morte ou a fuga do autor, a impossibilidade jurídica e/ou material de obtenção de provas suficientes, por exemplo, são óbices relativamente comuns à aplicação da lei penal, a despeito de ter sido praticado um delito. Nessas hipóteses, a persecução criminal com foco na punição do infrator será incapaz de alcançar o proveito econômico das infrações penais, abrindo ensejo à fruição, pelo próprio autor dos delitos ou por terceiros a ele ligados, do patrimônio resultante do cometimento de crimes, com as graves consequências apontadas. Por isso, cabe a um Estado Democrático de Direito, por meio das suas instituições, adotar providências efetivas para alcançar o patrimônio oriundo da e/ou empregado na prática de infrações

³⁵⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – Grupo de Trabalho Bicameral Medidas Cautelares Reais (MPF – GTBMCR). Persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, 2016. p. 7.

³⁵⁸ MPF – GTBMCR. Persecução patrimonial e administração de bens, cit., p. 7.

³⁵⁹ MPF – GTBMCR. Persecução patrimonial e administração de bens, cit., p. 7.

penais *também quando uma condenação criminal não seja possível*. Vale dizer, há que se combater o lucro decorrente do crime, independentemente da punição do agente com as sanções penais clássicas.³⁶⁰

Nos últimos anos, a ideia de focar a atenção no patrimônio vinculado ao delito tem sido cada vez mais considerada pelos Estados Democráticos nos seus desenhos de instituições e de modelos legislativos de repressão penal. Há até diretrizes internacionais, muitas das quais cogentes para a República Federativa do Brasil, que preconizam a adoção de medidas concretas para a constrição e o confisco dos ganhos decorrentes do crime, independentemente da punição do infrator, tratando aquelas como objetivo tão relevante quanto a última para os fins da repressão dos macrocrimes.³⁶¹

Procurar obstar a fruição dos ganhos decorrentes de atividades ilícitas não é propriamente uma mudança de paradigma, porque a punição dos sujeitos ativos continua a ser primordial e porque a imposição da reparação dos danos e a decretação do perdimento dos produtos e dos proveitos da infração são medidas tradicionais na Justiça Penal. Cuida-se, na verdade, de foco em uma nova agenda, paralela, na persecução criminal, que enfatiza os efeitos econômicos dos delitos também como uma prioridade, ao lado da punição do infrator. Ou seja, uma agenda cuja preocupação não é o criminoso em si, mas o patrimônio vinculado a atividades criminosas: uma persecução patrimonial.³⁶²

Para a referida tarefa, são já conhecidos, no Direito Comparado e no Direito Internacional, regras e institutos jurídicos que visam a conferir instrumentos específicos compatíveis, tais como formas de confisco ou perda de bens dissociadas de prévia condenação criminal (*non-conviction based confiscation*); investigação patrimonial autônoma, paralela à apuração das condutas delituosas em si, voltada para a identificação de bens e valores possivelmente oriundos de crimes e passíveis de confisco; regras materiais e processuais especiais viabilizando, no âmbito da Justiça Civil e desvinculadamente da persecução criminal, o confisco de bens de origem criminosa; e a inversão do ônus da prova, exigindo-se que, em determinadas circunstâncias, o detentor do bem comprove, sob pena de confisco, a origem lícita dele.³⁶³

No Brasil, onde ainda são tímidos esses instrumentos jurídicos específicos para o combate ao lucro do crime, não fica prejudicada – ao revés, mostra-se premente – a atuação orientada à agenda da persecução patrimonial, que dá seus primeiros passos no país e ainda não restou internalizada na cultura institucional dos órgãos de repressão penal como meio necessário para o enfrentamento da delinquência, sobretudo dos macrocrimes que geram benefícios econômicos.³⁶⁴

³⁶⁰ MPF – GTBMCR. Persecução patrimonial e administração de bens, cit., p. 7.

³⁶¹ MPF – GTBMCR. Persecução patrimonial e administração de bens, cit., p. 8.

³⁶² MPF – GTBMCR. Persecução patrimonial e administração de bens, cit., p. 7.

³⁶³ MPF – GTBMCR. Persecução patrimonial e administração de bens, cit., p. 8.

³⁶⁴ MPF – GTBMCR. Persecução patrimonial e administração de bens, cit., p. 8.

Deixada essa advertência, façamos um perfunctório exame dos instrumentos jurídicos disponíveis para a persecução patrimonial, iniciando pelos manejáveis na Justiça Penal e vinculados à persecução criminal.

Como é sabido, o principal efeito da condenação penal transitada em julgado é o de sujeitar o agente à resposta punitiva estatal. Porém, a par deste efeito, ela produz outros, de cunho extrapenal, disciplinados, de modo genérico, na Parte Geral, Título V, Capítulo VI, do CP, precisamente nos arts. 91, 91-A e 92. Interessam-nos neste ensejo os arts. 91, inc. II, *b*, e seus §§ 1º e 2º, e 91-A, que disciplinam o confisco referido como clássico ou tradicional, o confisco pelo equivalente e o recentemente introduzido confisco alargado.

O confisco em sua modalidade chamada clássica ou tradicional é contemplado no art. 91, inc. II, *b*, do CP, o qual preconiza a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do *produto* do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua *proveito* auferido pelo agente com a infração penal.

Produto do crime é o bem ou valor que ingressa na posse do sujeito ativo diretamente com a prática delituosa, que surge no patrimônio dele com o próprio cometimento do ilícito penal, o resultado pronto da empreitada criminosa – por exemplo, a coisa alheia móvel subtraída no furto (art. 155 do CP) ou no roubo (art. 157 do CP). De outro lado, *proveito do crime* é o bem ou valor que ingressa na posse do agente por causa da prática delituosa, porém de forma indireta – por exemplo, um imóvel adquirido com o dinheiro público desviado no crime de peculato (art. 312 do CP).³⁶⁵

O confisco pelo equivalente é regrado nos §§ 1º e 2º do art. 91 do CP, inseridos pela Lei 12.694/2012. De acordo com o § 1º, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes aos produtos ou proveitos do crime, quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. Vale dizer, a perda pode atingir bens ou valores em si mesmo licitamente obtidos, ou ao menos cuja proveniência delituosa não haja sido comprovada a contento, em sub-rogação dos bens ou valores de origem criminosa não alcançados pela Justiça. Ao seu turno, o § 2º preceitua que, nesse caso, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual penal poderão abranger aqueles bens ou valores – licitamente obtidos ou sem a devida comprovação de proveniência delituosa – equivalentes do investigado ou do acusado, para posterior decretação da perda.

Finalmente, o confisco alargado, tratado no art. 91-A do CP e incluído neste diploma por obra da Lei 13.964/2019 (a chamada “Lei Anticrime”), incide sobre a diferença entre o valor do patrimônio do réu e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, diferença essa que, por um raciocínio inferencial, passa a ser considerada produto ou proveito de atividades criminosas para fins de perda.

³⁶⁵ Cf. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Do sequestro no processo penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1973. p. 9-10; e RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 289.

Os requisitos materiais do confisco alargado são previstos no *caput* do art. 91-A: condenação por delito ao qual a lei comine pena de reclusão superior a seis anos e comprovação de diferença entre o valor do patrimônio do acusado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Tais requisitos deverão ser objeto de verificação fundamentada em capítulo próprio da sentença penal condenatória, no qual o juiz declarará a diferença apurada entre o patrimônio do réu e o compatível com o seu rendimento lícito e especificará os bens sobre os quais recai a perda, *ex vi* do § 4º. Outrossim, a decretação do confisco alargado não pode ser feita *ex officio*, dependendo de requerimento expresso do Ministério Público, formulado já por ocasião do oferecimento da denúncia, com a indicação da diferença apurada, nos moldes do § 3º.

Vale referir ainda que o § 1º do art. 91-A esclarece que, para efeito do confisco alargado, entende-se por patrimônio do imputado o conjunto de todos os bens de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente (inc. I), assim como os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal (inc. II), ao passo que o § 2º dispõe – desnecessariamente, porque se faz óbvio corolário da ampla defesa – que o acusado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

Não se olvidem também as hipóteses de confisco de produtos, proveitos e instrumentos das infrações penais contempladas na legislação penal extravagante: art. 25 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998); art. 7º, inc. I, da Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998); e arts. 63 a 63-F da Lei Antitóxicos (Lei 11.343/2006).

No propósito de acautelar a imposição dessas espécies de confisco, outrossim, o CPP oferece como medida assecuratória adequada o *sequestro* (arts. 125 a 133-A), que se destina precipuamente à constrição das vantagens econômicas do delito. Com efeito, a especialização da hipoteca legal e o arresto (arts. 134 a 144-A) se voltam a resguardar, primordialmente, a reparação do dano *ex delicto* à(s) vítima(s) e, secundariamente, o pagamento das despesas processuais e das sanções penais de natureza pecuniária impostas (cf. o art. 140 do CPP, *c/c* o art. 91, inc. I, do CP).

Do exposto até aqui, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza uma série de instrumentos idôneos e de razoável abrangência manejáveis na Justiça Penal para a persecução patrimonial da macrocriminalidade. Todavia, a vinculação deles à persecução penal os deixa à mercê da sorte desta, como enfatizado linhas atrás, de maneira que o insucesso dela termina por acarretar a inaplicabilidade de tais instrumentos e a manutenção da fruição do patrimônio de origem espúria pelos macrocriminosos.

Passando aos instrumentos legais disponíveis para a persecução patrimonial manejáveis na Justiça Civil, é preciso alertar, de partida, que o sistema jurídico pátrio não conta ainda com o instituto da perda civil de bens, que seria objeto de uma ação civil *in rem* de extinção de domínio, de um modo

amplamente aplicável para a ablação de patrimônios ilegalmente auferidos – conquanto já tenha havido projetos de lei com o objetivo de instituí-los.³⁶⁶

Com efeito, a perda de bens e valores obtidos ilicitamente decretável no bojo de demandas cíveis é prevista apenas de forma excepcional em nosso Direito, notadamente nos arts. 6º, 12, incs. I e II, e 18 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e nos arts. 19, inc. I, e 24 da Lei de Improbidade Empresarial ou Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Assim, por enquanto, fora das hipóteses restritas desses diplomas legais, não há supedâneo jurídico-material para a imposição dessa verdadeira sanção civil, na esteira do art. 5º, inc. XXXIX, *in fine*, da CF/1988, que, na sua melhor exegese, condiciona a aplicação de penas – quaisquer que sejam, de natureza criminal, civil ou administrativa – à sua prévia cominação legal.

Isso, contudo, não significa que a persecução patrimonial extrapenal dos macrocrimes não seja possível por meios diversos da perda civil de bens, com amparo em outros institutos e categorias admitidos pelo ordenamento jurídico.

Observe-se que a ilicitude é atributo de uma conduta que traduz a sua contrariedade com a ordem jurídica como um todo. Logo, todo ilícito penal é, também e simultaneamente, um ilícito extrapenal, pois contrário ao ordenamento jurídico globalmente considerado. Sob o prisma do Direito Civil, se esse ilícito causar dano a alguém, ele abrirá margem ao dever de reparar, objeto da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (cf. os arts. 186, 927, 935 e 944). Trata-se do que habitualmente se denomina reparação do dano causado pelo crime ou reparação do dano *ex delicto*.

Impende ressaltar que o dano reparável não necessariamente se identifica com o dano individual, patrimonial ou extrapatrimonial. Corrente doutrinária contemporânea, que reverbera na jurisprudência, sustenta a existência do *dano social*, de caráter supraindividual, como categoria autônoma de dano reparável. Cuida-se de lesão à própria sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento do seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida, dando azo ao dever de reparar (AZEVEDO, 2009. p. 382).

Nessa trilha, não soa descabido afirmar que o macrocrime pode trazer consigo um dano social *ex delicto*, que afeta interesses difusos da sociedade – pois, como dissemos antes, uma das características fundamentais dos macrocrimes é a sua transcendência social, significando que colocam em risco

³⁶⁶ Sobre o instituto da perda civil de bens e a ação civil de extinção de domínio, inclusive com menções aos projetos de lei que pretenderam instituí-los, v., por todos, SANTIN, Valter Foletto; MARQUES, Silvio Antonio. Anotações sobre a perda civil de domínio de bens. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar dos; BALLAN JÚNIOR, Octahydes; SILVA, Rodrigo Monteiro da (Org.). Segurança pública: os desafios da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 445-468; e CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A ação civil de extinção do domínio: o confisco alheio ao âmbito penal. Consultor Penal, 27 nov. 2018. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/a-acao-civil-de-extincao-de-dominio/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

o corpo social como um todo, atingindo seus valores fundamentais e as bases da convivência civilizada, pluralista, democrática e segura – e é passível de reparação através do mecanismo da responsabilidade civil.³⁶⁷

Ademais, a reparação desse dano social *ex delicto* pode e deve ser buscada por meio de demanda coletiva, ajuizada com fulcro no art. 1º, inc. IV, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.437/1985).³⁶⁸

Tratar-se-ia de uma ação civil pública de responsabilidade civil por dano social *ex delicto*, uma possibilidade *de lege lata*, no bojo da qual caberiam variadas medidas constritivas patrimoniais – *v.g.*, na forma dos arts 4º e 12 da LACP ou dos arts. 294 e seguintes do Código de Processo Civil – voltadas a cercear os bens e valores oriundos dos macrocrimes e a garantir que se prestassem a compensar monetariamente os prejuízos supraindividuais suportados pela coletividade vítima da macrodelinquência.

Ao fim e ao cabo, ante a carência de mais instrumentos extrapenais específicos para a persecução patrimonial da macrocriminalidade, cumpre aos operadores do Direito procurar no quadro do ordenamento jurídico soluções criativas que a viabilizem ou que proporcionem resultados práticos equivalentes.

CONCLUSÃO

Retomando o que dissemos alhures, a macrocriminalidade, de um modo abrangente, pode ser conceituada como a criminalidade de grande transcendência social, perpetrada por pessoas integrantes de estruturas organizadas e em dinâmica de atuação coletiva, que atinge primordialmente bens jurídicos supraindividuais e/ou individuais de vasto contingente de pessoas, fazendo assim uma multiplicidade de ofendidos. Trata-se de uma categoria ou um “rótulo” de cunho criminológico ou sociológico-criminal, apto a colher diversas condutas delituosas concretas – os macrocrimes considerados *per se*.

Como fenômeno social, a macrocriminalidade teve seu surgimento e sua consolidação coincidentes com os períodos que se indicam como os de fim do auge e início do declínio do modelo da sociedade industrial e da transição rumo ao modelo da sociedade pós-industrial, basicamente a partir dos anos 1920, sendo nitidamente conseqüência dos novos paradigmas e arranjos

³⁶⁷ Valter Foletto Santin expressamente admite a reparação de danos sociais causados por crimes econômicos e contra os consumidores e defende, inclusive, a possibilidade de fixação de quantum mínimo para tanto na própria sentença penal condenatória, nos termos do art. 387, inc. IV, do CPP. V. SANTIN, Valter Foletto. *Reparação de dano social na condenação por crime econômico*. In: VVAA. *Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 693-695.

³⁶⁸ É o que se depreende do Enunciado 456, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, in verbis: “Art. 944: A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.” V. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. Cient.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 66.

de organização social, econômica, política, cultural e tecnológica aí emergentes. Outrossim, ela ganhou inegável impulso no último meio século, beneficiada sobremaneira pelo processo de globalização que marcou o mundo.

A macrocriminalidade encontrou no Brasil terreno fértil e deveras lucrativo e, hodiernamente, muitas de suas manifestações preocupam o país, destacando-se a criminalidade organizada, o tráfico de drogas em grande escala ou “no atacado”, as milícias, a corrupção política, os crimes do colarinho branco e os delitos ambientais, em especial os grandes desmatamentos e as queimadas de extensas áreas de vegetação, a exploração predatória de recursos naturais e os tráficos de animais silvestres e de madeiras exóticas, além dos delitos cibernéticos ou cibercrimes. Ademais, não se deve supor que tais macrocrimes constituam nichos hermeticamente isolados e incomunicáveis entre si, pois a realidade cotidiana demonstra que, via de regra, muitos deles se apresentam intimamente conectados, de modo que há verdadeiras interseções entre as várias manifestações da macrocriminalidade.

Os maiores desafios que atualmente se colocam ao Sistema de Justiça brasileiro no enfrentamento à macrocriminalidade podem ser reunidos em três grandes grupos: a “invisibilidade” que cerca enorme contingente dos macrocrimes, as dificuldades oriundas da configuração do ordenamento processual penal e a ainda incipiente utilização da persecução patrimonial dos macrocriminosos e de seus comparsas, para além da persecução penal deles.

Não obstante o nosso ordenamento jurídico certamente comporte muitos aperfeiçoamentos no que concerne ao enfrentamento da macrocriminalidade, ele já oferece um bom arsenal de instrumentos para superar os citados desafios e convida os operadores do Direito a procurar outros, notadamente na esfera extrapenal e através de soluções criativas *de lege lata*.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. Cient.). Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- AMAZÔNIA SOCIOAMBIENTAL apud PLANETA SUSTENTÁVEL. Extração ilegal de madeira ainda é realidade no Brasil, aponta estudo inédito do FSC. Amazônia Socioambiental. Disponível em: <https://www.amazoniasocioambiental.org/pt-br/radar/extracao-ilegal-de-madeira-ainda-e-realidade-no-brasil-aponta-estudo-inedito-do-fsc/>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- AMBOS, Kai. La parte general del derecho penal internacional: bases para una moderna elaboración dogmática. Tradução de Ezequiel Malarino. Montevideú: Duncker & Humblot; Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 49, p. 48-88, jul./ago. 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARDONA, Alejandro Aponte. Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición. In: AMBOS, Kai; RODAS, Francisco Cortés; ZULUAGA, John (Coord.). Justicia transicional y derecho penal internacional. Bogotá: Siglo del Hombre; Centro de Estudios de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL); Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia; Fundación Konrad Adenauer; Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, 2018.
- CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A ação civil de extinção do domínio: o confisco alheio ao âmbito penal. Consultor Penal, 27 nov. 2018. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/a-acao-civil-de-extincao-de-dominio/>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- CARVALHO, Ivan Lira de. O direito penal como instrumento inibidor da violência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, p. 69-76, abr./jun. 1997.
- DE MASI, Domenico. O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. Brasília; Rio de Janeiro: UnB; José Olympio, 2001.
- FOLLONI, André; GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Globalização e corrupção em uma sociedade complexa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 162, p. 219-256, dez. 2019.
- FREITAS, Vladimir Passos de. O crime organizado é pouco conhecido e estudado nas escolas de direito brasileiras. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 8. jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-08/crime-organizado-conhecido-estudo-brasil>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, p. 166-174, jul./set. 1995.

- GOMES, Rodrigo Carneiro. O crime organizado na visão da Convenção de Palermo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GONÇALVES, Antônio Baptista. PCC e facções criminosas: a luta contra o Estado no domínio pelo poder [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- JÄGER, Herbert. Makrokriminalität: studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Direito penal supraindividual brasileiro: panorama legal. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Org.). Comentários às leis penais e processuais penais. Curitiba: Juruá, 2021. p. 1197-1207.
- LIRA, Antiógenes Marques de. Macrocriminalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 719, p. 351-360, set. 1995.
- MANSO, Bruno Paes. A república das milícias: dos esquadrões da morte à era Bolsonaro [livro eletrônico]. São Paulo: Todavia, 2020.
- MANZANERA, Luis Rodríguez. Criminología. 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 1981.
- MENEGASSI, Duda. Relatório aponta Amazônia como epicentro do tráfico de animais silvestres no Brasil. (O) Eco, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/reportagens/relatorio-aponta-amazonia-como-epicentro-do-traffic-de-animais-silvestres-no-brasil/>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- MILITÃO, Eduardo. Tráfico de droga move R\$ 17 bi por ano, diz general que defende legalização. UOL, Notícias, Cotidiano, Brasília/DF, 21 dez. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/12/21/traffic-de-droga-move-r-17-bi-por-ano-diz-general-que-defende-legalizacao.htm>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – Grupo de Trabalho Bicameral Medidas Cautelares Reais (MPF – GTBMCR). Persecução patrimonial e administração de bens. Brasília, 2016.
- PÉREZ, Alfredo Alpaca. Macrocriminalidad y derecho penal internacional. Lima, Peru: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013 (Cuaderno de Trabajo del CICAJ n. 3).
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Do sequestro no processo penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1973.
- PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado (Lei 12.850/2013). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 938, p. 241-297, dez. 2013.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SANTIN, Valter Foletto. Reparação de dano social na condenação por crime econômico. In: VVAA. Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 693-695.
- SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.
- SANTIN, Valter Foletto; MARQUES, Silvio Antonio. Anotações sobre a perda civil de domínio de bens. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SANTOS,

- Leonardo Augusto de A. Cezar dos; BALLAN JÚNIOR, Octahydes; SILVA, Rodrigo Monteiro da (Org.). Segurança pública: os desafios da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 445-468.
- SILVA, Juary C.. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- SILVA, Marcelo Mesquita; BARRETO, Alessandro Gonçalves; KUFA, Karina. Cibercrimes e seus reflexos no direito brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- SOUZA, Renato. Desde 2000, quase 2 mil brasileiros foram vítimas de tráfico de pessoas. Correio Braziliense, Brasília/DF, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/07/28/interna-brasil,876015/desde-2000-quase-2-mil-brasileiros-foram-vitimas-de-traffic-de-pessoa.shtml>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- STANCHI, V. V.. Un nouveau type de criminels. Le Monde, Paris, 19 fev. 1979. Disponível em: https://www.lemonde.fr/archives/article/1979/02/19/un-nouveau-type-de-criminels_2788915_1819218.html. Acesso em: 20 mar. 2021.
- SUTHERLAND, Edwin H.. A criminalidade de colarinho branco. Tradução de Lucas Minorelli. Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal, v. 2, n. 2, p. 93-103, jul./dez. 2014. p. 95.
- UOL. Brasil é o segundo país no mundo com maior número de crimes cibernéticos. UOL, Tilt, São Paulo, 15 fev. 2018. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/02/15/brasil-e-o-segundo-pais-no-mundo-com-maior-numero-de-crimes-ciberneticos.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- VIEIRA, Kauê. Lucro de R\$ 9,7 milhões por mês do tráfico pode explicar existência da Cracolândia. Hypheness. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2020/02/lucro-de-r-97-milhoes-por-mes-do-traffic-pode-explicar-existencia-da-cracolandia/>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho penal: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZALUAR, Alba; CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul./dez. 2007.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios inquisitórios na Lei 9.034/1998. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 46, p. 174-196, jan./fev. 2004.
- ZURUTUZA, Anahi; MARQUES, Bruna. PF “tomou” R\$ 1 bilhão de traficantes, 11 milhões de euros que estavam em van. Campo Grande News, Campo Grande/MS, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/pf-tomou-r-1-bilhao-de-trafficantes-11-milhoes-de-euros-que-estavam-em-van>. Acesso em: 1 abr. 2021.

A SUCUMBÊNCIA E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

SUCUMBENCE AND ADVOCATORY FEES

Mário Helton Jorge ³⁶⁹

INTRODUÇÃO

A prática forense mostra as dificuldades enfrentadas pelos magistrados para a fixação do grau da sucumbência da demanda e dos respectivos honorários advocatícios, que decorrem da própria complexidade dos procedimentos processuais civis e, principalmente, quando há cumulação de pedidos e causas de pedir, associada a indefinição do valor de cada pedido pelo demandante.

O objetivo deste singelo trabalho é demonstrar objetivamente de forma clara como deve ser apurado o grau da sucumbência, configurada no ganho e na perda do demandante, em situações diversas, para depois também demonstrar objetivamente como arbitrar os honorários, à luz das regras específicas, no processo de conhecimento, com sentença de mérito.

1 DA SUCUMBÊNCIA

A sucumbência vem do latim *succumbere* que significa submeter-se, afundar, ficar abaixo, ato de suportar, sucumbir, perder, ceder etc., matéria que está diretamente relacionada com as demandas judiciais, a qual é medida a partir de uma situação objetiva, que é a derrota total ou parcial da pretensão.

A perda enseja a obrigação objetiva de indenizar, que é sempre um risco assumido pelo ajuizamento de uma demanda judicial, no caso do autor, ou do réu, em razão de não cumprir voluntariamente a obrigação de direito material postulada pelo titular, obrigando-o a promover a ação judicial para o seu cumprimento forçado.

Portanto, a sucumbência é um ônus de suportar as custas e as despesas processuais, bem assim os honorários advocatícios (artigo 82 § 3º e 85 “caput” do CPC).

Por outro lado, o exame da quantificação da sucumbência está diretamente associado ao sucesso do pedido **imediato** (direito processual) que é a natureza da tutela pretendida (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental) e do **mediato** onde se especifica concretamente o bem da vida (direito material), que, de modo geral, sempre traz algum proveito econômico, o qual se pretende obter, em face do demandado.

Como regra, temos que, se o pedido for julgado procedente, o grau da sucumbência será de 100% e suportada integralmente pelo réu, ou se o pedido for julgado improcedente o grau da sucumbência será de 100% e será suportada integralmente pelo autor.

³⁶⁹ Desembargador do TJPR e mestre em Direito (PUC-PR)

Importante registrar que, tanto na procedência, como na improcedência, a quantificação da sucumbência (100%) será sempre igual para o autor e para o réu.

Mas, se for parcialmente procedente, haverá sucumbência recíproca, sendo que o grau da sucumbência variará de acordo com o que foi postulado e o que foi albergado pela sentença. Exemplo: Pediu a condenação de R\$ 20.000,00 e ganhou R\$ 13.000,00. O autor sucumbiu em 35% e o réu em 65% (a apuração é feita através de regra de três: se 20.000 é igual a 100%, logo 13.000 será igual a x%. Assim temos que $x = 13.000 : 20.000$. Conclusão $x = 65\%$).

Ainda, o autor que pretendeu a cobrança de R\$ 100.000,00 e o réu comprovou ter pago R\$ 80.000,00. O juiz julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a pagar ao autor R\$ 20.000,00. No presente caso, há sucumbência recíproca,³⁷⁰ pois o autor sucumbiu em 80% de sua pretensão, enquanto que o réu 20%.

A propósito, as situações mais complexas relacionam-se sempre aos casos de sucumbência recíproca, isto é, definir, tecnicamente, qual é a respectiva quantificação da perda que é mensurada por um percentual.

Hipótese **(a) cumulação de pedidos simples com causas de pedir constantes e simples. Condenação** de pagamento de R\$ 3.350,00 de complementação de cobertura securitária, por inadimplemento; **(b) condenação** de pagamento de correção monetária sobre o valor do valor de R\$ 7.350,00 recebido na esfera administrativa (R\$ 132,00), por inadimplemento; **(c) condenação** ao pagamento de R\$ 5.000,00 a título de danos morais, por ofensas aos direitos da personalidade; **(d) condenação** ao pagamento das despesas médicas, no valor de R\$ 2.250,00, com fundamento em inadimplemento. Havendo sucumbência de ambos, a sua quantificação será medida de acordo com o valor de cada bem jurídico acolhido e rejeitado. Se ganhasse os pedidos (a), (b) (c) o valor seria de R\$ 5.632,00, que representaria o percentual de 52,97% das pretensões e perderia o (d) R\$ 5.000,00, que representa 47,18%.

Hipótese **(b) cumulação sucessiva de pedidos (constitutivo negativo e condenatório) com uma causa de pedir (inadimplemento)**. Rescisão de contrato de locação com pedido condenatório de pagamento de R\$ 25.000,00, decorrentes de inadimplementos de aluguéis. Se procedente a rescisão e parcialmente a condenação (R\$15.000,00 ou outros valores) haverá sucumbência recíproca. No pedido de rescisão o réu sucumbirá em 100% e no pedido de condenação haverá sucumbência do autor em 40% e do réu em 60%.

Hipótese **(c) cumulação sucessiva de pedidos. Reintegração de pose com pedido condenatório de perdas e danos** (tutela é executiva *lato sensu e condenatória*). Ganhou a reintegração e perdeu a condenação. Sucumbência

³⁷⁰ Na fixação de honorários, o réu pagará no mínimo 10% sobre a condenação R\$ 20.000,00 (= R\$ 2.000,00) enquanto que o réu pagará, no mínimo, 10% sobre R\$ 80.000,00 (perda) no importe de R\$ 8.000,00.

recíproca, pois o réu perdeu 100% no pedido de reintegração e o autor perdeu 100% na tutela condenatória. É equivocado aferir as sucumbências em 50%, para cada parte do total dos pedidos, considerando que cada pretensão possui valor próprio estabelecido na petição inicial, exceto se cada um dos pedidos possuir o mesmo valor econômico.

Hipótese **(d) cumulação sucessiva de pedidos. Pedido de reintegração de posse** de funcionário público em seu cargo, com fundamento em dispensa imotivada, mais a **condenação** ao pagamento dos salários e vantagens não percebidos, no total de R\$ 18.500,00 (tutela mandamental e condenatória). Se procedente o pedido mandamental e parcialmente o pedido condenatório (R\$ 7.350,00), haverá sucumbência de 100% para o réu, no primeiro pedido, e no pedido condenatório haverá sucumbência parcial para o autor de 60,3% e para o réu de 39,7%. Assim, considerando que, nas demandas, podem ser postuladas várias pretensões simples ou cumuladas e de naturezas diversas, é imperativo que, para fins de sucumbência, sejam examinados, em cada uma, os ganhos e as perdas, quando houver.

Hipótese **(e) cumulação imprópria de pedidos** (cumulação alternativa). **Pedido condenatório** de devolução de dinheiro R\$ 2.300,00 ou (condenação da) **entrega de produto novo** ou a (condenação para a) **concessão de desconto**, com fundamento em defeito do produto (máquina de lavar roupas). A pretensão (condenação) é única com várias alternativas para a satisfação do autor, que fica à escolha do juiz. Nesta situação, somente haverá sucumbência recíproca se afastadas duas das alternativas (entrega de produto novo e o desconto) e seja parcialmente acolhida a devolução do dinheiro (R\$ 2.230,00). Em decorrência, haverá sucumbência para o autor de 3,10% e para o réu de 96,90%. Quando a sucumbência for mínima, o demandado a suportará integralmente. Ademais, não há sucumbência nas alternativas que forem afastadas, mas somente naquela acolhida em parte, porque a pretensão é única à escolha do juiz (e não do devedor, como nos pedidos alternativos, de acordo com cláusula contratual).

Hipótese **(f) cumulação própria de pedidos e de pedidos sucessórios** (declaratório, condenatório). Nulidade de cláusula de cobrança de comissão de permanência, de cláusula de avaliação, de registro e condenatório de restituir os valores cobrados indevidamente, em dobro. Os pedidos de nulidade são autônomos, enquanto que os de cobrança são sucessivos, porque dependentes do sucesso dos de nulidade. Portanto, haverá sucumbência recíproca, no caso em que for rejeitado um pedido de nulidade e um de condenação. Assim, o autor sucumbirá em 100% de cada pedido de nulidade e 100% em cada pedido condenatório e o réu em 100% do pedido de nulidade e 100% no pedido condenatório. É equivocado definir a sucumbência pelo número de pedidos, no caso 3 pedidos de nulidade e 3 de condenação = 6 pedidos; ganhou 2 e perdeu 4 = que representaria para o autor 67% e para o réu 33. O correto é fixar a sucumbência em relação a cada pedido, pois cada qual tem seu proveito econômico, exceto se todos tiverem o mesmo valor.

2 REGRAS BÁSICAS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO, COM SENTENÇA DE MÉRITO

O artigo 82§2º, do CPC, estabelece que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou” e no art. 85 “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

Já, o art. 85 § 1º prevê que “são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”, enquanto que o § 2º prevê que “os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II- o lugar de prestação do serviço; III- a natureza e a importância da causa; IV- o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.”

Acrescentam-se, ainda, as regras previstas no §8º “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto no §2º” e no §9º “na ação de indenização por ato ilícito contra a pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12(doze) prestações vincendas e no §10º “nos casos de perda de objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.”

E, para o caso de sucumbência recíproca, o artigo art. 86 estabeleceu que “se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”, sendo que o §Único prevê: “se cada litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

Portanto, os honorários advocatícios serão de 10% a 20% sobre o valor da (a) *condenação*; (b) *do proveito econômico* e (c) *do valor da causa, ou, por forma equitativa, se o valor da causa for inestimável ou irrisório, o proveito econômico ou o valor da causa for muito baixo, levando em conta*: I – o grau de zelo do profissional; II- o lugar de prestação do serviço; III- a natureza e a importância da causa; IV- o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Resumindo, temos, regras objetivas e obrigatórias a serem observadas para o arbitramento dos honorários:

a) Nas tutelas condenatórias, de 10 a 20% sobre o valor da condenação; *ou (b) do proveito econômico e/ou (c) do valor da causa*;

b) Nas tutelas constitutivas, mandamentais, declaratórias, executivas *lato sensu*, também, de 10% a 20% sobre o proveito econômico ou do valor da causa;

c) Subsidiariamente, nas tutelas condenatórias, constitutivas, mandamentais, declaratórias, executivas *lato sensu*, serão arbitrados de forma equitativa³⁷¹,

³⁷¹ No sentido de justo, sem observância do critério da legalidade estrita, podendo ser adotada solução

quando o valor da causa for inestimável, ou irrisório o proveito econômico, ou o valor da causa for muito baixo. **Observação:** quando o provimento for condenatório, o percentual dos honorários sempre será calculado sobre o valor da condenação, ainda que seja o valor baixo, não havendo previsão da aplicação por equidade. Os honorários, na condenação, somente serão fixados com base no proveito econômico ou no valor da causa se não houver valor definido, principalmente nas obrigações de fazer e não fazer.

d) Para as variações dos percentuais entre 10% a 20% devem ser examinados: I – o grau de zelo do profissional³⁷²; II- o lugar de prestação do serviço³⁷³; III- a natureza e a importância da causa³⁷⁴; IV- o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço³⁷⁵, bem como para a fixação por equidade.

Aqui, é oportuno o registro de algumas situações concretas de violação das regras objetivas de fixação de honorários:

a) Ação condenatória de cobertura securitária cujos pedidos são: a) condenação no valor de R\$ 13.500,00; b) ou o valor decorrente do resultado da perícia. O pedido foi julgado procedente com a condenação da parte ré no pagamento de R\$ 1.867,00 além da condenação ao pagamento de 20% de honorários advocatícios. O valor da causa foi de R\$ 13.500,00. Aqui vale ressaltar que não se caracteriza a cumulação imprópria de pedidos subsidiários, porque o segundo pedido está contido no primeiro, ou seja, o juiz condenaria a parte ré ao pagamento da complementação de acordo com o resultado da perícia. Mas, de qualquer forma, foi reconhecida a cumulação subsidiária, sendo acolhido o segundo pedido que é o secundário. Portanto, de qualquer forma, o pedido seria parcialmente procedente, havendo sucumbência recíproca³⁷⁶, da seguinte forma: pedido principal: R\$ 13.500,00. Pedido secundário: 1.867,00. Portanto, ganhou R\$ 1.867,00 (13,82%) e perdeu R\$ 11.633,00, ou seja (86,18%). De acordo com o princípio da legalidade, teríamos: a) condenação do autor a pagar 87% das custas

para cada caso concreto que for reputada mais conveniente ou oportuna, proporcional e razoável.

³⁷² Estímulo à solução pelos métodos alternativos de resolução de conflitos, comparecimento nas audiências com proposta de acordo, demonstrou colaboração no curso do processo; indicação na inicial de precedentes vinculantes; especificou pontos controvertidos e as provas pertinentes, cumprir os prazos e não retardou o andamento do processo.

³⁷³ Distância de seu escritório até o local onde tramitam os autos, acompanhamento de cartas precatórias em outras comarcas etc.

³⁷⁴ Destacar o valor econômico do conflito, a sua repercussão social, caso pioneiro.

³⁷⁵ Paralelamente, deve destacar a qualidade de seu trabalho e o tempo de duração do processo, indicando a quantidade de intervenções necessárias, o número de audiências realizadas, de petições protocoladas, de recursos respondidos, entre outros

³⁷⁶ Se não houvesse a sucumbência recíproca, evidente que não caberia apelação para a obtenção do valor do pedido principal

e despesas processuais e 15 % de honorários para o advogado do réu sobre R\$ 11.633,00 e 15% de honorários para o advogado do autor sobre R\$ 1.867,00 com observância dos critérios de atuação de cada causídico.

b) Ação condenatória com pedidos de danos materiais de R\$ 91.000,00, por ter entregue uma máquina de lavar roupas profissional com defeito de fabricação, e danos morais, por violação à imagem da empresa. O pedido de danos materiais foi julgado procedente e o de danos morais improcedente. Reconheceu a sucumbência da parte autora em 18% e da parte ré em 82%. Condenou a parte autora no pagamento das custas e despesas contratuais em 18% e a ré em 82% e fixou honorários em 10% do valor da condenação, distribuindo-o em 82% para o patrono da autora (R\$ 7.462,00) e 18% para o patrono da ré (R\$ 1.638,00). Há violação da regra em que prevê o mínimo de honorários em 10%, exceto nas situações de aplicação por equidade. No caso, os honorários deveriam ser aplicados em 10% sobre o valor da condenação (R\$ 91.000,00 = 9.100,00), em favor do patrono da parte autora, e 10% sobre o valor do decaimento (R\$ 20.000,00 = 2.000,00), em favor do patrono da parte ré. Não poderia ter sido autorizada a mesma base (condenação) para fixar honorários em favor da parte ré. Como se pode comparar em ambas as situações, tanto o patrono da autora como o patrono da ré perderam honorários.

CONCLUSÃO

Para a definição do grau da sucumbência é imprescindível examinar o percentual dos ganhos e das perdas do autor, que influenciará na condenação do pagamento das custas e despesas do processo e dos honorários advocatícios.

Já os honorários incidirão sempre sobre os ganhos e as perdas, sendo imprescindível que seja identificada a natureza da tutela pretendida. Apurada a sucumbência, aplicam-se as regras objetivas para o arbitramento dos honorários, com avaliação do trabalho dos advogados, fazendo a ressalva de que, nas tutelas condenatórias, o valor dos honorários terão como base o percentual calculado sobre o valor da condenação, não havendo previsão para ser aplicado por equidade e nem para compensação de honorários.

Conclui-se, por fim, que a sucumbência é um ônus para a parte que é considerada perdedora por ocasião do julgamento litigioso da demanda, ainda que seja beneficiária da justiça gratuita.

SEGURANÇA NA MUDANÇA E PROCESSO CIVIL: NOVO PARADIGMA PARA A SEGURANÇA JURÍDICA

SECURITY IN CHANGE AND CIVIL PROCESS: NEW PARADIGM FOR LEGAL SECURITY

Marcus Aurélio de Freitas Barros³⁷⁷

INTRODUÇÃO

O tempo presente é notabilizado por profundas mudanças, cujo impacto ainda é difícil aquilatar com precisão. Vive-se um modelo de sociedade tecnológica, marcada por um consumo exacerbado de bens e serviços, busca por sustentabilidade e pela velocidade com que se dissemina a informação e o conhecimento, que tudo transforma com absoluta rapidez.

É inegável, nessa linha, que as distâncias estão mais curtas, que os recursos e ferramentas tecnológicas não deixam de avançar, bem como que as relações jurídicas e sociais estão cada vez mais complexas e sofisticadas, exigindo um esforço bem maior para, com o mínimo de segurança e previsibilidade, regular a convivência social e as transformações iminentes.

O cenário, portanto, é de perplexidade e sugere uma crise de regulação jurídica em face dos graves problemas que se apresentam e que possuem repercussão a nível local e, por vezes, dimensão planetária (como é exemplo palmar a pandemia do Covid-19), decorrentes do atual fenômeno da globalização, que, mesmo sendo mais vista no seu viés econômico, interfere fortemente no sistema jurídico e na sua capacidade de regulação.

Outro símbolo dos tempos atuais é o constitucionalismo, que, na sua atual versão, própria das Constituições do pós-guerra, como é exemplo a Constituição brasileira de 1988, também tem muito ínsita a ideia de mudança, de transformação social do *status quo*, por intermédio da efetivação de direitos da cidadania, sobretudo os sociais, difusos e coletivos. Segundo Goulart (2019, p. 91 - 92) está delineado, na Constituição de 1988, um projeto de emancipação social, que deve ser concretizado por meio de políticas públicas.

Basta olhar, portanto, para esses dois grandes símbolos dos tempos atuais: constitucionalismo e globalização, que mudam a face do sistema jurídico (BARROS; CRESPO, 2021, p. 18-21) e precisam de algum nível de ajuste nos tempos atuais, para compreender que as relações sociais se tornam mais complexas, mutáveis e desafiadoras (ATIENZA apud CARBONELL; JARAMILLO, 2010, p. 264).

³⁷⁷ Mestre em Direito, Sociedade e Estado pela Universidad del País Vasco/ES e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor Adjunto da UFRN, Professor da Pós-Graduação da UFRN, UnP, Uni-RN, ESMARN e FESMP/MPMT. Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC) e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (CEAF/MPRN). Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil – CDEMP no ano 2020 e atual Vice-Presidente da entidade. Contato: marquinhohos@supercabo.com.br.

Com esse foco, é possível perceber que tais símbolos impõem um dever de pensar o mundo e o processo de forma diferente, sob o ângulo das profundas mudanças e transformações que são necessárias e inevitáveis na dinâmica atual. A sociedade líquida (BAUMAN, 2018), infinitamente mais inquieta, impõe a necessidade de mudanças e inexoráveis transformações!

Em verdade, a 4ª Revolução, que teve início na virada do século XXI e baseia-se na Revolução Digital, envolve uma sociedade tecnológica e elástica, permeável às constantes inovações (FARIAS; BARROS, 2021, p. 20 e 34), uma verdadeira sociedade pós-digital.

Num mundo onde o sistema jurídico não pode permanecer estático, sendo envolvido pelas ideias de dinamismo, mudança e transformação social, como deve ser pensada a segurança jurídica? Sua ideia original merece ser atualizada? É possível pensar em segurança na mudança? Como esse novo paradigma repercute no processo civil?

O que se pretende investigar no presente trabalho é se não é o caso de se construir caminhos para que tais mudanças inevitáveis e frequentes sejam, além de tudo, seguras, de modo a se falar, ao pensar no tão importante postulado da segurança jurídica à luz do processo civil, num viés de segurança na mudança, ressaltando alguns impactos práticos da nova concepção, especialmente no sistema de precedentes, na flexibilização procedimental e na necessidade atual de imposição de um regime de transição (justiça transicional).

Enfim, cumpre indagar se, no século XXI, não é necessário mudar um pouco o paradigma da segurança jurídica, de modo a deixar de pensá-lo como algo que não deve variar (mantém o *status quo*), que deve ser preservado, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (visão retrospectiva), e passar a entendê-lo também dentro de uma nova lógica de segurança jurídica na mudança (visão prospectiva), sobretudo as proporcionadas pelo processo civil em suas relações com a Constituição de 1988 e com os atuais desafios ainda não totalmente explorados dos novos tempos?

Eis, pois, o propósito do presente trabalho, que, numa dialética entre a teoria e a prática, debate uma novel visão de segurança jurídica no processo civil: a ideia de segurança na mudança, mais aderente aos desafios dos novos tempos.

1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PROCESSO CIVIL: VISÃO CLÁSSICA (ESTÁTICA E RETROSPECTIVA)

O direito à segurança³⁷⁸ pôs-se como fundamental para todos os homens desde os primórdios do constitucionalismo moderno, como se vê do art. 2º da

³⁷⁸ O direito à segurança é uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 88).

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, bem como, nos tempos atuais, dentre outros, do art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira de 1988. Insculpiu-se, contudo, a partir do direito à segurança, uma visão clássica, muito arraigada pela tradição, de segurança jurídica.

A história tem exaltado uma visão mais estática e retrospectiva de segurança jurídica, sendo um postulado compreendido como uma proteção contra as mudanças, as transformações legais e sociais, sendo mais vista na perspectiva de manutenção do *status quo*, a partir do seu delineamento constitucional e internacional. Nessa perspectiva, segurança jurídica, como proteção do patrimônio jurídico, é considerada um princípio inarredável do Estado de Direito!

Nessa linha mais tradicional, lembra José Afonso da Silva (SILVA, 2009, p. 17) que, nos termos da Constituição,³⁷⁹ a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo ou estrito. No primeiro caso, ela assume o sentido de garantia, proteção, estabilidade da situação ou da pessoa em vários campos. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de modo que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se mudar a base legal sobre a qual se estabeleceu.³⁸⁰

O mesmo autor chega a concluir, de forma bem peremptória, que: “De fato, a segurança jurídica tende a se opor às transformações, inclinando-se ao conservadorismo ligado à classe dominante.” (SILVA apud ROCHA (coord.), 2009, p. 16).

A ideia de segurança jurídica parece relacionar-se com as de controle, de certeza e de previsibilidade,³⁸¹ ainda que não seja tarefa das mais fáceis

³⁷⁹ Emblemático o art. 5º, XXXVI, da CF/88: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

³⁸⁰ A expressão segurança jurídica, após seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos, que incluem: a) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; b) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; c) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; d) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139-140).

³⁸¹ Em sentido similar, defende Canotilho que a segurança jurídica (tomada como expressão que abrange a proteção da confiança) exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do Poder Público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos dos seus próprios atos, de modo que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal (legislativo, executivo ou judicial). (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 252).

indicar as propriedades de um conceito de segurança jurídica (KELLNER apud LEAL; MENDONÇA, 2020, p. 88). No mesmo tom, afirma Mitidiero que a segurança jurídica impõe que o direito seja cognoscível, estável, confiável e efetivo (MITIDIERO, 2017, p. 24).

A segurança jurídica, portanto, na linha clássica, se desdobraria em cognoscibilidade (tem em mira o conhecimento e a certeza do direito), a confiabilidade (que decorre da boa-fé e da proteção da confiança), a calculabilidade (capacidade de antecipação das consequências normativas, mesmo diante das eventuais variações da ordem jurídica) e a estabilidade jurídica (o direito não deve sofrer quebras abruptas e drásticas).

Há, portanto, uma percepção clara de segurança jurídica firmada pela rigidez (invariabilidade) das coisas (ideia de *res finitae*) e das situações jurídicas, de forma que seguro é o que não muda, o que se torna estável.

Percebe-se facilmente que está embutida nessa noção uma visão estática e retrospectiva de segurança jurídica, de modo que, por exemplo, as novas leis não podem atingir o patrimônio jurídico dos cidadãos, as formas processuais devem ser rígidas e conhecidas previamente, os contratos devem ser cumpridos rigorosamente, já que seriam concretizações do princípio da segurança jurídica. Sem dúvida, essa é uma ideia totalmente prevalecente e está acorde com a premissa de que seguro é aquilo que não varia, que se estabiliza.

De há muito Linares Quintana já dizia que sem segurança não pode haver liberdade, do mesmo modo que sem oxigênio é impossível a vida, chegando a acrescentar, com base em Sánches Agesta, que a segurança jurídica cria “un ámbito de la vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia com pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, y por conseguinte, con verdadera libertad y responsabilidad.”(QUINTANA, 1970, p. 15).

A segurança jurídica cria, portanto, um clima de previsibilidade no que toca ao comportamento dos cidadãos. Funciona como um antídoto contra o temor de agir fora do Direito ou de ser alcançado pelas inevitáveis mudanças que atingem, muito de frente, as pessoas e as situações jurídicas, atuando estática e retrospectivamente.

Na concepção clássica, ademais, é muito comum fazer um contraponto, estabelecer um distanciamento, entre segurança jurídica e efetividade, como se fossem valores inconciliáveis no sistema jurídico brasileiro. Na prática, se tem trabalhado com esses princípios como dois símbolos em permanente contraste.

Em verdade, o pêndulo da história tem revelado quase uma escolha de Sofia: privilegiar segurança jurídica ou efetividade, a depender do momento histórico e do modelo de Estado Liberal (mais seguro) ou Estado Social (maior efetividade, mas menos obsequioso à segurança jurídica). A grande questão é: qual a concepção que deve prevalecer de segurança jurídica no modelo de Estado Constitucional, também chamado de Estado Democrático de Direito? É possível aproximar, nos tempos atuais, as ideias de segurança jurídica e efetividade como complementares e essenciais na atualidade?

Para responder à questão, o que será feito no próximo tópico, importante lembrar que a concepção de segurança jurídica é cultural e pode se alterar com os novos tempos, principalmente se essa época envolve a necessidade de maior convivência com mudanças e transformações sociais.

Válido lembrar, na esteira de Manili, que, apesar de haver a tendência de maior exigência por segurança jurídica, “[...]resulta imposible esbozar una definición única de la seguridad jurídica, que sea válida para todo tempo y lugar.” (MANILI, 2011, p. 56). Não se pode, portanto, perder de vista a importância de ressaltar, sem fugir da perspectiva histórica, uma noção de segurança jurídica afinada com seu tempo e com os fins do Estado Constitucional!

A tarefa que se impõe, no momento atual, é encontrar e destacar uma concepção de segurança jurídica que seja adequada ao atual momento do Estado Constitucional, seu desafio de promover tutela aos direitos e lidar com as inevitáveis e permanentes mudanças e transformações sociais que pautam a vida humana em vários momentos.

2 A SEGURANÇA NA MUDANÇA: NOVO PARADIGMA PARA A SEGURANÇA JURÍDICA (VISÃO DINÂMICA E PROSPECTIVA)

O primeiro passo para compreender o novo perfil da segurança jurídica na mudança é destacar a aproximação desta com o ideal de efetividade, tão caro à juridicidade dos direitos. Como dignidade da pessoa humana e segurança jurídica são princípios fundamentais da nossa ordem jurídica, lembra Mitidiero que a segurança jurídica é um princípio instrumental que visa à efetiva atuabilidade dos direitos no Estado Constitucional (MITIDIERO, 2017, p. 26).

São, pois, propriedades da segurança jurídica, além da cognoscibilidade, da confiabilidade, da calculabilidade e da estabilidade, já vistas anteriormente, a efetividade (realizabilidade) dos direitos,³⁸² o que é muito importante para se pensar a segurança jurídica à luz do processo.³⁸³ Processo seguro (e efetivo) é condição para a tutela dos direitos fundamentais!

³⁸² Digna de louvor e transcrição a lição de Mitidiero: “Pouco importa a certeza, a confiança e calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante do seu descumprimento, o Direito confessasse impotente para impor a sua própria realização. Daí que a efetividade, entendida como realizabilidade, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica.” (MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 27-28) (Destacques do autor).

³⁸³ Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero: “A segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito ao processo justo. [...]. O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo.” Mais à frente, comentam os autores que a segurança pelo processo significa “[...]segurança no resultado da prestação jurisdicional.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 671 e 674) (Destacques dos autores).

Não é sem razão a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET apud ROCHA (coord.), 2009, p. 87) que o aspecto da eficácia e da efetividade dos direitos é um dos menos desenvolvidos no que toca a um direito à segurança jurídica, muito embora a efetividade seja uma das dimensões mais importantes de uma visão atual de um sistema jurídico e processual seguros.

Nessa linha, muito interessante a abordagem de Pablo L. Manili (MANILI, 2011, p. 57) que afirma que, além de leis certas, escritas, estáveis, justas e razoáveis, a segurança jurídica impõe que os atos administrativos e as decisões judiciais, enfim os atos de aplicação pelas autoridades administrativas e judiciárias também sejam razoáveis e estáveis, a fim de tutelar os direitos fundamentais.³⁸⁴

O exaltado trabalho de Humberto Ávila também vai nessa linha, ao definir segurança jurídica como a norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, que contribuam com um estado de confiabilidade e também de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (ÁVILA, 2019, p. 286).

Percebe-se, portanto, que o princípio da segurança jurídica deve ser pensado também sob o ponto de vista dos atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, enfim, dos atos de aplicação do direito, exigindo-se, portanto, pensar um novo perfil de segurança jurídica que leve em conta o procedimento e os atos de aplicação (decisões judiciais e administrativas), sempre na perspectiva da garantia da tutela dos direitos dos cidadãos.

Chega-se, portanto, numa visão mais dinâmica e prospectiva de segurança jurídica, já sendo o instante de tratar, mais de espaço, do tema na perspectiva do processo civil brasileiro. Na esteira das lições de Paulo Mendes de Oliveira (OLIVEIRA, 2018, p. 113-117), é mister apostar numa abordagem holística da segurança processual, que envolva, além da segurança no processo (interna), a segurança pelo processo (externa), que diz respeito à efetividade dos direitos.

Vê-se, portanto, que é necessário remarcar uma primeira premissa. Não há que se falar, holisticamente, em efetividade e segurança jurídica como importantes símbolos do atual Estado Democrático de Direito que estão em permanente

³⁸⁴ Notável a compreensão de segurança jurídica apresentada por Manili, quando afirma que a segurança jurídica na Argentina do século XXI envolve “la garantía que el Estado debe brindar a las personas sujetas a su jurisdicción de que el sistema jurídico vigente protege y protegerá, con leyes ciertas, escritas, estables, justas e razonables y con actos de aplicación también razonables e estables, los derechos humanos fundamentales, tal como están consagrados en las normas que integran el bloque de constitucionalidade, ante cualquier lesión o violación del Estado o de particulares.” (MANILI, Pablo L. La seguridad jurídica: una deuda pendiente. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 57).

tensão, como fazia a doutrina tradicional. Muito ao contrário. A segurança jurídica encontra-se num patamar superior, incluindo como um de seus espectros a efetividade,³⁸⁵ que é exigência de um processo seguro (e de resultados).

Outra premissa por demais relevante, bem desenvolvida por Paulo Mendes de Oliveira (OLIVEIRA, 2018, p. 114) é a necessidade de se cumprir duas exigências para se ter um direito processual seguro:

a) suas disposições devem ser dotadas de clareza normativa; b) suas normas devem ser aptas a conferir previsibilidade quanto à forma de tutela dos direitos.

Clareza e previsibilidade, portanto, seriam os dois conceitos-chave para a construção do processo seguro e, por conseguinte, idôneo à tutela dos direitos, de modo que alcança tanto a segurança do processo quanto ao alcance de seus fins (projetar o futuro do processo), quanto a segurança da própria estrutura interna do processo (segurança quanto às formas e garantias processuais).

A esse respeito, pode-se identificar a segurança processual como gênero, destacando-se duas espécies: a) a segurança no processo (perspectiva interna); e, b) a segurança pelo processo (perspectiva externa). Esta última, por sua vez, se subdivide em segurança-cognoscibilidade (clareza e previsibilidade do conteúdo normativo) e segurança-realização (garante a tutela adequada – a atuabilidade – aos direitos). A segurança no processo, a seu turno, diz respeito ao formalismo processual (OLIVEIRA, 2018, p. 116 - 117).

Trocando em miúdos, no atual modelo de Estado Constitucional é mister exaltar a efetividade como uma das propriedades de um conceito de segurança processual, devendo-se pensar em segurança no processo e pelo processo.

A grande verdade é que tal segurança processual deve levar em conta que o Direito em si está sujeito a constantes mudanças. Os conflitos, muitas vezes, exigem novos comportamentos, implementação de políticas públicas, verdadeiras transformações sociais e também são atingidos por uma sociedade pós-digital, bastante elástica e permeável às inusitadas, fortes e inevitáveis transformações que caracterizam os tempos atuais.

³⁸⁵ Vale ressaltar que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ampliando seu ângulo de visão sobre o tema, apresenta importante ponderação: “Observo, em primeiro lugar, que a mudança de paradigma decorrente da passagem do normativismo legalista [Estado Liberal] para o direito fundamental principiológico [Estado Constitucional] afeta igualmente a segurança jurídica, que deixa de ser estática, na medida em que passa a conviver com um direito muito mais flexível e menos rígido. [...]. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, visto que deve estar a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 43) (Grifos não constam do original).

O processo civil, nesse diapasão, para ser seguro, precisa permitir que tais mudanças e transformações possam ocorrer por intermédio do processo (noção de segurança pelo processo), exigindo-se o manejo de técnicas cada vez mais sofisticadas e novas para a tutela dos direitos, sendo um grande desafio afastar a rigidez clássica das formas (segurança no processo, consoante a visão clássica), que sempre foi pensada como apanágio de segurança jurídica.

Ninguém há de negar que o Código de Processo Civil de 2015 apostou num modelo de processo moldável, adaptável, flexível, que é capaz de mudar diante da necessidade de que produza os resultados almejados no âmbito do direito material. São muitas as cláusulas abertas, os poderes atípicos do juiz, como se vê na tutela provisória (art. 297), nos negócios jurídicos processuais (art. 190), no estímulo à autocomposição atípica, num modelo de justiça multiportas (art. 3º), na cooperação judiciária nacional atípica (art. 69), nas medidas executivas atípicas (art. 139, IV) e no trânsito de técnicas compatíveis entre procedimentos comuns e especiais (art. 327, §2º),³⁸⁶ para ficar apenas em alguns exemplos.

Se o processo civil do Estado Constitucional tem que promover mudanças como forma de resolver conflitos, bem como tem que ser permeável a técnicas e novas formas processuais para lidar com problemas os mais diversos, individuais ou coletivos, não é chegado o momento de pensar com seriedade num viés de segurança jurídica na mudança? Enfim, ao invés de apenas questionar os níveis atuais de insegurança, não seria o caso de pensar um modelo de processo em que a efetividade seja aderente à segurança jurídica na mudança?

A grande verdade é que, num sistema que é estruturalmente flexível e deve alcançar resultados de transformação social (mudança da sociedade) nem sempre fáceis, é preciso repensar a segurança jurídica, identificando-se o novo paradigma (dinâmico) de segurança jurídica na mudança. Esse desafio, acrescente-se, nada mais faz do que pensar um processo em consonância com os novos tempos!

Tem-se, ademais, que, se a ideia de segurança processual compreende a tutela efetiva associada ao devido respeito às garantias fundamentais do cidadão, noções como as de segurança pelo processo (que permite um processo de resultados) e de segurança no processo (na sua estruturação interna) devem andar de mãos dadas³⁸⁷ e serem pensadas em conjunto para

³⁸⁶ Para maior aprofundamento da última novidade, conferir: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

³⁸⁷ Afirma, mais uma vez, Paulo Mendes de Oliveira que as duas dimensões da segurança jurídica processual devem equilibrar-se, de maneira que esta será: “[...]a síntese de um trabalho de harmonização entre a segurança pelo processo e a segurança no processo. Um processo seguro será aquele cujo procedimento seja estruturado para alcançar os seus objetivos externos, sem déficit das garantias internas.” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização

bem delinear a perspectiva de uma segurança processual na mudança.

Em suma, se as mudanças são inexoráveis e inevitáveis, é preciso construir uma dogmática que pavimente, com segurança jurídica, a possibilidade que tais mudanças aconteçam também pela via processual, o que implica raciocinar tanto do ponto de vista da estrutura interna como dos resultados sociais produzidos pelo processo, a fim de edificar uma nova ideia de segurança processual, que esteja comprometida com a noção de segurança na mudança.

Para caminhar com firmeza no terreno, até então movediço, da nova visão de segurança na mudança, é preciso dar um passo além na clássica ideia de segurança-imutabilidade ou inalterabilidade (*res finitae*) e exaltar a nova perspectiva de uma segurança-continuidade (CABRAL, 2020, p. 23 - 59).

Enfim, é preciso partir da ideia de que um processo seguro é aquele que garanta estabilidades, imutabilidades e inalterabilidades até um certo ponto, sem deixar, contudo, de perceber a necessidade de um sistema processual que seja apto a garantir segurança sem necessariamente impedir a mudança, enfim é o caso de apostar num processo permeável às inevitáveis mudanças.

A esse respeito, quando se foca tanto na segurança no processo quanto pelo processo, não se deve pensar só retrospectivamente, com os olhos fitos no passado, preservando, a todo custo, a estabilidade de atos e decisões pretéritos, bem como de seus efeitos.

É preciso pensar a segurança jurídica com o foco no passado, no presente e no futuro, de modo que “[...]o papel do Estado contemporâneo, antes de buscar petrificar posições jurídicas pretéritas, tornando as mudanças ilegais ou inadmissíveis, é fazer com que as alterações transcorram por *meio do direito*, e não à margem dele.” (Destques do autor) (CABRAL, 2020, p. 38).

Tem-se, portanto, que, na perspectiva do passado, a segurança jurídica pressiona para manter o *status quo*, a estabilidade. Já quando a mudança é imposição das circunstâncias dos novos tempos (perspectiva presente e futura), é necessário haver a preocupação com a segurança na mudança, criando verdadeiras pontes de continuidade que liguem a situação posta, que não mais se sustenta, e a nova situação que deve eclodir, promovendo-se uma quebra da estabilidade e a passagem segura entre os dois momentos (*status quo ante* e o novo *status quo*).

Chega-se, enfim, na ideia de segurança-continuidade, que exige que a mudança seja consistente, o que deve pautar um processo seguro do ponto de vista dos resultados a alcançar (segurança pelo processo), bem assim da estruturação do procedimento e estabilidade dos atos e decisões processuais (segurança no processo).

A questão que se coloca é: como não bloquear totalmente as necessárias mudanças (internas e externas) e, ao mesmo tempo, preservar a segurança jurídica processual?

A ideia de segurança-continuidade, deve ter por base a margem permitida de alterabilidade, paradigma a partir do qual não se procura impedir a mudança, mas sim evitar transições abruptas, de modo que a continuidade não só admite mudança, como também atua para reduzir o impacto na passagem da antiga para a nova posição estável (CABRAL, 2020, p. 44).

É importante, portanto, com segurança jurídica, pensar alternativas para alterar um circuito procedimental antes estabelecido, onde havia, por vezes, previsibilidade legal, ou mesmo saltar de uma situação social, de alguma forma já definida, para estabilizar uma nova situação juridicamente adequada. É preciso coordenar estabilidade e mudança!

A segurança jurídica na mudança, na prática, para fins de viabilizar boas mudanças internas no circuito procedimental, em atos pretéritos estáveis ou na estabilização de novas situações jurídicas finais, exige, além do tradicional, mas não menos importante, contraditório e fundamentação adequados (exigências de controle), também um regime de transição do *status quo ante* para que se efetive a mudança, ou seja, impõe um processo de transição suave e consistente que permita um afastamento gradual da posição estável anterior.

Vê-se, portanto, que é necessário, para compreender o novo paradigma da segurança processual na mudança, examinar alguns desafios práticos, ainda que mais gerais, que advém dessa nova perspectiva de proteger a segurança sem impedir a mudança.

O paradigma da segurança jurídica processual na mudança nos impõe o dever de responder às seguintes questões:

a) como o processo civil deve se estruturar para, numa dimensão social, propiciar clareza normativa e unidade ao direito, num modelo atual caracterizado pela maior indeterminação e equivocidade do Direito, protegendo a segurança sem impedir a mudança (aspecto da segurança pelo processo, na perspectiva da segurança-cognoscibilidade)?

b) como o processo civil, atualmente muito mais moldável, adaptável e flexível, deve lidar com as alterações necessárias na estrutura interna do processo, assim como nos circuitos procedimentais, e até na estabilidade dos atos e decisões, para dar conta das necessidades do direito material em casos específicos (desafio da segurança-interna, com foco na segurança-realização, que decorre da segurança pelo processo)?

c) o processo civil deve, em que medida, se valer de regimes de transição para estabilizar novas situações sociais juridicamente adequadas, ainda que haja necessidade de interferir em políticas públicas ou situações de desconformidade já consolidadas, que já tenham alcançado algum grau de estabilidade (segurança-continuidade e segurança-realização)?

Tais questões devem ser enfrentadas mais de espaço, merecendo aguçada reflexão dos estudiosos do processo civil que percebem a importância de um novo paradigma de segurança jurídica na mudança e sua importância

para um sistema processual seguro e de resultados práticos transformadores da realidade social.

Alguns aspectos sugeridos pelas questões acima serão trabalhados no próximo tópico, onde se pretende estudar a teoria à luz da prática processual.

3 IMPACTOS PRÁTICOS DA NOVA VISÃO: A SEGURANÇA NA MUDANÇA E O PROCESSO CIVIL

Chega-se, portanto, no momento de conciliar teoria e prática. Para dar o salto de um paradigma (estático e retrospectivo) de segurança jurídica para uma nova ideia (mais dinâmica e prospectiva), bem permeável às injunções dos novos tempos, que impõe a necessidade de repensar a segurança jurídica processual na mudança, é preciso olhar para a prática processual e perceber como esse novo paradigma de um processo seguro é capaz de impactar no processo civil como um todo, impondo que vários institutos processuais sejam realinhados.

A grande verdade é que, classicamente, a segurança jurídica sempre foi, no processo civil, associada a institutos específicos, como: a coisa julgada (na linha da imutabilidade e indiscutibilidade), a preclusão (pensada como inalterabilidade), as nulidades processuais, o direito intertemporal, a proteção da confiança e a tutela provisória (confronto entre efetividade e segurança jurídica).

Diante do salto paradigmático anunciado no presente trabalho, que amplia a noção de segurança jurídica processual, acrescentando um importante viés de segurança na mudança, outros tantos institutos passam e entrar na ordem do dia da preocupação dos processualistas brasileiros e precisam ser examinados à luz do novo paradigma da segurança jurídica na mudança. Interessa ao presente trabalho focar três deles: o sistema de precedentes obrigatórios, a flexibilidade procedimental e o dever de impor um regime de transição diante de estabilidades fáticas ou jurídicas (justiça transicional).

Inicialmente, cumpre colocar em destaque o sistema brasileiro de precedentes vinculantes (art. 927 do CPC), pois, diante da já conhecida indeterminação e equivocidade do direito, é importantíssimo, com esteio na atual diferença entre texto e norma,³⁸⁸ apostar na segurança no processo de criação e respeito à norma jurídica judicial (*ratio decidendi*) pela via do sistema de precedentes obrigatórios insculpido no Código de Processo Civil brasileiro.

Os precedentes, em verdade, representam uma mudança paradigmática proporcionada pelo CPC/2015. Como ensina Hermes Zaneti Jr.: “O direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes vinculantes que passarão a constituir fonte primária no nosso ordenamento jurídico.”

Não há dúvida que, no Estado Constitucional, o precedente é fonte do

³⁸⁸ Fruto da, por demais conhecida, nova teoria da interpretação, que propugna que a norma nada mais é que o resultado do texto interpretado, o que valoriza, para o processo civil, uma teoria das decisões judiciais.

direito (CROSS; HARRIS, 2012, p. 195 – 216) servindo para propiciar clareza normativa e previsibilidade acerca dos comportamentos, bastando, o que não é tão simples, que se observem os precedentes.³⁸⁹ Exalta-se, nesse tocante, a nova perspectiva da segurança-cognoscibilidade (aspecto da segurança pelo processo).

Para uma visão mais prática, tome-se o trivial exemplo do tema 509 – STF (*Leading case*: RE 655265), que resolveu a celeuma jurídica acerca do momento de comprovação do triênio de atividade jurídica para o ingresso no cargo de juiz substituto. A tese foi firmada no seguinte sentido: “a comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do inciso I do art. 93 da Constituição Federal, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público.”

Não há dúvida que, após o citado precedente, que tem eficácia vertical e horizontal,³⁹⁰ foi alcançada a clareza normativa quanto à questão jurídica, permitindo-se também previsibilidade para todos os candidatos inscritos (ou que pretendam se inscrever) num certame de juiz substituto, pois sabem que precisam comprovar o triênio na data da inscrição definitiva, não sendo possível sustentar, por exemplo, que seria na data da posse.

Fica, portanto, evidente que o sistema de precedentes brasileiro, se bem trabalhado, tem íntima relação com a segurança-cognoscibilidade (segurança pelo processo), uma vez que tem o potencial de estabilizar o Direito, promovendo-lhe clareza normativa e permitindo previsibilidade dos comportamentos atuais e futuros.

Na verdade, a boa produção de decisões que permitam estabelecer maior previsibilidade na pauta de conduta desejada, com clareza das permissões, proibições e do modo de exercer direitos e cumprir obrigações, pode ser apontada como a função mais notável e importante dos precedentes judiciais (BARONI, 2020, p. 266).

Outro aspecto digno de nota do sistema de precedentes brasileiro é que, da forma como insculpido, não leva à estagnação do Direito, protegendo o *status quo* (estabilidade) sem impedir a mudança, o que atende ao novo

³⁸⁹ Válido, a respeito, o alerta de Rodrigo Baroni: “Não há soluções simples para os complexos problemas que se deseja enfrentar com o uso dos precedentes obrigatórios. Contudo, não pode haver dúvida de que o caminho de prestigiar os precedentes judiciais, escolhido pelo legislador brasileiro, parece direcionar para um futuro mais promissor. No entanto, é preciso ter consciência de que os precedentes não constituem solução mágica e automática para as mazelas do Poder Judiciário, assim como ainda estão em fase incipiente de compreensão e aplicação no direito brasileiro.” (BARONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). Revista de Processo RePro, v. 310. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dezembro de 2020, p. 290).

³⁹⁰ Acerca da eficácia horizontal dos precedentes, comenta Ravi Peixoto, de forma peremptória, que: “É impossível imaginar a construção de um sistema de precedentes sem que os próprios tribunais respeitem seus próprios precedentes.” (PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). Precedentes obrigatórios. 2 ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 538).

paradigma de segurança jurídica. Possível afirmar isso, pois é permitida, ainda que nem sempre desejável, a superação do precedente, utilizando-se da técnica do *overruling* (superação total) ou a do *overriding* (superação parcial).

A grande verdade é que, além de eventual precedente poder não ser aplicado em outros casos por força da aplicação da técnica da distinção (*distinguishing*), o que garante a tutela dos direitos na perspectiva de uma decisão justa para as partes (dimensão individual) (MITIDIERO, 2017, p. 23), as técnicas de superação do precedente permitem também uma mudança segura da *ratio decidendi* relativa a um problema concreto, preservando a continuidade do sistema jurídico e sua adaptabilidade às transformações sociais, econômicas, culturais e jurídicas.

Importante, ainda, acrescentar, que, na dinâmica da superação dos precedentes, existem técnicas de transição que visam garantir segurança na alteração ou revogação dos precedentes, como a sinalização da mudança (*signaling*), a modulação de efeitos (art. 923, §3º, CPC), a criação de regime de transição (art. 23, LINDB) e a imposição de respeito aos atos jurídicos constituídos sob a égide do entendimento majoritário outrora vigente (art. 24, LINDB) (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2021, p. 625).

Vê-se, portanto, que um sistema de precedentes obrigatórios – ou mesmo a existência de um precedente vinculante –, ao contrário do que pode parecer aos incautos ou menos avisados, não impede a mudança inexorável, nem leva a um engessamento do sistema. Tal não ocorre, como visto, pois existem mecanismos que têm por objetivo justamente dar maior flexibilidade aos precedentes, sem que a almejada segurança jurídica seja veementemente abalada (PRESGRAVE apud DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 595) ou mesmo deixe de ser respeitada em sua compreensão mais atual.

Bem explicado o sistema de precedentes vinculantes no contexto da segurança jurídica na mudança, especial realce merece outro instituto que se apresenta como atual e importantíssimo para o processo civil do século XXI: a flexibilidade procedimental, que também cabe ser pensada à luz do novo paradigma de um processo civil seguro.

A flexibilidade procedimental é uma das grandes marcas (um emblema) do processo civil brasileiro atual, que como dito é moldável, adaptável e flexível, o que impõe um grande desafio para a construção adequada da ideia de segurança no processo (estruturação interna do processo). Para lidar com a prática processual, é mister conhecer o ferramental (o repertório) existente, pois se só se tem um martelo (uma só ferramenta), todo problema é prego!

Não se pode pensar a flexibilização procedimental com o horizonte do Estado Liberal (positivista). A lógica que deve prevalecer é a do Estado do século XXI (Estado Constitucional e pós-digital), o que se aplica ao Direito e ao processo estatal,³⁹¹ que, por natureza, são adaptáveis e flexíveis, de modo que não é

³⁹¹ A esse respeito, Gavronski elenca três principais características do novo paradigma do Direito na pós-modernidade (ou na modernidade das sociedades complexas): a) a dessubstantivação (é muito mais procedimental); b) a informalidade; e, c) a participação (GAVRONSKI, Alexandre.

suficiente permitir eventual possibilidade de alteração ou mesmo de flexibilização procedimental, sendo necessário utilizar todo o ferramental que permita ganhos de segurança jurídica no processo de transformação do *status quo*.

Em homenagem à visão clássica de segurança jurídica, própria do século XIX (Estado Liberal), consolidou-se a ideia de exaltar um processo rígido, com formas bem definidas e inalteráveis, além de um sistema austero de preclusão e coisa julgada para as estabilizações processuais. O processo atual, em contraponto, é flexível, de modo que consegue ajustar-se e moldar-se aos problemas concretos.³⁹²

Enfim, o processo civil será flexível, como é o caso brasileiro (CPC/2015),³⁹³ quando coordenar rigidez e flexibilidade, mas tiver uma boa elasticidade e um ferramental (técnicas) muito sofisticado, predominando a possibilidade de utilização de ferramentas de ajuste aos problemas do dia a dia. O profissional do Direito, por sua vez, precisa conhecer o repertório que tem às mãos para lidar com os desafios atuais dos problemas jurídicos e as limitações das formas e estabilizações processuais rigidamente estabelecidas.

Nesse diapasão, vêm à lume algumas questões: como o sistema jurídico flexibiliza o procedimento? É possível desenhar o circuito procedimental que melhor convier à solução do problema apresentado? Como flexibilizar, na prática, sem tornar o processo mais inseguro? Em verdade, de início, é preciso reconhecer que há três modos de flexibilização procedimental que merecem atenta menção: a legal, a negocial e a jurisdicional.

A flexibilização legal é aquela já predefinida pelo legislador. A própria lei já se antecipa, a fim de permitir o ajuste do processo às exigências da situação concreta. São exemplos, dentre tantos outros, no processo civil atual: a) o prazo em dobro para os entes públicos (ajuste da regra geral dos prazos); b) o julgamento antecipado do mérito do art. 355, CPC, que altera o circuito procedimental padrão, dispensando a instrução; c) os procedimentos especiais, que fogem da regra geral do procedimento comum; e, d) a execução de título

Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55). No mesmo sentido: BARROS, Marcus Aurélio de Freitas; CRESPO, Victória Rincon Machado Mourão. Tutela coletiva extraprocessual e acesso à justiça: vantagens e desafios à luz do desastre do Rio Doce (Caso Samarco). Curitiba: Brazil Publishing, 2021, p. 51.

³⁹² Como lembra Paulo Mendes de Oliveira: “Um procedimento inapto a tutelar adequadamente os casos concretos, densificando de maneira inidônea as garantias constitucionais, gera insegurança jurídica, seja por não cumprir o seu papel no ordenamento jurídico de garantir a atuabilidade dos direitos, seja por não assegurar aos jurisdicionados os instrumentos de defesa em juízo.” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização procedimental. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 172).

³⁹³ Copiosa a lição de Marcelo José Magalhães Bonício: “No entanto, se há uma tendência a permitir procedimentos flexíveis, na linha do que propõe o CPC português, o novo CPC capta esse movimento e cria as regras que estão em seus arts. 139, VI, e 190.” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. Princípios do processo no novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214).

executivo extrajudicial, que torna desnecessária a fase de conhecimento.

Ocorre que a flexibilização pelo legislador tem um limite, já que este apenas cria normas abstratas para situações hipotéticas, havendo sempre uma defasagem em relação à casuística, já que é humanamente impossível antecipar todas as possibilidades e necessidades de ajuste. Em verdade, a flexibilização, mesmo dotada de segurança jurídica, só vai até certo ponto, ficando sempre passos atrás em relação às situações da vida atual.

Torna-se, portanto, necessário pensar para além de uma flexibilidade em abstrato, para se compreender a necessidade de ajustes caso a caso, a partir de uma flexibilização *a posteriori, in concreto*. Como sempre existirão casos que irão exigir algum nível de calibração no circuito e nas técnicas procedimentais previstas, o CPC/2015 exalta tanto a flexibilização feita pelas partes (art. 190, CPC) quanto a flexibilização judicial (art. 327, §2º, do CPC, por exemplo), muito embora deposite maior confiança naquela promovida pelas partes (OLIVEIRA, 2018, p. 192).

Correta a sistemática adotada pelo CPC/2015 que, antenada com a ideia de flexibilização atípica, *in concreto* ou *a posteriori*, percebe os males do hiperpublicismo, de modo que, mesmo sem abandonar o papel do juiz, realça o protagonismo adaptativo das partes.

Assim, na flexibilização feita por negócio (convenções processuais),³⁹⁴ tem-se importante abertura para as partes contribuírem com o *design* do procedimento, enfim podem definir nada mais, nada menos do que as regras do jogo, o que significa, além de um respeito à vontade dos litigantes, um altíssimo grau de flexibilidade, sem prejuízo da segurança processual. Há, portanto, permissão para convenções processuais típicas e atípicas no sistema jurídico brasileiro.

Por fim, chega-se na flexibilização judicial, sem dúvida, a mais desafiadora e sensível de todas, pois frequentemente criticada e acusada de gerar insegurança jurídica interna, o que causa arrepios, principalmente diante de algumas práticas solipsistas, que flertam com o autoritarismo. A flexibilização pelas mãos do magistrado, conquanto necessária, exige equilíbrio entre rigidez e adaptabilidade concreta!

A flexibilização judicial, naturalmente, é excepcional, mas se apresenta como imposição da ideia de segurança-realização dos direitos (segurança pelo processo). Diferentemente da linha seguida pelo Código de Processo Civil de Portugal de 2003, que, no art. 507,³⁹⁵ estabeleceu a possibilidade expressa

³⁹⁴ Afirma Loïd Cadet que: “La tendencia contemporánea de contractualizar la justicia y el procedimiento es un eje fuerte de la evolución que será sin duda reforzado em el futuro.” (CADET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords). O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151).

³⁹⁵ Bem aberta e centrada no juiz a redação do art. 507 do CPC Português: “O juiz deve adotar a

da flexibilização judicial, no CPC/2015 não passou um dispositivo mais geral que permitisse essa modalidade de adaptação. Não obstante, existem vários dispositivos específicos que, vistos em conjunto, reforçam a possibilidade de uma flexibilização judicial.

Vejamos alguns exemplos práticos. Diante do poder geral de zelar pelo contraditório (art. 7º, CPC), o juiz pode alterar o procedimento, nomeando advogado dativo, ampliando o prazo de contestação (imagine que a petição inicial venha acompanhada de mais de mil documentos) ou admitindo provisoriamente um agravo de instrumento em processo físico sem a cópia das peças obrigatórias, diante de uma decisão provisória de urgência proferida no plantão em que os autos desapareceram. Bem pensadas as coisas, à época do CPC/1973 a imposição do contraditório (das contrarrazões) nos embargos de declaração com efeitos infringentes, que não tinha previsão legal, foi uma evidência palmar de adaptação judicial do procedimento.

Algumas regras, ademais, como: a) a possibilidade de dilatação de prazos processuais (art. 139, VI, do CPC); b) a determinação de meios executivos atípicos (art. 139, IV, CPC); c) a antes citada possibilidade de real transporte de técnicas processuais compatíveis entre procedimentos comuns e especiais (art. 327, §2º, CPC), em conjunto, dão o tom de que o processo civil do Brasil é o mais flexível possível, o que concretiza a ideia de segurança-realização.

Para que haja a flexibilização judicial, contudo, são necessários alguns requisitos: a) um contraditório forte, que ressalte o poder de influência das partes; b) obediência aos deveres de cooperação; e, c) o respeito ao autorregramento da vontade dos litigantes (OLIVEIRA, 2018, p. 175 - 176).

No mais, tem-se que se os bens forem instáveis (perspectivas de mudanças incertas para o futuro), como os que envolvem políticas públicas ou reestruturação de estruturas públicas ou privadas, o procedimento necessariamente tem que ser flexível, o que remete ao tema dos processos estruturais.³⁹⁶ Como dizem, com os olhos em tais processos de reestruturação, Didier Jr., Zaneti Jr e Oliveira: “[...]podemos afirmar que existe – e deve existir – certa *flexibilidade intrínseca* ao procedimento pelo qual se desenvolve o processo estrutural.” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA apud ALVIM, 2020, p. 60).

No âmbito dos processos estruturais, que exigem um nível avançado de transformação no âmbito social para fins de tutela dos direitos, o espaço da flexibilização judicial, a opção por uma execução negociada e a necessidade de um regime de transição se apresentam como condições necessárias para o desenvolvimento de um processo estrutural seguro.

tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.”

³⁹⁶ Sobre a temática dos processos estruturais, por todos, conferir: VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020; BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

Por fim, merece menção a oportunidade de se pensar um regime de transição (art. 23 da LINDB) para enfrentar e para estabilizar novas situações sociais juridicamente adequadas, pois a justiça transicional é legítima ainda que haja necessidade de interferir em políticas públicas ou em situações de desconformidade, nem sempre ilícitas, já consolidadas pelo decurso do tempo e das relações criadas (ideias de segurança-continuidade e segurança-realização).

Tome-se o exemplo da necessidade de reestruturação dos serviços de acolhimento, tanto familiar como institucional, para crianças e adolescentes³⁹⁷ ou da obrigação legal de alterar todo o funcionamento da gestão do trabalho na política municipal de assistência social,³⁹⁸ o que exige a necessidade de alteração de uma situação de desconformidade já instalada há tempos, que não nasceu da noite para o dia, mas precisa ser desestabilizada e substituída por uma nova situação acorde com o Direito.

A imposição de um regime de transição, para garantir uma passagem suave, quando se faz necessário superar uma estabilização, vale tanto para as situações fáticas estáveis, como são bons exemplos os antes citados, quanto para as situações jurídicas firmes.

É importante lembrar que a segurança jurídica exige um estado de calculabilidade, o que significa que o cidadão tem que ter a capacidade de antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a atos ou fatos (ÁVILA, 2019, p. 631) O regime de transição serve, justamente, para promover o real estado de calculabilidade exigido pela segurança jurídica, uma vez que, não sendo abrupta a quebra de estabilidade, é possível planejar estrategicamente a vida.

O regime de transição auxilia para que a mudança seja gradual, superando-se de forma paulatina uma estabilidade fática ou jurídica. Pode-se dizer, inclusive, que o viés de segurança na mudança impede transformações bruscas e drásticas, que atinjam, além da calculabilidade, a atual ideia de continuidade (mais ampla e objetiva que a proteção à confiança). Como ensina Ávila: “o princípio da segurança jurídica gera, assim, o direito a um regime de transição justo.” (ÁVILA, 2019, p. 643).

São exemplos de regras de transição: a) modulação temporal de efeitos, definida no art. 927, §3º, do CPC, antes prevista apenas para decisões do Supremo Tribunal Federal na jurisdição abstrata e concentrada de constitucionalidade (Leis 9.868/99 e 9.882/99), que é o exemplo mais conhecido; b) compensação financeira (pagamento de um valor em dinheiro para compensar a pessoa

³⁹⁷ STJ – 3ª Turma – Resp 1.854.842/CE – Rel. Min. Nancy Andrighi – unânime – Julgado em 02.06.2020 – Dje de 04.06.2020.

³⁹⁸ Os dois exemplos citados são desenvolvidos no seguinte texto: BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Diagnóstico e (re)estruturação da política de assistência social (Suas). In: CAMBI, Eduardo; GIACOIA, Gilberto; BONAVIDES, Samia Saad Galloti. Covid 19 e Ministério Público. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 455 - 477.

atingida pela mudança de uma decisão até então estável); c) ajudas de adaptação (que são compensações *in natura* em razão da quebra da estabilidade, mais afeta e adequada para relações contínuas e duradouras); d) cláusulas de opção (cabe ao cidadão a escolha de aderir ou não ao novo regramento) e de exceção (há, diante da mudança, a exclusão de determinada categoria ou de quem estiver em determinadas circunstâncias do novo entendimento afirmado).³⁹⁹

Na linha do que afirma Antônio do Passo Cabral, não se pode perder de vista que há um dever estatal de operar segurança na mudança, editando regras de transição também em processos administrativos e judiciais, sempre que houver quebra de continuidade para superar a estabilidade de uma decisão e alterar seu conteúdo.⁴⁰⁰

Vê-se, portanto, que, também diante da superação de estabilidades jurídicas, sede onde é mais comum pensar em regras de transição, tem grande aplicação tais técnicas, servindo para mediar uma passagem mais suave e consistente do antigo *status quo* para a nova situação que tende a se estabilizar.

Indiscutível, portanto, que o novo paradigma de segurança jurídica alcança, de frente, os precedentes judiciais, a flexibilização procedimental e as regras de transição. Augura-se, no entanto, que os estudiosos do processo civil aprofundem os temas listados, além de tantos outros (novas modalidades de participação no processo, processos estruturais ou a real necessidade e a utilidade atual dos procedimentos especiais, por exemplo), sem perder de vista a importante e bastante atual perspectiva do novo paradigma da segurança jurídica processual: a segurança na mudança.

CONCLUSÃO

De tempos em tempos, é sempre importante, mesmo para o processualista, os operadores e mesmo os operários (os práticos) do Direito, enfim para aqueles que estão no chão da fábrica, para usar uma expressão mais vulgar, ter a preocupação de se ocupar, com o cuidado devido, de temas da teoria do direito e do processo.

Um destes temas é a segurança jurídica que exige, hoje em dia, a partir da sua evolução histórica, ser compreendida no novo viés, propugnado no presente trabalho, da segurança jurídica processual na mudança, percebendo que o Direito precisa se apresentar cognoscível, estável, confiável e efetivo, nunca devendo-se apartar segurança de efetividade, bem como que, diante de estabilidades jurídicas (coisa julgada, preclusão, entendimento administrativo consolidado, por exemplo) e fáticas (situações

³⁹⁹ Para um maior aprofundamento do tema, conferir: CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 223 e ss.

⁴⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 21.

de desconformidade consolidadas pelo tempo) que precisam ser superadas, é preciso criar estratégias que possam mediar uma passagem suave da estabilidade anterior para o novo *status quo*.

O paradigma da segurança jurídica processual na mudança, por sua vez, exige que haja o realinhamento de vários institutos processuais, que precisam ser estudados e aplicados a partir dessa nova lógica de segurança jurídica, especialmente no que tange ao sistema de precedentes, à flexibilização procedimental e à necessidade de um regime de transição diante de estabilidades fáticas ou jurídicas (justiça transicional), já bem estudados no presente texto, mas que continua a exigir um nível apurado de atenção dos juristas que pensam o Direito do século XXI, permeável que é às transformações sociais, jurídicas e processuais. Importante que venham, pois, novos estudos e aprofundamentos sobre o tema!

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. El canon neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). Revista de Processo RePro, v. 310. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dezembro de 2020, p. 265-291.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas; CRESPO, Victória Rincon Machado Mourão. As políticas públicas e os desafios da tutela judicial no Brasil em tempos de constitucionalismo e globalização. Curitiba: Brazil Publishing, 2021.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas; CRESPO, Victória Rincon Machado Mourão. Tutela coletiva extraprocessual e acesso à justiça: vantagens e desafios à luz do desastre do Rio Doce (Caso Samarco). Curitiba: Brazil Publishing, 2021.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Diagnóstico e (re)estruturação da política de assistência social (Suas). In: CAMBI, Eduardo; GIACOIA, Gilberto; BONAVIDES, Samia Saad Galloti. Covid 19 e Ministério Público. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 455-477.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida: amor líquido, medo líquido e nascidos em tempos líquidos. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. Princípios do processo no novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- CADET, Loïc. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords). O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CROSS, Hupert; HARRIS, J. W. El precedente en el Derecho inglés. Madrid, Marcial Pons, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso

- de Direito Processual Civil v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodvm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.) Revista de Processo RePro, v. 303. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 45-81, maio 2020.
- FARIAS, Pedro Lima Gondim de; BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. A advocacia na era digital: uma análise sobre possíveis impactos práticos e jurídicos das novas tecnologias na dinâmica da advocacia privada. Curitiba: Brazil Publishing, 2021.
- GAVRONSKI, Alexandre. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Coleção Ministério Público Resolutivo v. 1. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- KELLNER, Alexander Leonard Martins. Segurança jurídica e direito: investigações conceituais. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. Transformações do direito administrativo [recurso eletrônico]: direito público e regulação em tempos de pandemia. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.
- MANILI, Pablo L. La seguridad jurídica: una deuda pendiente. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). Precedentes obrigatórios. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 537-565.
- PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). Precedentes obrigatórios. 2 ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 593-608.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização procedimental. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- QUINTANA, Linares. Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino

y comparado. Tomo VI. Buenos Aires: Plus Ultra, 1970.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85 -129.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 15-30.

VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). Precedentes obrigatórios. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

O PROTAGONISMO JUDICIAL DIANTE DE DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E DE PRELÚDIOS DE LIBERALISMO AUTOCRÁTICO

JUDICIAL PROTAGONISM IN FRONT OF REASONABLE MORAL DISAGREEMENTS AND PRELUDES OF AUTOCRATIC LIBERALISM

Murilo Carrara Guedes⁴⁰¹

INTRODUÇÃO

Antes palco para decisões a respeito de litígios preponderantemente individuais, o Poder Judiciário, paulatinamente, foi alavancado a ator coadjuvante de primeira ordem, senão a protagonista, em áreas (palcos) adstritas(os) e reservadas(os) aos demais poderes⁴⁰², notadamente naquelas (es) que versam sobre políticas públicas, que envolvam outros conflitos complexos ou, ainda, quando em discussão a extensão das prerrogativas presidenciais.

As razões que fizeram emergir esse protagonismo judicial são diversas, tais quais as críticas que lhe são severa e, em certos casos, acertadamente dirigidas. Em verdade, a expressão ativismo judicial é utilizada para agasalhar diversas visões sobre um mesmo fenômeno, a saber, a ‘ingerência’ do Poder Judiciário em arenas tipicamente, ao menos sob a ótica estanque de separação dos poderes, reservadas a outras esferas de Poder.

A existência de desacordos entre os atores políticos (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) ou mesmo dentro da própria sociedade a respeito de assuntos que interessem à coletividade é o plano de fundo preferido (não o único) para a discussão sobre protagonismo judicial. Não se tratam, porém, de dissonâncias puramente subjetivas, similares àquelas existentes em relações binárias, preponderantemente individuais. Tais desacordos estão entrincheirados na sociedade e não comportam uma solução simplista e reducionista.

Inegável que esse protagonismo pode se perfazer em incontáveis arenas, especialmente quando em jogo discussões sobre políticas públicas.

⁴⁰¹ Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialização em Direito Processual Civil pela Abdconst. Analista Judiciário Sênior junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: muriloguedes1982@gmail.com.

⁴⁰² “Em tal contexto, avulta na vida nacional o papel do Poder Judiciário – especialmente o do Supremo Tribunal Federal (STF). Por causas diversas, as mais relevantes decisões para a sociedade brasileira passam, a cada dia, pela arena judicial. O ambiente de atuação do julgador transforma-se em ágora moderna, espaço preferencial das deliberações públicas mais relevantes. O processo já não é apenas instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos. Eloquente a virada conceitual: a vocação do tempo presente já não é para a legislação e a ciência do Direito, mas para a jurisdição. O processo transmuda-se em autêntico instrumento de participação democrática.” (VIANA, Isana Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do Ativismo Ao Protagonismo Judicial: por uma atuação transformadora na seara ambiental. Revista de Direito e Sustentabilidade | e-ISSN: 2525-9687 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 54-75 | Jul/Dez. 2016, p. 2).

Palco para acirradas divergências, a atuação do Poder Judiciário em tais questões é tida por alguns como inconstitucional, especialmente pelos adeptos do constitucionalismo político, enquanto outros reputam-na constitucional para salvaguardar ou mesmo implementar direitos fundamentais que estejam sendo desrespeitados ou, pior, eliminados.

Doutra sorte, a participação do Poder Judiciário em matérias de cunho mais político e legislativo também tem se mostrado uma realidade cada vez mais pulsante. O que, em verdade, está por detrás desses conflitos de interesses entre os Poderes é que torna o agir judicial uma necessidade. Fins espúrios, escusos, dissimulados, tendentes a alocar em cargos importantes séquitos de um discurso questionável sob a lente democrática, que podem desaguar em legalismos autocráticos ou mesmo ferir de morte (lentamente) os pilares de uma democracia, em especial das fracas, não podem escapar ao radar do Poder Judiciário quando chamado a manifestar-se.

A discussão se repete quando o problema toca aos desacordos morais razoáveis, em particular quando ausente lei ou pendente de análise projeto de lei. Em outras palavras, a discussão central neste cenário traz a reboque a divergência sobre a necessidade de deferência, ou não, do Poder Judiciário ao Poder Legislativo.

O presente artigo, pois, pretende analisar, sem a pretensão de esgotar, o papel do Judiciário, em particular no tocante ao protagonismo judicial, frente aos desacordos morais razoáveis e às tensões políticas a fim de investigar se, e em que medida, deve a decisão judicial imiscuir-se neste palco. Para tanto, far-se-á, num primeiro momento, uma digressão para analisar o protagonismo judicial sob o viés do constitucionalismo político, perpassando pela discussão a respeito do minimalismo ou do maximalismo. Em seguida serão abordados os desacordos morais razoáveis para, ao final, tratar dos eventuais limites, se é que podem ser objetivamente traçados, desse protagonismo quando confrontado com questões (escolhas) políticas ou desacordos morais razoáveis.

1 PROTAGONISMO JUDICIAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E DO CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

1.1 NOÇÃO GERAL: ATIVISMO, PROTAGONISMO, JUDICIALIZAÇÃO

Os que se dedicam a estudar temas na área do Direito não raras vezes se deparam com confusões semânticas⁴⁰³, quando não, e mais grave, com deturpações

⁴⁰³ Com precisão cirúrgica, essa confusão semântica não escapa aos olhares de Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes, conforme se depreende do seguinte excerto: “Quando um de seus discípulos perguntou ao sábio Confúcio qual deveria ser a primeira ação de um bom governante, o filósofo chinês teria lhe respondido: “chamar as coisas pelo nome certo”. Esse conselho, presente no terceiro verso do décimo terceiro livro dos *Analectos*, viria ser conhecido, nos séculos futuros da literatura chinesa, como a Retificação dos Nomes. Segundo Confúcio, se a própria língua não se curvar ao que é real, renunciando à frouxidão e à gratuidade, todas as nossas ações estarão fadadas a um amargo insucesso. No atual mundo jurídico brasileiro, poucas palavras têm sido alvo de tanta

ou releituras de ideias, raciocínios e conclusões totalmente desconexos do sentido original do texto. Noutros casos, a distinção entre institutos é mais difícil, pois repousa em sutilezas que podem passar despercebidas numa leitura menos atenta ou mais apressada.

Tal introito é necessário porque essa problemática vem à tona quando se toma como objeto de análise a postura de Tribunais, principalmente das Cortes Superiores, diante de desacordos morais razoáveis ou de conflitos complexos que transcendem a bipolaridade característica das relações individuais e abarcam situações de multipolaridade em que a decisão pode repercutir na esfera de incontáveis, ou mesmo, indetermináveis pessoas.

Não é incomum, pois, certo baralhamento no emprego das expressões judicialização, protagonismo e ativismo judiciais, por vezes tratados como se fossem conceitos sinônimos, já consolidados e indenes a críticas. Mas a dúvida de fundo é: será que, de fato, as expressões protagonismo e ativismo judiciais não seriam sinônimas e que, por detrás da tentativa de diferencia-las, residiria, em verdade, apenas um jogo de palavras bem elaborado e sofisticado para justificar uma narrativa?

Não há uma resposta conclusiva a tal perquirição, mas, comumente, à expressão “ativismo judicial” associa-se uma carga axiológica negativa, como se ela traduzisse algum excesso do juiz, situação mais amenizada quando se faz referência àquela outra expressão designada de “protagonismo judicial”. Ao menos sob o aspecto psicológico, o ímpeto dos antagonistas parece amainar (não por completo a ponto de retirarem as críticas) quando se faz uso da última expressão.

Tão complexa quanto a divergência conceitual que, registre-se, não é um preciosismo, pois a conceituação adotada já traz consigo toda uma carga axiológica que vai penetrar e orientar a teoria que sobre ela se construirá, a origem dos debates sobre o tema, no Brasil, remonta à década de 1990, particularmente pelo advento da Constituição em 1988. Já na doutrina estadunidense, o prelúdio dessa discussão nos leva ao ano de 1803, particularmente ao julgamento do caso *Marbury vs Madison*. O germe da *judicial review*, como é conhecida a teoria no país do *common law*, finca raízes na decisão tomada pela Suprema Corte Americana quando do julgamento

confusão como estas duas: “ativismo judicial”. A consequência dessa poluição semântica é tão simples quanto tenebrosa: o obscurecimento total sobre o fenômeno que elas buscam designar. A falta de clareza é tal que, hoje em dia, tanto a direita como a esquerda utilizam a expressão para explicar posturas judiciais diametralmente opostas. Frise-se não há nada de novo nesse tipo de conflito. Nos EUA, as polêmicas sobre o termo também se desenvolvem a partir de forte embate ideológico entre Democratas e Republicanos. Diga-se mais: há setores da doutrina – e até mesmo do próprio Judiciário – que defendem, ostensivamente, a postura ativista na aplicação cotidiana do direito, sem sequer demonstrar sobre o que efetivamente estamos falando.” (ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. Revista dos Tribunais, v. 1008/2019, p. 43 – 54, Out / 2019, DTR\2019\40623 – versão digital.

do referido caso⁴⁰⁴. Desde então, em maior ou menor grau, inúmeros outros casos⁴⁰⁵ podem ser apontados como exemplos de *judicial review*.

Feito este esboço histórico, retomemos, porém, o problema conceitual. Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes aduzem que:

(...) Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 43 – 54).

O ativismo judicial costuma frequentar as discussões e é trazido à tona quando decisões judiciais são proferidas em conflitos complexos, potencializados por momentos políticos instáveis que propiciam a emergência e a explosão dessa litigiosidade, além de acirrar a tensão e comprometer o equilíbrio saudável e necessário entre os Poderes.

Tal ativismo também exsurdiria quando o Poder Judiciário se arvorasse na competência para decidir divergências (desacordos) morais razoáveis a propósito de temas ainda não enfrentados (não por desídia, ao menos não declarada), ou ainda em fase de debates, pelo Legislativo, ou mesmo quando, a pretexto de proteger e aplicar a Constituição, entendesse por necessária a revisão de atos administrativos oriundos do Executivo.

Logo, a expressão ativismo judicial é fortemente associada a uma postura mais proativa e, em certa medida, e até mesmo invasiva, do

⁴⁰⁴ “Há uma grande dificuldade de se definir o ativismo judicial. Keenan Kmiec, em trabalho que tematiza especificamente as origens e o significado atual da expressão, observa que, quanto mais comum passou a ser o seu uso, menos claro passou a ficar o seu significado. De todo modo, é consenso que as primeiras reflexões mais consistentes sobre o tema derivam dos Estados Unidos. Pelo menos desde 1803, com o célebre caso *Marbury v. Madison*, discussões sobre o papel e os limites da atuação do Poder Judiciário passam a pautar o debate público americano. Segundo consta, o termo teria ganhado, originalmente, destaque em um artigo escrito pelo historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger Jr., intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na popular *Revista Fortune*, em janeiro de 1947. O texto traçava o perfil dos justices que integravam a Suprema Corte Norte-Americana à época, e buscava explicar as alianças e divisões entre eles. O artigo caracterizava os Justices Black, Douglas, Murphy e Rutledge como *Judicial Activists*, ao passo que os Justices Frankfurter, Jackson e Burton seriam *Champions of Self Restraint*. Os demais, Justice Reed e o Chief Justice Vinson, comporiam um grupo intermediário.” (MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário*. *Revista de Processo*, v. 283/2018, p. 481 – 499, Set / 2018, DTR\2018\18445 – versão digital).

⁴⁰⁵ Da experiência americana extraem-se outros casos de significativa repercussão, especialmente por versar sobre a tensão entre os Poderes (maior ou menor deferência de um para com outro). Dois dos mais emblemáticos são: i) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); ii) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) e *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955)..

Poder Judiciário, a indicar que ele teria se imiscuído em arenas estranhas aos seus misteres, notadamente quando tenha supostamente avançado sobre competências de outros Poderes.

Doutro lado, os que propugnam pelo uso da expressão protagonismo judicial procuram fugir a esta crítica sob o argumento de que o Poder Judiciário é inerte e, ao menos no nosso sistema, não pode “decidir por não decidir”, donde decorre a obrigação constitucional de não se furtar a julgar aquilo que lhe é apresentado judicialmente. Pretendem, com isso, trilhar um caminho que reafirme a postura inerte do Poder Judiciário, mas que, ainda assim, não seria incompatível com a decisão de casos difíceis, mesmo quando em terreno propenso a dissensos sobre a legitimidade de tal decisão.

Independentemente da opção, ativismo ou protagonismo judiciais revelam sua pior face quando, a pretexto de garantir-se um direito fundamental ou extirpar-se do mundo jurídico um ato legislativo ou mesmo administrativo (do Executivo), o julgador fá-lo embebido em puro decisionismo ou em genuína discricionariedade. Para terror e tristeza dos pseudoiluminados e para aplausos dos que reconhecem a falibilidade humana e sabem ser o juiz Hércules⁴⁰⁶ apenas uma alegoria muito distante da realidade, a Constituição Federal e as legislações infraconstitucionais não autorizam julgamentos discricionários: os parâmetros existem e entre seus extremos pode e deve se conformar o julgador, buscando ancoragem, para tanto e quando o caso permitir (excluídos os processos objetivos), na gama probatória, no conjunto de alegações ameadas ao processo e no dever de fundamentação/argumentação.

Por fim, ativismo e protagonismo judiciais não se confundem com o fenômeno da judicialização. Fala-se mais comumente em judicialização da saúde e da política, mas a expressão quer indicar um movimento pelo qual a análise de matérias, assuntos e discussões antes restritos aos Poderes Legislativo e Executivo passou a frequentar com mais assiduidade o âmbito do Poder Judiciário⁴⁰⁷. Essa manobra é que conduz, ou pode conduzir, a decisões

⁴⁰⁶ A referência é feita a figura idealizada por Ronald Dworkin, extraída do livro *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

⁴⁰⁷ Neste sentido também se manifestam Francisco José Borges Motta e Clarissa Tassinari: “Uma série de fatores se combinam para que haja, no momento pelo qual passa o Brasil, uma intensa judicialização dos mais diversos aspectos da vida das pessoas. Basta lembrar que a Constituição de 1988, além de abrir as portas do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), ainda consagrou uma plêiade de direitos fundamentais, inclusive de caráter prestacional, a uma população que não passou, de fato, pela experiência de um Welfare State. Essa verdadeira corrida ao Poder Judiciário vem agravada, no Brasil, pela crescente desconfiança da população em relação à classe política. Há, ainda, outras causas relevantes, como o caráter contramajoritário que a Constituição confere ao Direito (o que faz com que minorias organizadas cada vez mais procurem diretamente o Poder Judiciário, ao invés de tentar ter suas pretensões redimidadas na arena propriamente política) e, mesmo, certa cultura do litígio, que concebe o recurso à jurisdição, no mais das vezes, uma opção preferencial em relação às demais formas de composição de conflitos. Isso faz com que o Poder Judiciário tenha crescido em importância aos olhos da comunidade política...” (Ativismo judicial e decisões por princípio: uma

dotadas de carga axiológica robusta que, por vezes, enfrenta temas cujo *locus* para apreciação melhor (não necessariamente no sentido qualitativo) se amoldaria dentre as competências doutros Poderes. Em suma, judicialização não é equivalente a ativismo e protagonismo judiciais, mas pode ser um fator que neles desagüe.

O aumento da judicialização pode encontrar explicação em alguns fatores: redemocratização fortalecida com a Constituição Federal de 1988; fortalecimento de garantias dos juizes, com reforço para a independência; fortalecimento de atribuições do Ministério Público, da Defensoria Pública; o fato de a Constituição ser analítica; o modelo de controle de constitucionalidade existente no Brasil⁴⁰⁸; a facilitação de acesso à justiça, ainda que atualmente haja uma tendência a repensar tal direito a fim de torna-lo mais responsável.

À luz destas considerações, o protagonismo judicial também pode ser analisado sob a perspectiva do constitucionalismo político e do constitucionalismo jurídico, especialmente porque há interpretações divergentes quanto a determinados aspectos.

1.2 ANÁLISE PELAS LENTES DOS CONSTITUCIONALISMOS POLÍTICOS: CONSTITUCIONALISMO POPULAR, CONSTITUCIONALISMO POPULAR MEDIADO E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

O constitucionalismo político tem por característica indelével o questionamento quanto à soberania das cortes para ditar a interpretação a ser dada a determinados temas. Reconhece, o constitucionalismo político, a relevância da interpretação decorrente das cortes, mas defende que ela não seja hegemônica e tampouco a única possível ou correta. Ao contrário, sustenta que essa interpretação seja compartilhada, não apenas com outros

proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. Revista de Processo, v. 283, 2018, p. 481 – 499, Set / 2018, DTR, 2018\18445 – versão digital). Luís Roberto Barroso aponta dois fatores principais para a judicialização: “... o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente ..., que combina a matriz americana – em que todo o juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. ... Nesse contexto, a judicialização constitui fato inelutável decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juizes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.” (BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47).

⁴⁰⁸ As hipóteses foram apresentadas, ainda em 2008, por Luís Roberto Barroso em artigo publicado no site Conjur, disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacaoativismolegitimidade_democratica?pagina=2#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20significa%20que%20algumas%20quest%C3%B5es,seus%20minist%C3%A9rios%20e%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 19 set. 2020.

Poderes, mas também com o próprio povo.⁴⁰⁹ Haveria, pois, interpretação fora das Cortes, tão importante quanto aquela exercida no e pelo Judiciário.

Subtrair tais prerrogativas dos demais Poderes e do povo conduziria a um desequilíbrio indesejado, quando não ao enfraquecimento da responsividade (*accountability*⁴¹⁰) dos legisladores, especialmente diante de questões polêmicas e controvertidas (desacordos morais), acerca das(os) quais, pensando no jogo político, a melhor opção seria furtar-se à realização das escolhas para evitar perdas políticas em sua imagem (ou em seu prestígio).

Esse constitucionalismo político possui basicamente três derivações: constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático. O fio condutor destas vertentes está na correlação entre democracia e constitucionalismo e também se assenta, reitera-se, na ideia de que o papel de interpretar a Constituição não se concentra nas mãos dos juízes, estando, em verdade, diluído entre todos os Poderes e o Povo.

Em suma, as características principais e comuns de autores do constitucionalismo político (ou popular *lato sensu*), na ótica de Roberto Gargarella, podem ser resumidas às seguintes:

Partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia), los «populistas» pueden ser reconocidos en la defensa de criterios como los siguientes:
1. Desafiar la supremacía judicial quitando la Constitución de las manos de los tribunales; 2. Contra una “sensibilidad

⁴⁰⁹ A propósito, com extrema clareza, explica Miguel Gualano de Godoy: “A crítica à supremacia judicial e a defesa de maior participação do povo devem possibilitar uma efetiva interpretação da Constituição que seja distribuída entre os Poderes, os órgãos, as instituições e entre todos eles e o povo. Dessa forma, tira-se a exclusividade das cortes e compartilha-se a tarefa de interpretar a Constituição. A interpretação feita pelo Poder Judiciário é importante e tem peso, sobretudo porque é feita por especialistas, mas deve ser encarada como mais uma, e não como a única correta. O constitucionalismo popular parte do pressuposto de que as interpretações sobre o conteúdo, alcance e limites das previsões mais fundamentais da constituição só podem ser estabelecidas em um ambiente público e radicalmente democrático...” (Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. Reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98).

⁴¹⁰ A expressão *accountability* é equívoca e não tem uma tradução exata para o léxico pátrio. O professor Ilton Norberto Robl Filho traz uma depuração da expressão em tese apresentada como requisito para conclusão de doutorado junto à UFPR, defendida ainda no ano de 2012, mas que persiste atual, intitulada: *Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro*. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/35352>. Acesso em: 12 set. 2020. O tema, com maior enfoque nas competências do CNJ, também é aprofundado pelos professores Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho no artigo intitulado *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 26-46, março/2013.

antipopular”; 3. Interpretación extrajudicial; 4. Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial; 5. El derecho fuera del derecho; 6. Democracia y participación.⁴¹¹

O que o constitucionalismo político (ou popular *lato sensu*) busca, pois, é contrapor-se ao controle de constitucionalidade forte e, em certa medida, construir uma ponte de diálogo com o controle de constitucionalidade fraco⁴¹².

1.2.1 Constitucionalismo popular

No primeiro ramo, do constitucionalismo popular, estão Alexander Bickel, Cass Sustein e Larry Kramer.

Alexander Bickel desenvolveu seus argumentos num período da democracia estadunidense fortemente abalada por problemas relacionados à segregação racial (década de 60), reforçados pelas lutas pela afirmação dos direitos da comunidade negra. Neste contexto, Bickel sustentou que a Suprema Corte Americana, além de jurídica, também era uma Corte sob os influxos da Política e defendeu que assim deveria sê-lo, especialmente para justificar e fomentar o diálogo institucional.⁴¹³

Ao lado destas situações, Bickel desenvolveu raciocínios para justificar momentos nos quais a melhor decisão a ser tomada pela Corte seria “decidir por não decidir”, ao que se convencionou chamar de virtudes passivas da Corte.

⁴¹¹ El nacimiento del «constitucionalismo popular. Disponível em: <https://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>. Acesso em: 21 de janeiro de 2021.

⁴¹² A concepção de constitucionalismo fraco é defendida por Rosalind Dixon em artigo intitulado “Argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade”, publicado na Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 5-55, mai./ago, de 2019.

⁴¹³ “Sua forma de abordar essas questões reúne passagens enigmáticas e inconclusivas, talvez pelos conceitos atípicos e inovadores que ele insere na reflexão sobre adjudicação constitucional. Virtudes passivas, colóquio socrático, arte do compromisso, prudência, longo prazo, gradualismo, pragmatismo, acomodação, estabilidade, entre outras, são palavras que geram certa perplexidade para quem está acostumado a entender o papel da corte à luz da prática de interpretação constitucional e da proteção dos direitos. Bickel ajuda a perceber que há mais no controle de constitucionalidade do que interpretação e aplicação do direito. Essa não é, propriamente, uma novidade, pois o realismo jurídico e as vertentes da ciência política que investigaram o judiciário sempre descreditaram dessa premissa. A perspectiva de Bickel é inovadora, contudo, porque defende as virtudes políticas da corte e as insere numa teoria normativa da revisão judicial. Não se trata apenas de dizer que é inevitável a corte ser influenciada por fatores externos ao direito, mas de sustentar que é assim que deve ser, a depender de quais forem esses fatores. Esse é o argumento de Bickel que se conecta com a ideia do diálogo...” (MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de doutoramento. p. 101. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso, 15 dez. 2020).

Essa virtuosidade passiva da Corte é sintetizada por Conrado Hubner Mendes nos seguintes termos:

A corte precisa ter, por isso, sensibilidade para o exercício dessa tarefa mais sutil de não decidir, de saber se, quando e quanto decidir, perguntas inadmissíveis para concepções rígidas da revisão judicial. Há, segundo o autor, uma diferença de tipo, e não de grau, entre a interpretação do direito e o uso de virtudes passivas, estas mais ligadas à prudência. O princípio é a antítese da prudência o que não significa que esta não tenha um significado racional. A revisão judicial pode jogar, nas palavras do autor, com o ‘maravilhoso mistério do tempo’ e esperar. Esse tempo de espera é valioso para que processos deliberativos sejam estimulados na sociedade, antes que se tome uma decisão rígida de princípio. Deixa-se a questão de princípio amadurecendo e sendo testada pela experiência... A obrigação de decidir todo o tempo levaria a um processo manipulativo da democracia, ou então, provavelmente, ao abandono do princípio, o que faria a corte simplesmente substituir o julgamento de conveniência do legislador (e a tornaria um *second guesser*) (MENDES, 2008, p. 104 -105).

Essas ideias de Alexander Bickel foram, depois, lapidadas por Cass Sustein e por Larry Kramer. O primeiro, Cass Sustein, forjou as bases do minimalismo nos seguintes termos: decidir o estritamente necessário para justificar a conclusão, deixando “...o máximo possível não decidido.” (MENDES, 2008, p. 111). Noutras palavras, seria decidir o núcleo essencial (fundamental) do litígio sem abarcar o todo e tampouco sem pretender resolver o desacordo ou o conflito para toda a coletividade, mas apenas para as partes que demandaram em juízo⁴¹⁴. Afasta-se, pois, um pouco das ideias de Bickel, segundo as quais a Corte poderia “decidir não decidir”, e aproxima-se da noção pela qual a Corte deveria decidir, restringindo-se, quando necessário e recomendável (de acordo com parâmetros que ele desenvolve), ao essencial para justificar o resultado (a conclusão).

⁴¹⁴ “Juizes minimalistas optam por pequenos e cautelosos passos na hora de decidir controvérsias constitucionais, buscando incrementar as decisões e práticas passadas ao invés de rompê-las definitivamente como o fazem os juizes heróis, ou de mantê-las como o fazem os juizes soldados.” Noutra passagem, continua o mesmo autor: “Diante dessa disputa imaginária, segundo Sunstein, o juiz minimalista é o melhor modelo a ser seguido, pois não idealiza o papel do juiz, permite que ele exponha suas razões, argumentos, a teoria interpretativa em que se baseia (e, portanto, alguns dos compromissos substantivos que assume), mas ao mesmo tempo demonstra respeito às diferentes concepções de bem, ao debate democrático e aos demais Poderes e instituições.” (GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais, p. 121).

Sustein, todavia, não pretende fazer do minimalismo uma postura sempre recomendável. Reconhece haver situações, ante a imprevisibilidade factual, que venham a exigir da corte uma postura maximalista. Miguel Gualano Godoy, a propósito da teoria de Sustein, esclarece que

Mas seu ponto é mostrar que, para uma democracia, é também fundamental que a corte deixe coisas não decididas. Nem sempre há tanta razão para celebrar as qualidades de uma decisão judicial moralmente grandiosa. Com frequência, do ponto de vista moral, ‘o insulamento em relação às pressões majoritárias é o problema, não a solução’. Não se trata de abandonar o heroísmo moral da corte. ‘Ao seu próprio modo discreto, o minimalismo pode ser heroico também (GODOY, 2015, p. 118).

Larry Kramer⁴¹⁵, a seu turno, corroborou a tese do constitucionalismo popular e enfatizou, ao longo de seus estudos, que os juízes não são os únicos, ou necessariamente os melhores, intérpretes da Constituição. Contrapôs-se veementemente ao constitucionalismo legal por reputá-lo elitista, aristocrático e por considerar que o povo deveria apenas acompanhar os movimentos do Poder Judiciário tal qual um mero espectador para, ao final, aceitar a decisão e cumpri-la, sem questionamentos.

Um pouco menos “reacionário” do que Sustein, Larry Kramer não defende serem as Cortes desnecessárias, questão para ele de somenos importância. O que se lhe afigura relevante pontuar é que as Cortes não detêm soberania interpretativa, muito menos exclusividade, e tampouco a prerrogativa de dizerem a última palavra quando em voga a interpretação constitucional. Não nega às Cortes a possibilidade da *judicial review*, mas, reitera-se, refuta a concepção pela qual lhes seria inerente a última palavra em discussões afetas à interpretação da Constituição, fundamento este que, a seu juízo, também legitimaria o descumprimento de decisões pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

⁴¹⁵ “American constitutional law has, practically from the start, consisted of a struggle between two principles, which we can call “popular constitutionalism” and “legal constitutionalism.” In a system of popular constitutionalism, the role of the people is not confined to occasional acts of constitution making, but includes active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law. Legal constitutionalism, in contrast, relocates final authority to interpret and enforce fundamental law in the judiciary...” KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, Circa 2004. California Law Review, v. 92, n. 4, 2004a. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119349?ln=en>. Acesso em: 10 jan. 2021.

1.2.2 Constitucionalismo popular mediado

O principal autor do constitucionalismo popular mediado é Barry Friedman. Ele endossa a crítica dirigida à doutrina da supremacia judicial, mas deixa em segundo plano a discussão sobre necessidade de existência ou não das Cortes e sobre terem elas, ou não, a última palavra no campo interpretativo, para centrar seu enfoque no processo decisório daquelas e naquilo que sobre ele gravita, sem olvidar das consequências que tais decisões tenham ou possam vir a ter sobre a sociedade.

A ideia de mediação que é pinçada da corrente perfilhada por Friedman advém do fato de ser o Poder Judiciário o local apropriado para a centralização do debate político, dele irradiando decisões com supedâneo em processos deliberativos plurais. A adjetivação é explicada por Ingrid Cunha Dantas e Bernardo Gonçalves Fernandes:

É, por isso, que o constitucionalismo popular de Friedman é “mediado”, porque o processo de formação do sentido constitucional é intermediado pelos tribunais. Esses facilitam o debate constitucional, sintetizando e organizando as principais visões da sociedade, as quais são reafirmadas, ainda que em longo prazo, pelas próprias decisões judiciais. Ou seja, para o autor, não apenas a jurisdição constitucional não se opõe à democracia, como é sua própria catalisadora, mediando o seu “caminhar para” em direção à consolidação da vontade popular (DANTAS; FERNANDES, 2019, p. 61-88).

O papel da Corte, pois, seria congregar, reunir as discussões que orbitam determinada temática a fim de promover e conduzir o diálogo entre todos os atores, judiciais e políticos, de modo a que a decisão tenha o potencial de efetivamente equacionar, ainda que temporariamente, o desacordo subjacente à sociedade naquele momento, nada impedindo que a mesma sociedade continue a debater o assunto, inclusive culminando com uma reavaliação do tema no futuro.

1.2.3 Constitucionalismo democrático

Os representantes desta vertente do constitucionalismo são Robert Post e Reva Siegel que, trilhando o mesmo caminho das duas modalidades anteriores, rechaça a supremacia da Corte em matéria de interpretação constitucional, mas, ao contrário de Bickel que defendia a virtude passiva em grau mais intenso e de Sustain que propugnava por um minimalismo decisório, passam, aqueles, a agasalhar a linha teórica que se convencionou chamar de virtudes ativas.

Miguel Gualano de Godoy, após discorrer sobre esta modalidade de constitucionalismo, pontua a distinção desta concepção com aquela defendida por Sustain (minimalismo) nos seguintes termos: “O que se vê, assim, é que a diferença entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo é, portanto, de grau. Tanto uma postura mais passiva quanto uma mais ativa são não apenas possíveis e desejáveis, como também legítimas.” (GODOY, 2015, p. 129).

O que se observa, pois, é uma certa retomada da importância do papel do Poder Judiciário no contexto interpretativo da Constituição, sem que isso, contudo, signifique um discurso de supremacia daquele. Parece haver uma tendência a que quanto mais próximos do constitucionalismo popular de Bickel, maior seja a deferência ao Poder Legislativo, enquanto que, à medida que caminhamos em direção ao constitucionalismo democrático, tal deferência sofre uma mitigação, jamais uma exclusão.

O constitucionalismo democrático rejeita a ideia de supremacia judicial por entender ser ela apenas mais uma forma pela qual a Constituição pode ser interpretada, mas propugna que a Corte exerça um papel mais audacioso, de protagonismo, ainda que isso signifique acirrar a tensão com os demais Poderes ou mesmo pôr termo (ao menos momentaneamente) ao debate ora sob sua análise. Não descarta, o maximalismo, das críticas e, inclusive, das reações populares que podem decorrer da decisão proferida (*backlash*), mas considera serem elas reflexos legítimos e típicos de uma sociedade democrática.

1.3 ANÁLISE PELAS LENTES DO CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

O constitucionalismo jurídico apresenta-se como uma teoria que se atribui a pretensão de corrigir os rumos adotados pelo constitucionalismo político. Em verdade, procura descolar a Constituição da Política, associando-se a uma visão interpretativa juriscêntrica, tida por qualificada tecnicamente, autossuficiente e excludente doutras.

A normatividade constitucional é colocada no centro das discussões e as Cortes ou Tribunais Constitucionais são taxados de guardiães da Constituição, sobrepondo-se aos demais Poderes no campo interpretativo e, por consequência, vinculando-os às suas decisões⁴¹⁶. Aos críticos, porém,

⁴¹⁶ “A doutrina constitucional conseguiu criar, de acordo com Eloy García, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar aos componentes políticos. A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais constitucionais. Os autodenominados “neoconstitucionalistas” são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição. A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual dispõem pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta

a concepção jurídica do constitucionalismo é elitista, fruto da soberba e não democrática.

Ronald Dworkin, renomado expoente deste pensamento, apresenta argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade pelas Cortes. Refuta alegações que procuram negar tal possibilidade e expõe não haver quaisquer objeções democráticas à revisão judicial, ainda que feita por membros não eleitos democraticamente. Aduz que a *judicial review* auxilia na configuração de uma democracia ainda mais refinada. Assevera que o Poder Judiciário é o local apropriado para a discussão de princípios e diretrizes políticas e constrói uma teoria do direito enquanto integridade⁴¹⁷, pautado na unidade, coerência e plenitude. Afirmo, também, que os juízes devem buscar na moralidade política compartilhada na comunidade, em sua história, em sua tradição, em suas práticas tradicionais, os motivos para embasar suas decisões. Essa moral que o Poder Judiciário pretende ver prevalecer sobre aquelas outras prestigiadas pela escolha Legislativa não são as morais dos próprios juízes, mas sim a moral compartilhada na sociedade política. Dworkin aceita que o Poder Judiciário extrapole as decisões políticas tomadas pelo Legislador sob a premissa de que, ao fazê-lo, busca-se garantir direitos inatacáveis contra decisões da maioria política (direitos vistos como trunfos contra a maioria política – *rights as trumps*)⁴¹⁸.

2 DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

Desacordos morais razoáveis são dissensos que existem (mais abertamente ou não, a depender do grau de democracia da sociedade em que eles se instalam) entre os membros de sociedades liberais modernas, imbuídos

forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano. Representativa dessa visão é a opinião de Dominique Rousseau, para quem a Constituição é, cada vez mais, jurisprudencial: é um ato escrito pelo juiz constitucional, uma espécie de “carta jurisprudencial dos governados”. O Conselho Constitucional francês encarna, na sua concepção, a própria soberania popular, estabelecendo as bases sociais e filosóficas da comunidade nacional.” – destaquei (BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. Lua Nova: Revista Cultura e Política, nº 61, 2004, p. 19-20).

⁴¹⁷ Segundo Dworkin, “uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo...” (O império do Direito. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 227). A análise também é feita na obra Uma questão de Princípio (Tradução de Luís Carlos Borges). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴¹⁸ As divergências entre as teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron são abordadas em artigo da lavra de Fernando José Longo Filho, intitulado “A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron”, disponível nos Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS / Edição Digital / Porto Alegre / Volume X / Número 3 / 2015 / P. 90-111.

de boa-fé, bem intencionados, bem informados, a respeito das principais questões políticas, sociais e, porque não, morais e filosóficas, que permeiam a sociedade em questão (políticas públicas, ações afirmativas, interrupção da gravidez)⁴¹⁹.

Jeremy Waldron, um dos principais teóricos na matéria, elabora seu raciocínio calcado em quatro premissas⁴²⁰ centrais, dentre as quais consta: existência de desacordos persistentes, substanciais e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade. Argumenta que os membros da sociedade, por mais que estejam comprometidos (e o autor assume que estão) com a proteção de direitos, podem divergir sobre qual seja a melhor forma para tutelá-los.

A discordância é, pois, razoável quando de boa-fé, persistente, substancial, séria, embasada, legítima e, encontra respaldo jurídico tanto para quem defenda uma escolha quanto para quem defenda outra diametralmente

⁴¹⁹ A delimitação do tema foi extraída, em grande medida, de artigo publicado por Jeremy Waldron, cujo teor transcrevo: “D. Disagreement About Rights - My final and crucial assumption is that the consensus about rights is not exempt from the incidence of general disagreement about all major political issues, which we find in modern liberal societies. So I assume that there is substantial dissensus as to what rights there are and what they amount to. Some of these disagreements are apparent at a philosophical level (e.g., whether socioeconomic rights should be included in the Bill of Rights), some become apparent when we try to relate abstract principles of right to particular legislative proposals (e.g., whether the free exercise of religion demands exemptions from otherwise generally applicable laws), and some become apparent only in the context of hard individual cases (e.g., how much tolerance for dissident speech there should be in a time of national emergency). I assume that the rights-disagreements are mostly not issues of interpretation in a narrow legalistic sense. They may present themselves in the first instance as issues of interpretation, but they raise questions of considerable practical moment for the political community. Elsewhere I have referred to these as “watershed” issues of rights. They are major issues of political philosophy with significant ramifications for the lives of many people. Moreover, I assume that they are not idiosyncratic to the society in which they arise. They define major choices that any modern society must face, choices that are reasonably well understood in the context of existing moral and political debates, choices that are focal points of moral and political disagreement in many societies. Examples spring quickly to mind: abortion, affirmative action, the legitimacy of government redistribution or interference in the marketplace, the rights of criminal suspects, the precise meaning of religious toleration, minority cultural rights, the regulation of speech and spending in electoral campaigns, and so on. As these examples suggest, disagreements about rights are often about central applications, not just marginal applications.” WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. (2006) 115:6. Yale LJ., p. 1366-1367).

⁴²⁰ “Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.” (WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. (2006) 115:6. Yale LJ., p. 1360).

oposta (ex: discussão sobre o aborto – quem defende a vida funda seu argumento no direito à vida, ao passo que quem defende o aborto repousa sua tese no direito à liberdade).

Jeremy Waldron aduz que os desacordos a propósito dos direitos não são problemas de interpretação em um sentido legalista estrito. Num primeiro momento até se poderia supor que eles (desacordos) fossem problemas interpretativos, mas, em verdade, não o são porque se referem a questões de significativa importância para determinada comunidade política.

Seja qual for a escolha, há argumentos jurídicos/legais/constitucionais fortes e consistentes e, por vezes, de igual dimensão e relevância, para chancelar uma ou outra escolha. Trata-se, antes de tudo, de uma escolha puramente política e que reflete, ao menos naquele momento, o rumo que a sociedade, por seus representantes eleitos democraticamente, optou por encampar. O acerto ou desacerto da opção, pressupondo a regularidade formal da opção, pode sempre ser objeto de nova deliberação, mas, sob o domínio do constitucionalismo político (na modalidade de controle de constitucionalidade fraco), o ideal seria fazê-lo nos limites do próprio Poder Legislativo.

A premissa sobre a existência de desacordos morais razoáveis, logo de boa-fé, substanciais e persistentes, também não tem relação com relativismo moral. Isso não significa, contudo, que a problemática não dialogue com a filosofia. Nada mais errado pensar assim.

O fato de haver divergências sobre questões morais não implica que, e não pode ser interpretado como se, alguma das partes não esteja levando os direitos a sério. Parafraseando Jeremy Waldron, não se pode partir da premissa de que num debate sério e numa sociedade comprometida com a proteção dos direitos, as pessoas e o Poder Judiciário vão agir, na tomada de decisão sobre questões morais relevantes, apenas movidas por ignorância, perversidade ou tão somente preocupadas com os lucros ou prejuízos que terão com as escolhas que fizerem⁴²¹.

Na ótica do Waldron, os desacordos morais razoáveis devem ser resolvidos pelos membros eleitos do Poder Legislativo, notadamente por

⁴²¹ “Generally speaking, the fact that people disagree about rights does not mean that there must be one party to the disagreement who does not take rights seriously. No doubt some positions are held and defended disingenuously or ignorantly by scoundrels (who care nothing for rights) or moral illiterates (who misunderstand their force and importance). But I assume that in most cases disagreement is pursued reasonably and in good faith. The issues involved are serious issues on which it is not reasonable to expect that there would be consensus. In other words, I assume something like John Rawls’s “burdens of judgment,” but applied (where Rawls hesitated to apply the doctrine) to issues of the right as well as issues of the good. It is not reasonable to expect that people’s views on complex and fraught issues of rights will always converge to consensus. And as Rawls emphasizes, “It is unrealistic... to suppose that all our differences [on these matters] are rooted solely in ignorance and perversity, or else in the rivalries for power, status, or economic gain.” The assumption of disagreement has nothing to do with moral relativism.”(WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. (2006) 115:6. *Yale LJ.*, p. 1368).

seu aspecto mais democrático (legitimidade democrática dos atos do Poder Legislativo). O Poder Judiciário, porque composto por membros não eleitos, não ostentaria a legitimidade democrática necessária para justificar a prevalência das escolhas morais pelo Poder Judiciário em detrimento daquelas feitas pelo Poder Legislativo.

Não se pode concluir, contudo, que o constitucionalismo político seja avesso ao controle de constitucionalidade. Ele o admite, ainda que numa perspectiva fraca e não nega que dissensos que redundem em escolhas patológicas podem e devem ser revistos.

A ocorrência de discussões sobre estes desacordos, ao lado doutras demandas envolvendo situações de complexa conflituosidade, por muito tempo foram tratadas por técnicas processuais inadequadas porque pensadas para equacionar litígios mais lineares, de natureza essencialmente bipolar (demandante-demandado). Cotidianamente, a resposta do Poder Judiciário a toda essa problematização ignorou a magnitude do problema, redundando em análises atomizadas quando a ocasião exigia uma abordagem molecularizada.

O evoluir da ciência jurídica permitiu a constatação dessa insuficiência e fez surgir novas arquiteturas processuais, com uma modelagem mais plural, que melhor agasalha as diversas intercorrências que se podem colocar diante deste cenário. Mais recentemente, ao menos no Brasil, viu-se introduzir na doutrina o estudo sobre os chamados processos estruturais (medidas estruturais - *structural injunctions*) enquanto *locus* adequado para o debate, não apenas jurídico, mas também político, de problemas que transcendam os interesses das partes e que, em sua espinha dorsal, podem impactar na vida de inimagináveis pessoas. Nesta perspectiva, nada obsta, ao contrário, tudo indica, serem tais processos estruturais opções viáveis também à tutela de demandas fruto de desacordos morais (ARENHART, 2021).

3 SE, QUANDO E COMO O PROTAGONISMO JUDICIAL É NECESSÁRIO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE LEGALISMO AUTOCRÁTICO E OUTROS ARREMATAS SOBRE DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS

A pergunta que se coloca é se deve o Poder Judiciário decidir desacordos morais razoáveis, com efeitos vinculantes e força *erga omnes* para todos, ou se, nestes casos, o melhor caminho a trilhar seria resolver pontualmente o problema para as partes envolvidas, relegando o debate para as arenas políticas, em especial para o Poder Legislativo?

O mesmo se perquire quanto à análise de atos administrativos oriundos do Executivo.

Enfim, existe um protagonismo judicial preventivo? Ainda, existe algum parâmetro objetivo que possa balizar o agir judicial?

As teorias sobre o constitucionalismo, político e jurídico, e o controle de constitucionalidade, forte ou fraco, apresentam bons argumentos tanto para uma decisão minimalista quanto para outra maximalista. A situação, neste caso, todavia, parece opor três extremos: ou não se decide nada;

ou decide-se apenas o mínimo necessário apenas para os diretamente envolvidos; ou decide-se tudo, inclusive com força *erga omnes* e efeito vinculante para todos. A última opção desemboca, ao menos numa primeira aproximação, numa trilha de maior primazia do Poder Judiciário frente aos demais poderes, com reflexos, inclusive, sobre as bases da democracia deliberativa. Levantam-se argumentos, também, quanto à própria legitimidade democrática da decisão eventualmente proferida pelas Cortes, visto não terem sido seus membros eleitos diretamente pelo povo. Tudo isso para concluir que a participação popular, ainda que indiretamente, poderia ser subtraída dos cidadãos.

Para continuar a análise, porém, é necessário retroceder e rememorar algumas premissas. Não se pode falar em protagonismo judicial sem que, inevitavelmente, retomemos o debate sobre separação dos poderes⁴²².

Objeto de estudos seculares, com raízes setecentistas / oitocentistas, autores modernos como Jeremy Waldron⁴²³ e Bruce Ackerman⁴²⁴ têm revisitado o tema e proposto releituras.

⁴²² Já o advertia Habermas: "...the critique of constitutional adjudication is always made in view of the distribution of powers between the democratic legislature and the judiciary..." (Habermas, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1998, p. 238).

⁴²³ *Separation of Powers in Thought and Practice?* 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>. Acesso em: 29 abr. 2021. O autor propõe-se a analisar o princípio da separação dos poderes e, para tanto, parte de uma premissa inicial: a de que o princípio da separação dos poderes não se confunde com o princípio da divisão dos poderes, que seria, em seus dizeres "...to avoid excessive concentrations of political power in the hands of any one person, group, or agency..." p. 433) e tampouco com o princípio de freios e contrapesos (principle of checks and balances – holding that the exercise of power by any power-holder needs to be balanced and checked by the exercise of power by other power-holders..." (p. 433). Propõe, pois, que a separação dos poderes exige uma separação qualitativa das diferentes funções governamentais: "The separation of powers counsels a qualitative separation of the different functions of government – legislation, adjudication and executive administration..." (p. 434).

Mesmo recentemente, o princípio da separação dos poderes passou por críticas, tais como aquelas feitas por Eric Posner e Adrian Vermeule (são céticos quanto à importância do princípio da separação dos poderes diante das exigências governamentais modernas) e por John Manning (...has expressed doubts about the legal / constitutional status of the principle... - (p. 434).

A pergunta que o autor se faz, pois, é: *...what, specifically, is the point of the separation of powers?* (p. 434)..

⁴²⁴ "Resultou essa transformação do Legislativo em 'apêndice' da democracia em uma engenharia constitucional segundo a qual a representação do poder é deslocada do parlamento para outras instâncias: I) a executiva, exercida sob a alegação de sua intervenção ser precisa, eficiente; II) a judiciária, pois caberia às cúpulas dos tribunais garantir a efetividade da Constituição, por um lado, e por outro, em substituição ao dito 'apêndice', atribuir sentido às normas, pois mediante a mutação constitucional fecha-se o círculo de judicialização da vida. Este círculo submete a democracia deliberativa ao processo judicial por meio de uma complementaridade entre o controle de constitucionalidade e a mutação constitucional.

Acossado por um sistema que entende o Parlamento como maculador da pureza herdada da assembleia constituinte, a sociedade vê-se aliada de formas de expressão de vontade e de representação, operada por um ativismo judicial que a passa a ser o titular da formulação, da interpretação e da efetividade das normas, reunindo, sob seu arbítrio, as prerrogativas legislativas, judicativas e executivas.

Diante do exposto, urge o retorno às distinções entre legitimidade e juridicidade e entre sociedade

Ora associados a uma concepção mais rígida de separação dos poderes, ora atrelados a uma percepção mais plástica, dúctil da coexistência que deve haver entre os três Poderes, fato é que não se propugna pelo esvaziamento desta tripartição (ao menos nos regimes democráticos). O que se tem visto com mais frequência são questionamentos quanto à adoção de um sistema Presidencialista ou Parlamentarista de governo.

A preocupação doutros analistas, por sua vez, volta-se para explicar as razões do enfraquecimento de regimes democráticos e a ascensão ao poder de líderes populistas, demagógicos, ardilosos e, por vezes, violentos. Nestes últimos casos, inclusive, o Poder Judiciário é alvo direto de ataques constantes que buscam minar sua credibilidade para, ao fim e ao cabo, justificar o descumprimento arbitrário de decisões que confrontem os anseios gananciosos daqueles líderes⁴²⁵.

Neste quadrante, em especial em sociedades democraticamente fracas, instáveis ou incipientes, o protagonismo judicial, se e quando existente, tende a ser simplesmente ignorado porque contrário aos desejos ambiciosos daqueles governantes.

Salvo nos casos de golpe institucional, esse processo de contaminação, tentacularização ou capilarização tende a ser gradual. Uma vez no poder, líderes inescrupulosos começam a colocar em prática seu jogo sujo: buscam subornar, corromper sua base aliada para aprovar leis de seu interesse; aliam-se a pessoas sabidamente corruptas ou corruptíveis; cooptam sequazes igualmente intransigentes; propugnam por alterações constitucionais que lhes permitam maior espaço de manobra ou propõem novas constituições que alberguem suas ideologias antidemocráticas e lhes permitam perpetuar-se no poder; indicam marionetes para cargos de primeiro escalão; perseguem opositores, ainda que sob um falso véu de legalidade; nomeiam para cargos do Poder Judiciário e do Ministério Público asseclas da sua ideologia, quando não “dissolvem” o Judiciário para neles alocar sectários fiéis.

civil e Estado, de modo que seja possível: a) conceber o direito como concatenação de múltiplos ordenamentos; b) entender a representação do poder como exercício múltiplo de mandatos; c) proceder a uma distinção entre processo legislativo e processo judicial, esclarecendo que cabe ao primeiro a aferição da vontade e, ao segundo, circunscrever-se ao que foi previamente estabelecido como direito pelo parlamento, pois desse modo as sentenças se refeririam ao direito e não à vontade; d) restabelecer a democracia deliberativa e a multiplicidade típica dos Parlamentos; e) restabelecer a dignidade da política; f) restabelecer os Parlamentos como foro das tomadas de decisão; h) concretizar os direitos fundamentais e i) proceder a uma engenharia constitucional que garanta uma nova separação dos poderes.” (in: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Direção: Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, apresentação dos diretores).

⁴²⁵ Dentre inúmeras obras, mencione-se, por todas, aquela da lavra do Professor Cass R. Sustein, intitulada *Can it happen here? Authoritarianism in America*, Nova York: Editora Dey Street Books, 2018.

A Professora Kim Lane Schepelle⁴²⁶ desenvolveu com maestria um estudo do que ela chamou de legalismo autocrático. Muito sinteticamente, algumas das ideias da autora podem ser compiladas nos seguintes termos: i) a tentativa de enfraquecimento do poder de controlar os atos do chefe do poder Executivo é um indício do legalismo autocrata; ii) atos deliberados voltados a cooptar o Poder Judiciário também são outros dados importantes: tentativas de substituir juízes por outros mais alinhados com os desejos do líder eleito são frequentes e extremamente perigosas. Mesmo a ampliação de competência das Cortes Supremas pode esconder uma intenção autoritária, pois o que se visa com isso, em verdade, não é o fortalecimento democrático consistente na possibilidade de que quaisquer indivíduos tenham suas demandas julgadas pela Corte Suprema, mas sim que tal ampliação de competências traga a reboque a necessidade de aumento no número de julgadores e diminua o tempo que os mesmos terão para dedicar-se à análise de questões políticas sensíveis (os governos Russo e Húngaro – Putin e Orbán – buscaram, e conseguiram, sob as vestes da legalidade – porque detinham a maioria parlamentar – controlar o Poder Judiciário). Esse inchaço do Judiciário,

⁴²⁶ Alguns trechos de seu artigo ilustram seu pensamento: “As I argue in this Essay, democracies are not just failing for cultural or economic or political reasons. Some constitutional democracies are being deliberately hijacked by a set of legally clever autocrats, who use constitutionalism and democracy to destroy both.” (p. 547); “[...] . When electoral mandates plus constitutional and legal change are used in the service of an illiberal agenda, I call this phenomenon autocratic legalism.” (p. 548). Aponta, em suas observações, posturas semelhantes àquelas mencionadas acima e chama a atenção para que os defensores do regime democrático aprendam a ler os sinais de perigo antes do advento desses regimes avessos à democracia: “[...] the new autocrats come to power not with bullets but with laws. They attack the institutions of liberal constitutionalism with constitutional amendments. They carefully preserve the shell of the prior liberal state—the same institutions, the same ceremonies, an overall appearance of rights protection—but in the meantime they hollow out its moral core. Constitutional institutions survive in the same buildings, but their liberal souls have been killed. How many people can really see this until they themselves need constitutional protection and find themselves defenseless? By then it is too late. [...] . Autocrats can accomplish this because the democratic publics in these places were trained to look for the wrong signs of danger. [...] . First, those of us who work in the field of constitutional law have to stare into the face of the new autocracy to track in detail how it works. We need to learn to recognize the new signs of danger, which means that we need to get better at documenting the trouble cases and learning from them. Then, we need to educate others. Civic education needs to teach people to recognize the new signs of danger. Under what circumstances is it safe to trust the appointment of judges to a political process? When is presidentialism a sign of danger? How can the discretionary use of public power for economic intimidation be curbed? Why is the call to draft a new constitution alarming? People beyond the educated elite need to know why these questions matter, and they need to learn how to think about answering them. Law is too important to leave only to the lawyers. A citizenry trained to resist the legalistic autocrats must be educated in the tools of law themselves. [...] . In the days when dictators come to power with law reform as their primary tool, civil defense requires citizens to be empowered with law. Citizens need to be trained as constitutionalists—to understand the point of constitutionalism, to recognize threats to self-sustaining democracy, and to care about defending liberal values.” (p. 582-583). (SCHEPELLE, Kim Lane. *Autocratic Legalism*. The University of Chicago Law Review. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>. Acesso em: 29 abr. 2021.).

acompanhado da falta de estruturação adequada, contribui, também, para o legalismo autocrata; iii) outro método utilizado é o de buscar controlar cortes judiciais menores e, a partir disso, passar a julgar em conformidade aos interesses do governo; iv) o texto menciona, ainda, que a redução da idade para aposentadoria de juízes é outro método para sacar juízes contrários aos interesses do governo e evitar, ainda, que os mesmos passem a gozar de forte reputação e liderança em decorrência da longevidade no cargo; v) mudanças legislativas promovidas para assegurar a perpetuação no poder também são marcas comuns em legalismos autocratas. O texto aponta exemplos na América Latina em que novas constituições foram promulgadas para acomodar os interesses dos governantes e legitimar sua permanência no poder, além de conferir-lhes poderes exorbitantes.

Nessa ambiência social, política, econômica, cultural e jurídica, e enquanto ainda predominante o cenário democrático, mesmo que ameaçado, o protagonismo judicial, oriundo de um corpo de juristas plural, experiente, ainda imparcial e independente, pode ser uma ferramenta hábil, e porque não necessária, para frear o ímpeto ególatra de líderes pouco afetos à democracia. Nestes cenários, antes de julgar desacordos morais razoáveis, o Poder Judiciário deve manter-se vigilante para ver resguardadas suas garantias a fim de que possa desempenhar suas atividades judicantes, inclusive para, a depender dos acontecimentos e das provas, obstar ou suspender a nomeação de agentes políticos, evitando que o Executivo e o Legislativo sejam tomados de assalto por integrantes inescrupulosos.

Como advertiu a professora Kim Lane Schepelle, é importante estar sempre vigilante e atento aos mínimos sinais que denotem quaisquer tentativas sorrateiras de desvirtuar as instituições públicas. Mais do que isso, é importante saber interpretar esses sinais e, se e quando necessário, opor-lhes resistência, dentro da legalidade.

Sempre existiram e continuarão a existir interesses espúrios, ainda mais em ambiente político. Não vivemos numa sociedade angelical. Seria muita ingenuidade pensar o contrário. Não há uma conjectura atual de pacífica convivência entre os três Poderes. Não se pretende fazer do Poder Judiciário o bastião da Constituição e seu único intérprete. De modo algum se sustenta que ele não seja passível de críticas ou mesmo que não erre. Ao contrário. A falibilidade é inerente a tudo que é humano. Ainda assim, a despeito das críticas que são feitas, a redoma da imunidade parlamentar não é absoluta, notadamente quando sob sua proteção pretende acobertar verdadeiros ataques gratuitos, e porque não criminosos, a um dos Poderes constituídos e também à democracia.

É preciso resistir enquanto é tempo.

É preciso ensinar, especialmente às crianças e aos jovens, a postura crítica, mas temperada pelo respeito, pela ponderação e pela cientificidade.

É preciso cultuar a educação séria e de qualidade de modo a fazê-la ecoar.

É preciso garantir um Judiciário plural e independente por mais que vozes, quero crer destoantes, professem o oposto.

É preciso, por fim, entender que, por mais que se coloque em xeque as decisões das Cortes, pior seria não haver decisão alguma para ser questionada, pois isso sinalizaria principalmente duas situações: i) ou que o Poder Judiciário deixou de existir; ii) ou que ele existe apenas *pro forma* e para trazer ares de legalidade e constitucionalidade aos atos do Executivo/Legislativo.

Enfim, por mais que se procure impedir o protagonismo judicial em maior ou menor escala, fato é que a história⁴²⁷ nos mostra diversos exemplos em que o Judiciário desempenhou papel central na concretização de direitos.

Ante o que se disse até agora, parece evidente que o Judiciário pode exercer um papel mais ativo quando houver razões plausíveis a indicar o desvio de finalidade do ato emanado pelo Executivo e Legislativo, corroboradas pelo ambiente de tensão incomum entre os Poderes.

Não se está a defender que o Poder Judiciário possa fazê-lo sempre. Não se está a incentivar uma sobreposição de Poderes. A ditadura é indesejada em quaisquer situações, ou, melhor, o Judiciário não pode, a pretexto de impedir a tentacularização do legalismo autocrático, tornar-se, por sua vez, uma ditadura da toga. É necessário equilibrar o “decidir tudo” com o “decidir apenas o necessário”. Mesmo para aqueles que perfilham a trilha do “decidir tudo”, é preciso fazê-lo com a técnica adequada, valendo-se do processo para, nele e por meio dele, ampliar o debate sobre o tema posto para julgamento de maneira a desaguar numa decisão que, mesmo que não acomode todos os interesses, com eles não seja indiferente.

⁴²⁷ Em particular na História Jurídica estadunidense, diversos casos reforçam este comportamento mais ativista do Corte Americana. Esta conclusão é norteada por artigo da lavra das Professoras Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki, “O judicial review e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais”, no qual se lê a seguinte passagem: “Verifica-se, das experiências da Suprema Corte americana, principalmente no período da Corte Warren, que o ativismo judicial e, por consequência, o papel criativo dos juízes constitucionais, na maioria das vezes, não esteve a restringir o processo democrático, ao contrário, permitiu sua manutenção e eficiência. Para além disso, muitas vezes, a Corte se imiscuiu em problemas que levavam a um julgamento de valores políticos e morais, que, de modo algum, contrariaram o processo democrático, eis que conseguiu dar força e efetividade aos direitos fundamentais previstos em seu Bill of Rights, mesmo que isso lhe custasse ficar contra o posicionamento majoritário do povo, como nos episódios que envolveram os temas segregação racial e aborto. O judicial review americano é o maior exemplo de ativismo judicial da história constitucional moderna, na medida em que, baseado em uma constituição rígida, porém sintética, e calçado em princípios e valores substantivos abertos, permitiu e permite à jurisdição constitucional a definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição. Dessa forma, o Poder Judiciário, exercendo um papel tipicamente ativo no contexto norte-americano, determinou o conteúdo de direitos fundamentais importantes, conquanto isso importasse em limitações aos demais Poderes, uma vez firmadas a supremacia e a rigidez da Constituição ou ainda que isso implicasse tomada de decisões políticas pelo Judiciário. [...] A história do ativismo judicial da Suprema Corte americana mostra que o ativismo em si não é algo positivo ou pejorativo, progressista ou conservador, tendo sido parâmetro quer para proteger direitos fundamentais, quer para restringi-los.” (Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 733 - 752, set./dez. 2016. Disponível em DOI: <https://doi.org/10.18593/ejil.v17i3.8750>. Acesso em: 27 fev. 2021).

Faço coro à tese segundo a qual o processo é um *locus* também político e, por isso, nada obsta que se possa fazer nele, dele e por meio dele, uma arena para equacionar desacordos morais razoáveis ou problemas complexos, policêntricos, multifatoriais e plurissubjetivos⁴²⁸.

Mas, em termos de democracia deliberativa, em situações de relativa estabilidade, sem fissuras expostas, públicas e notórias, há de prevalecer ou de se respeitar as escolhas dos demais Poderes, seja com relação aos desacordos morais razoáveis, seja no que se refere às indicações do Executivo, desde que isso não signifique aniquilação ou restrição de direitos fundamentais.

Deferência não é incompatível com a obrigação de julgar.

O minimalismo judicial apregoa isso, em certa medida. Ademais, não é incomum que o debate em torno de um tema polêmico, já entrincheirado na sociedade e com adeptos de ambos os lados, precise se protrair no tempo para assim amadurecer e encontrar consenso. O tempo e o custo políticos para o debate de um tema sensível pode não coincidir com o tempo e a necessidade jurídica de apreciação do mesmo. Velejando ventos minimalistas, nada obstaria, ao contrário, tudo justificaria, decidir o mínimo necessário para o caso concreto, sem subtrair do Legislativo a apreciação política do assunto.

No Legislativo há de se respeitar o tempo adequado para apreciação e debate de temas difíceis, como os desacordos morais razoáveis. Há, inclusive, e porque não, que se respeitar a opção por não legislar acerca de determinada proposição naquele determinado momento, sem, contudo, reiterar-se, que isso implique em óbice a que o Poder Judiciário decida pontualmente, e para o caso concreto, a situação que se lhe apresente. Não se pode, porém, contar com a eternidade para apreciá-los (desacordos morais razoáveis). Esse tempo de maturação do processo legiferante deve ser razoável, sem que, contudo, transmude-se numa justificativa para a recusa reiterada e patológica, cujo propósito deliberado seja protelar a proteção a direitos fundamentais.

Raciocínio semelhante pode ser replicado aos atos do Executivo. É inegável que os dirigentes busquem aproximação de pessoas afetas à sua ideologia, isto inclusive para viabilizar a realização de seu plano de governo. Não há, ao menos em tese, problema aparente na indicação de integrantes de sua rede de aliados para pontos estratégicos, prática, aliás, visível em todo e qualquer governo. Atos administrativos, entretanto, desviados de seus objetivos primordiais (lastreados em fatos concretos) devem ser rechaçados e suspensos, notoriamente quando visem arquitetar um bolsão de segurança

⁴²⁸ “Dito isso, uma das consequências de reconhecer o processo como espaço político é admiti-lo como ambiente plural. Aliás, sendo o pluralismo objetivo geral do Estado Democrático de Direito (preâmbulo da CRFB), e constituindo o processo um espaço político e público, reconhecer o pluralismo e a diversidade em tal ambiente é uma imposição constitucional (art. 1º do CPC). É, também, uma exigência do acesso à justiça, sob a perspectiva da universalidade da jurisdição.” (Participação no processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 93).

que, gradativamente, vai minando as bases democráticas e institucionalizando uma nova ordem, a do legalismo autocrático.

Não há consenso sobre qual deve, efetivamente, ser o limite do Judiciário frente aos atos dos demais Poderes. Tanto leituras minimalistas quanto maximalistas têm vantagens e desvantagens. Mesmo fora do tradicional eixo estadunidense, o debate a propósito desse equilíbrio de forças está distante de uma solução pacífica. O que se sabe é que, por mais inerte que deva ser o Judiciário, não se deve levar a inércia às últimas consequências a ponto de se permitir, com isso, o desprezo da democracia e o esvaziamento das próprias prerrogativas do Judiciário.

Se o limite do protagonismo é a Constituição, a lei e o dever de motivação de suas decisões (ônus argumentativo), o gatilho para sua atuação tem fonte certa em atos administrativos e legislativos que pretendam destituir o Judiciário de suas garantias, especialmente a independência, e/ou que busquem desviar-se da finalidade para a qual foram preordenados, servindo, em última análise, para dissimular o verdadeiro e único interesse de seus elaboradores: instituir uma nova ordem governamental em que seus poderes são potencializados em detrimento dos demais Poderes.

Um contraponto a essa conclusão certamente reside no seu subjetivismo. De fato, o argumento é importante e mereceria um estudo próprio, mas em situações dúbias, obnubiladas por uma cortina de fumaça ou por uma zona de penumbra, quando do outro lado pode não haver risco algum, mas também pode haver um risco enorme, parece razoável aceitar que o Judiciário adote, pontualmente, uma posição menos conservadora, logo, mais ativa.

CONCLUSÃO

O protagonismo é sintoma de desequilíbrio. Aquele, contudo, não é o remédio para dissensão entre os Poderes. O protagonismo se presta, ao menos em tese e quando não eivado por excessos, para retirar do ordenamento jurídico, com espreque no controle de constitucionalidade, atos executivos e legislativos que extrapolem seus fins precípuos. Ademais, omissões legislativas que redundem em ofensa a direitos podem ensejar julgamentos que mirem sua tutela, ora minimalisticamente, ora macroscopicamente, ou, noutros termos, ora julgamento o mínimo necessário, ora julgando tudo com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

Não se pode dizer que o protagonismo seja algo desejado, mas, por outro lado, a depender do contexto, pode-se asseverar ser ele necessário, notadamente quando se pretende uma ruptura drástica com realidades socioculturais já sedimentadas. Ainda mais necessário se mostra o protagonismo quando o que se almeja é obstar o advento de novas ordens governamentais pouco simpatizantes à democracia, principalmente quando houver indícios veementes de que, por detrás de discursos neoliberais, escondem-se pretensões de um legalismo autocrático ou mesmo ditatoriais.

No campo legislativo, por sua vez, em particular com relação aos desacordos morais razoáveis, deferência não é incompatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Razões tanto de índole minimalista quanto maximalista explicam a escolha por uma postura mais ou menos intervencionista. Perfilha-se, no presente texto, o entendimento de que o protagonismo, em sede legislativa, deve ser mínimo e deferente ao Legislativo, especialmente quando em voga desacordos morais razoáveis.

Não é dado ao Poder Judiciário, sem argumentação assentada em vícios formais que maculem o processo legislativo, pretender substituir ou revogar a vontade do legislador, fruto de debate político e resultado da convergência de interesses, pela compreensão que o Judiciário possa ter sobre o tema de fundo. A posição, todavia, não é inflexível: não vislumbro problemas insuperáveis quando, respeitado um prazo razoável para deliberação, a omissão legislativa for proposital e voltada à perpetuação de iniquidades. Em situações deste jaez, reitere-se, o protagonismo judicial não é só desejado, mas também necessário.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, v. 1008/2019, p. 43 – 54, Out / 2019 | DTR\2019\40623 – versão digital.
- ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Direção: Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. O judicial review e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais. *Joaçaba*, v. 17, n. 3, p. 733-752, set./dez. 2016. Disponível em DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.v17i3.8750>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista Cultura e Política*, n. 61, 2004.
- DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil*, v. 64, n. 2, p. 61 - 88, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>.
- DIXON, Rosalind. Argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba*, v. 24, n. 2, p. 5-55, mai./ago, de 2019.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípio (Tradução de Luís Carlos Borges). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. O império do Direito. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FILHO, Ilton Norberto Robl. Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/35352>, 2012.
- FILHO, Fernando José Longo. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir, UFRGS, Edição Digital, Porto Alegre*, v. X, n. 3, 2015, p. 90-111.
- GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del “constitucionalismo popular”. Disponível em: <https://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>. Acesso em: 25 abr. 2021
- GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. 1. Reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1998.

KRAMER, Larry. *Popular Constitutionalism*, Circa 2004. *California Law Review*, v. 92, n. 4, 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119349?ln=en>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf, 2008.

MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário*. *Revista de Processo*, v. 283/2018, p. 481 – 499, Set/2018, DTR\2018\18445, versão digital.

SUSTEIN, Cass R. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. Nova York: Editora Dey Street Books, 2018.

TEMER, Sofia. *Participação no processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 26 - 46, março/2013.

VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. *Do Ativismo ao Protagonismo Judicial: por uma atuação transformadora na seara ambiental*. *Revista de Direito e Sustentabilidade*. ISSN: 2525-9687, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 54-75, Jul/Dez., 2016, p. 2.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. (2006) 115:6. *Yale LJ*.

WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice?* 54 *B.C.L. Rev.* 433 (2013), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>.

CRIMES HEDIONDOS: CONCEITO, TAXATIVIDADE E MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO

*HEINOUS CRIMES: CONCEPT, TAXATIVITY
AND CRIMINALIZATION EAND*

Denise Hammerschmidt ⁴²⁹

INTRODUÇÃO

O crime em nossa sociedade consiste em uma realidade e vai além de um fenômeno social. Está presente no cotidiano e não pode ser classificado apenas como um conceito imutável, estático, e único, no espaço e no tempo.

O crime hediondo, por sua vez, remete ao ilícito cruel e brutal, o que causa indignação às pessoas quando dele tomam conhecimento.

Para (MONTEIRO, 2015, p. 52), temos um crime hediondo toda vez que uma conduta delituosa estiver revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas.

No Direito Penal brasileiro, o termo “hediondo” não havia sido empregado até a Constituição de 1988 utilizar, no seu art. 5º, XLIII, a expressão “crimes hediondos”, remetendo à legislação ordinária a tarefa de defini-los.

Assim, o próprio texto constitucional, no inciso mencionado, diz que os hediondos serão aqueles crimes definidos em lei. Dessa forma, nasceu assim a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, como resposta ao mandamento constitucional.

Por essa razão, crime hediondo será única e exclusivamente aquele que esta lei, já com o nome de “Lei dos Crimes Hediondos”, assim o definir de maneira taxativa.

Por fim, a análise da Lei dos Crimes Hediondos é de fundamental importância, pois, desde 1990, o Estado Brasileiro sinaliza para uma política criminal de maior repressão, com a tolerância zero para crimes de maior gravidade.

1 CONCEITO DE CRIME

Antes de abordar o conceito de crime, importante resgatar as palavras de (NORONHA, 1999, p. 107) ao dizer que “a história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou.”

⁴²⁹ Magistrada em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-doutora e Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona. Mestre em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona. Mestre em Direito Penal Supra-Individual pela UEM. Professora Visitante do Programa de Mestrado e Doutorado da UENP. E-mail: denise_hammerschmidt@hotmail.com.

Como é sabido, o Código Penal vigente não estabelece uma definição apropriada do conceito de crime, deixou tal tarefa para a doutrina e nesse contexto segue o exposto por (MIRABETE, 2002, p. 95) ao pronunciar que “crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena.”

No entanto, o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal define crime, dessa forma:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Diante dessa fragilidade conceitual (CAPEZ, 2012, p. 125) pontua que “o conceito de crime envolve três aspectos: material, formal e analítico.”

1.1 ASPECTO FORMAL

Em breve síntese, o conceito formal de crime tem como pressuposto o fato de crime consistir numa violação da lei penal incriminadora.

Sob o aspecto formal (FRAGOSO, 1993, p. 144) “crime é o que a lei penal define como tal, é uma ação ou omissão proibida pela lei penal, por meio de ameaça de pena.”

E continua a descrever o conceito formal de crime como uma conduta contrária ao Direito, a que lhe atribui pena (FRAGOSO, 1995, p. 144).

Para (JESUS, 1980, p. 142) “este conceito formal resulta do aspecto da técnica jurídica, ou seja, do ponto de vista da lei.”

Nesta perspectiva legal, o conceito de crime é dado pelo legislador,

Nesta perspectiva legal, o conceito de crime é dado pelo legislador, seguindo o princípio da legalidade, do postulado “Nullum crimen, Nulla poena sine praevia lege” (art. 5º, XXXIX da CF/88 e do art.1º do CP).

1.2 ASPECTO MATERIAL

No aspecto material, crime é “uma ação ou omissão que contraria os interesses da sociedade, constituindo uma lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem jurídico” (MEDINA, 2008, p. 258).

Segundo (MACHADO, 1987, p. 78) “o conceito material de crime busca a essência do delito, mediante a fixação de limites legislativos de incriminação de condutas.”

E de acordo com (NORONHA, 1983, p. 410), crime, segundo o conceito material, “é a conduta praticada pelo ser humano que lesa ou expõe a perigo o bem protegido pela lei penal.”

Aqui a definição do crime, sob o aspecto material, tem por base bens jurídicos - os que são considerados necessários e indispensáveis para uma justa e pacífica convivência social. A política criminal orienta-se na criação de leis que visem tutelar bem jurídicos relevantes e a tipificar condutas graves.

1.3 CONCEITO ANALÍTICO

A partir dos conceitos expostos, faz-se necessário, ainda que de maneira sucinta apresentar, o conceito analítico, posto que nas palavras de “ (GRECO, 2014, p. 147) “na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime.”

No Brasil há, basicamente, duas correntes entre os penalistas sobre o conceito analítico do crime. Uma adota a teoria bipartida e outra corrente adota a teoria tripartida.

Para a teoria bipartida o crime é um fato típico e antijurídico (ilícito), sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena.

Como observado, há uma certa dificuldade em conceituar o crime de forma única, no entanto, predomina na ciência do Direito Penal o conceito adotado pela doutrina majoritária repousa na teoria tripartida clássica: conduta típica, antijurídica e culpável.

Que nas palavras de (NUCCI, 2012, p. 175), o crime consiste em “uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito”.

Vale registrar o conceito dado por (ZAFFARONI, 1999, p. 146): “(...) delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).”

2 CONCEITO DE CRIME HEDIONDO

A definição do termo “hediondo” do ponto de vista semântico significa ato profundamente desprezível, sórdido, horrendo, execrável, um ato indiscutivelmente repugnante, segundo as normas da moral vigente (LEAL, 2006, p. 37).

O seu fundamento encontra-se albergado na Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, inc. XLIII, onde giza a figura do crime hediondo:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes

e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Logo após a promulgação da Carta Magna/88, fruto de grande clamor social nos anos 90 - época em que a onda de criminalidade era preocupante e assombrava a sociedade que clamava por segurança e medidas do governo -, em julho de 1990 era publicada a Lei nº 8.072, que dispôs sobre os crimes hediondos.

Denota-se, claramente que foi a “solução” encontrada pelo legislador, que deveras “pressionado” a criar um texto legal a enrijecer o tratamento de tais crimes considerados pela sociedade como violentos e cruéis.

Mister registrar que a Lei de Crimes Hediondos teve seu trâmite em caráter de urgência após a repercussão popular e comoção social, pelo sequestro do então empresário Abílio Diniz, no ano de 1989 e do publicitário Roberto Medina, em 1990. A lei foi aprovada em apenas 15 dias do sequestro deste último.

Também, dada a comoção nacional - causada pelo assassinato da filha da novelista Glória Perez - colheu 1,3 milhão de assinaturas – ou melhor dizendo, por iniciativa popular, houve a primeira inovação no dispositivo - a adição de homicídio qualificado à listagem de crimes hediondos, por meio da Lei 8.930/94. E não cessaram as inovações. A título de registro, são as seguintes: Lei 9.677/1998, a Lei 9.695/1998, a Lei 11.464/2007, a Lei 12.015/2009, a Lei 12.978/2014 até a mais recente Lei 13.104/2015.

As inúmeras inovações trazidas, todas com intuito de responder ao clamor social com o rigor da lei “não é surpreendente, portanto, que se procedam reformas quase que diárias das leis penais e a elaboração de novos diplomas, com novas incriminações” (TAVARES, 1997, p. 55).

Mesmo diante desse cenário, multiplicador de leis, “as emergências sociais não são novas nos discursos legitimantes do poder punitivo. A elas se agrega o defensismo (discurso de defesa), o simplismo conceitual e a renúncia a preceitos fundamentais e qualquer doutrina que os legitime (...) (ZAFFARONI, 1998, p. 618).

Como visto, a lei não criou nenhum novo tipo penal apenas regulamentou o inciso XLIII, artigo 5º da Constituição Federal, expôs um rol taxativo dos crimes considerados de natureza hedionda e aqueles que seriam considerados assemelhados.

Por conseguinte, por meio da pressão popular, o Estado atendeu aos anseios da sociedade com a criação de uma norma penal mais rigorosa “a sociedade exigia uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de insegurança vivido no país. O governo precisava dar ao povo a sensação de segurança (MONTEIRO, 1997, p. 4).

Mas, afinal qual é a definição de Crime Hediondo?

Na disposição de (MIRABETE, 2004, p.137) Crimes Hediondos são

aqueles “(...) que, por sua natureza ou pela forma de execução, se mostram repugnantes, causando clamor público e intensa repulsa.”

O termo “hediondo”, embora contida na regra constitucional, não foi definido pelo legislador, tal incumbência coube aos doutrinadores “(...) mas a população brasileira considera hediondo o crime que é cometido de forma brutal, horrível, repugnante e causa indignação as pessoas, o que acaba por revelar o significado qualitativo do crime definido pelo legislador constituinte” (SILVA, 2009, p. 130).

Partindo dessa premissa e ainda conforme entendimento da autora cima, a locução ‘hediondo’ pode ser compreendido como “(...) todas as condutas delituosas de excepcional gravidade, seja quanto a sua execução, seja quanto a natureza do bem jurídico ofendido, bem como, a especial condição da vítima que causam reprovação e repulsão”. (SILVA, 2009, p. 130).

E de acordo com (LEAL, 2009, p. 37-38) “o conceito ético jurídico de hediondez está diretamente relacionado com os padrões morais e com os interesses grupais vigentes em determinado momento histórico (...)”

Pelo chamado sistema legal, adotado no Brasil, o crime hediondo é “(...) tão somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo 1º da lei (MONTEIRO, 1997, p. 95).

Ainda sobre a definição, (MONTEIRO, 2015, p. 37) defende que, se questionado a qualquer pessoa o que ela entende por crime hediondo, certamente ela definirá tal crime, como um crime cometido de forma violenta, brutal, um crime sórdido, repugnante.

Nesta mesma linha, define (JESUS, 2005, p. 223) “que os crimes considerados hediondos são aqueles praticados de forma sórdida, vil, repugnante e por sua conduta ser extremamente grave, causam uma intensa aversão à sociedade”.

Para (FRANCO, 2007, p. 95-96) o legislador infraconstitucional “preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão “hediondo”, tipo já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais (...)”.

De acordo com as palavras de (FRANCO, 2007, p. 95-96),

(...) Dessa forma não é “hediondo” o delito que se mostre “repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, objecto, horroroso, horrível”, por sua gravidade objetiva ou por seu modo ou meio de execução ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador”.

Há os crimes constitucionalmente equiparados ou assemelhados aos crimes hediondos, elencados no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição

Republicana de 1988 e no artigo 2º da Lei 8.072/90, ou seja, além dos crimes hediondos propriamente ditos há também os crimes equiparados ou assemelhados a hediondo, a própria lei de crimes hediondos lhes dá tratamento penal.

A reflexão final, ao tecer breves comentários acerca da definição e taxatividade dos Crimes hediondos é que diante da complexidade que envolve tais delitos no atual cenário jurídico brasileiro e conforme mandamento constitucional, esses crimes são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e demais consequências que endurecem penas e retiram benesses – não vedadas pela CF/88 que por exemplo, inexistente o direito à ressocialização.

Por todo o exposto, oportuno repensar, a lei cumpre verdadeira justiça penal constitucional?

A tentativa de se alcançar a segurança pública através da criação de atos legislativos somente tem o condão de proporcionar uma ilusória sensação de segurança, que não remete de fato a real situação social como um todo, causando apenas uma amenização no sentimento de impunidade e insegurança que toma conta dos cidadãos de bem.

3 TAXATIVIDADE

No sentido terminológico e literal da palavra, o termo “taxativo”, segundo o Dicionário Houaiss, significa “aquilo que taxa, limita ou regulamenta, com base em lei ou decreto; limitativo, restritivo”, ou ainda, aquilo que é “limitativo, restrito, apertado ou estreito” (NUCCI, 2015, p. 258).

Conforme aduz (LUIZI, 1991, p. 18) sobre taxatividade “trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos.”

Conforme o pensamento de (JESCHECK, 1981, v. 1, p. 174) corrobora ao mencionar “(...) com a generalização do texto legal, ainda que garanta a justiça, pode colocar em perigo a segurança jurídica, pois, com a criação de tipos penais genéricos se eliminam as diferenças materiais anulando-se a função de garantia da lei penal.”

A taxatividade, em nossa legislação, o caráter hediondo depende única e exclusivamente da existência de previsão legal reconhecendo essa natureza para determinada espécie delituosa. Com efeito, o artigo 1º da Lei 8.072/90 apresenta um rol taxativo desses crimes, não admitindo ampliação pelo juiz (GONÇALVES, 2018, p. 13).

E conforme já mencionado, o critério adotado pela legislação brasileira para rotular determinada conduta como hedionda é o sistema legal, ou seja, a forma taxativa.

Assim, por força da lei, o crime definido como hediondo, é simples e tão somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver

enumerado no art. 1º da Lei n.º 8.072/90, e são insuscetíveis de anistia, graça, indulto ou fiança.

Expõe (MONTEIRO, 2015, p. 42) que estamos diante de um grupo de crimes que, embora de objetivos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis.

Dessa forma, (LIMA, 2020, p. 325) se uma infração penal é (ou não) hedionda, incumbe ao operador tão somente ficar atento ao teor do art. 1º da Lei n.º 8.072/90: se o delito constar do rol taxativo de crimes ali enumerados, a infração será considerada hedionda, sujeitando-se a todos os gravames inerentes a tais infrações penais, independentemente da aferição judicial de sua gravidade concreta. Lado outro, se a infração penal praticada pelo agente não constar no art. 1º da referida lei, jamais será possível considerá-la hedionda, ainda que as circunstâncias fáticas do caso concreto se revelem extremamente gravosas. Afinal, por força da adoção do sistema legal, os crimes hediondos constam do rol taxativo do art. 1º da Lei n.º 8.072/90, que não pode ser ampliado com base na analogia nem por meio de interpretação extensiva.

Logo, os crimes hediondos estão previstos no art. 1º da referida Lei, conforme mencionado. São os seguintes:

- 1) Homicídio (art. 121, do Código Penal), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (vide Lei anticrime);
- 2) Lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º, do Código Penal) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;
- 3) Roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, §2º, inciso V, do Código Penal); roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, §2º-B, do Código Penal); roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, §3º, do Código Penal);
- 4) Extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência da lesão corporal ou morte (art. 158, §3º, do Código Penal);
- 5) Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§1º, 2º e 3º, do Código Penal);
- 6) Estupro (art. 213, *caput*, e §§1º e 2º);

- 7) Estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput*, e §§1º, 2º, 3º e 4º);
- 8) Epidemia com resultado morte (art. 267, §1º, do Código Penal);
- 9) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e §1º, §1º-A e §1º-B, com redação dada pela Lei n.º 9.677, de 2 de julho de 1998);
- 10) Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§1º e 2º);
- 11) Furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, §4º-A).
- 12) O crime de genocídio, previsto nos art. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956;
- 13) O crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003;
- 14) O crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei n.º 10.826/2003;
- 15) O crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei n.º 10.826/2003;
- 16) O crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Além disso, mesmo que não estejam propriamente elencados no artigo primeiro da Lei de Crimes Hediondos, a própria lei entende que alguns crimes podem ser equiparados, em virtude do seu caráter abominável e repugnante que os tornam semelhantes aos crimes hediondos.

Esse é o feito para os delitos de tráfico de drogas, de terrorismo e da prática de tortura. Tal equiparação tem origem na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII, que trata sob as mesmas regras restritivas os crimes hediondos, o terrorismo, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A lei nº 8.072/1990 reforçou essa equiparação, dando aos crimes equiparados (terrorismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes) o mesmo tratamento dado aos crimes hediondos por ela previstos.

Insta ressaltar que o tráfico privilegiado, entretanto, não é equiparado a crime hediondo. O atual entendimento do STF, também adotado pelo STJ, é no sentido de que o privilégio do crime de tráfico de drogas (art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006) afasta a sua equiparação a crime hediondo.

Quando a natureza hedionda está de forma expressa no rol de crimes o Juiz não poderá de forma alguma deixar de reconhecê-la. Portanto, um critério baseia-se de forma exclusiva na existência de lei que confie caráter hediondo a certos ilícitos penais. Por mais gravoso que o crime seja, o magistrado não poderá conferir o caráter hediondo, se este não constar do rol da Lei n. 8.072/90 (GONÇALVES, 2018, p. 12).

4 MANDADO DE INCRIMINAÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, o tema dos mandados de criminalização começou a ser estudado a partir da edição da Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, dando cumprimento ao art. 5º, inciso XLII, da Lei Maior.

O legislador constituinte, por meio dos mandados de criminalização previstos na Lei Maior, impôs ao legislador ordinário a obrigação de proteger direitos fundamentais através de sanções penais.

A Constituição Federal oferece um extenso rol de mandados expressos de criminalização, a saber: (a) ao racismo; (b) à tortura, ao tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo; (c) aos crimes hediondos e etc.

A elaboração dos tipos penais se justifica pela existência de bens jurídicos de relevo a serem protegidos ou, nas palavras de (CARVALHO, 1992, p. 35), *“o conteúdo da tipicidade é o bem jurídico”, pois “só a partir dele se pode dar um conteúdo ao injusto.”*

Os mandados constitucionais de incriminação estão muito mais relacionados à Justiça Social, do que a proteção absoluta de direitos e garantias individuais.

Na doutrina de (PONTE, 2015, p. 124) temos a seguinte definição sobre mandados constitucionais de incriminação:

Os mandados constitucionais de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas sim a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesse de forma adequada, e dentro do possível, integral.

Por sua vez, (LENZA, 2012, p. 182) define que os referidos mandados são aqueles ligados primordialmente aos valores de sobrelevada magnitude no plexo de valores consagrados na Constituição Federal, tais como a vida, a honra, a saúde etc.

Temos ainda, em nosso atual cenário da ordem jurídica brasileira, os mandados constitucionais definidos em implícitos e explícitos, por ordem do Poder Constituinte originário.

Dentre os mandados constitucionais explícitos, encontra-se o tráfico, a tortura, o terrorismo, os crimes considerados hediondos, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático, os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes a emendas constitucionais.

Já os mandados implícitos, segundo (MORAES, 2005, p. 202) pontua que **“os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional** como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional”.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, pela primeira vez, o termo ‘crimes hediondos’, quando o legislador definiu a necessidade de dar tratamento mais rígido para crimes cometidos com requintes de crueldade e frieza.

A lei dos crimes hediondos, foi criada na década de 90 com o intuito de punir de forma mais rigorosa aqueles que praticavam crimes considerados mais graves e com o fim de punir os indivíduos na mesma proporção foram impostas restrições mais severas.

O legislador infraconstitucional, por sua vez, entendeu que seria necessário enrijecer penas e abolir benesses aos autores dos crimes, para que de alguma forma fosse possível, em nome da segurança jurídica, abater a criminalidade amenizar o sentimento da sociedade.

Referidos crimes estão descritos de forma taxativa no art. 1º da Lei n.º 8.072/90, a qual, por sua vez, leva o nome de Lei dos Crimes Hediondos. No mesmo contexto, também estão inseridos os delitos equiparados ou assemelhados a crime hediondo, sendo eles: o tráfico de drogas, o terrorismo e a prática de tortura. Referida equiparação, tem origem na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII, que trata sob as mesmas regras restritivas os crimes hediondos, o terrorismo, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Dessa feita, o mandado constitucional de criminalização dá vida aos axiomas defendidos pela constituição, pois o legislador ordinário não será detentor da faculdade de legislar, mas sim terá a obrigatoriedade de tratar de determinadas temáticas no intento de abrigar bens e interesses protegidos pela constituição ao editar leis.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. v.1, parte geral: arts. 1º a 120. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Legislação penal especial: crimes hediondos – drogas –terrorismo – tortura – armas de fogo – contravenções penais – crimes de trânsito. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Tradução livre pelo autor. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. v. 1. 2.ed. Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.
- JESUS, Damásio Evangelista de Direito Penal. v. 128. ed. São Paulo: Saraiva 2005.
- LEAL, João José. Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- LEAL, João José. Crimes hediondos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- LENZA, Pedro. Direito Penal Esquemático: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 8. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- MASSON, Cleber. Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização. Jornal Carta Forense, 2010. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. Parte geral. v. 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.
- MEDINA, Rafael de Castro Alves (Org.). Direito penal acadêmico: parte geral. 1. ed. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes Hediondos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

- MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos – 10. ed. São Paulo: Saraiva 2015.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SILVA, Marysia Souza. Crimes hediondos e progressão de regime prisional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia. In: VILLELA, Rubén (ed.). Teorías actuales en el derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Ad-hoc, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A PENA COMO MANIFESTAÇÃO DAS INTUIÇÕES SOCIAIS DE JUSTIÇA

PENALTY AS A MANIFESTATION OF SOCIAL INTUITIONS OF JUSTICE

Fernando B. S. Fischer⁴³⁰

INTRODUÇÃO

Dentre os poderes que compõem o Estado moderno, o Judiciário é aquele que, estruturalmente, apresenta maior deficit de legitimidade popular, tanto em razão da orientação técnico-jurídica das suas decisões – o que muitas vezes foge ao alcance cognoscível do senso comum – quanto em relação à forma de escolha dos seus membros, que normalmente não decorre de processos eletivos pelo voto popular.

Em virtude desse substancial distanciamento das manifestações de vontade coletiva, iniciativas para aproximar o Poder Judiciário da sociedade civil comumente são bem-vindas, na medida em que podem conferir maior legitimidade ao exercício da atividade judicial. E uma forma de se buscar tal legitimação é mediante aberturas sistêmicas que possibilitam que as decisões judiciais absorvam os consensos sociais alargados, tornando-as mais compreensíveis e aceitáveis pelo tecido comunitário, na medida em que lhes permitem melhor refletir as aspirações gerais de justiça.

Todavia, tal equação não se mostra tão simples quando a questão envolve o exercício do *ius puniendi*, principalmente em relação ao instituto da pena, justamente por se tratar de uma das mais violentas formas de intervenção estatal na esfera de liberdades dos indivíduos. Se, por um lado, a doutrina penal passou os últimos três séculos na incessante pretensão de conferir justificação racional para a pena, por outro, sempre manteve a cautela de conter a exação das aspirações populares na determinação da pena, com o intuito de evitar um punitivismo desenfreado.

Diante disso, o objetivo do presente trabalho é discutir a possibilidade de as noções sociais de justiça permearem a justificação da punição estatal, o que demanda uma revisão da eterna disputa discursiva entre as escolas retributivistas e consequencialistas da pena. Ademais, ultrapassando-se o plano da justificação, a segunda questão que se coloca diz respeito à possibilidade de se admitir que tais noções de justiça interfiram no processo de individualização da pena exercido pelo Poder Judiciário. Para responder esse segundo questionamento, é necessário verificar a existência de aberturas no sistema jurídico-penal que permitam a incorporação de elementos valorativos retirados das relações sociais.

⁴³⁰ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná – ICPC e em Ciências Criminais pela UniCuritiba. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. e-mail fernandobardelli@hotmail.com.

1 PENA ÚTIL VERSUS PENA JUSTA

A formação dos Estados modernos, influenciada pelos ideais iluministas, implicou na concepção do direito como obra do conhecimento humano, de modo que a legitimidade da pena deixou de se sustentar na mera referência aos costumes e à autoridade eclesiástica (VILLEY, 2006, p. 172 – 180), passando a exigir uma fonte de justificação de natureza racional (VORMBAUM, 2014, p. 20 – 26). A partir de então, duas vertentes do pensamento liberal do século XVIII surgiram com o intuito de oferecer discursos legitimadores da pena estatal, o que, de alguma forma, serviram como bases teóricas para o desenvolvimento da escola clássica de direito penal.

As teorias consequencialistas da pena, inspiradas pelo pensamento utilitarista anglo-saxão do século XVIII, têm como principal fonte de justificação a prevenção da prática de novos delitos. Afinal, se o direito é concebido em benefício do cidadão, é de se esperar que as intervenções estatais no rol de liberdades dos indivíduos sejam fundamentadas na busca por uma finalidade prática, qual seja o bem comum.

A clássica obra *“Dei delitti e delle pene”*, do italiano Cesare Beccaria, lançou as bases da racionalização da pena ao tentar superar seu ancestral caráter expiatório, relacionando o temor que as leis penais inspiram nos cidadãos com a prevenção da prática de delitos (BECCARIA, 1781, p. 134 – 142). Ainda alicerçado no pensamento utilitarista, Bentham apresenta ao direito penal o princípio do cálculo entre o prazer e a dor, segundo o qual a quantidade de sofrimento imposto pela pena deve ser superior aos benefícios auferidos com a prática criminosa, de modo a desestimular potenciais ofensores (BENTHAM, 1907, p. 41). Tal lógica utilitária foi adotada, anos mais tarde, por Anselm von Feuerbach na formulação da sua teoria da coação psicológica da pena (FEUERBACH, 1989, p. 60 – 62), que proclamou a dissuasão geral como o principal objetivo da punição estatal.

A partir da segunda metade do século XIX, com a difusão do pensamento positivista e o entusiasmo com as ciências naturais que marcaram a Europa naquele período, as teorias consequencialistas da pena ganharam um novo vigor, porém sob a perspectiva da prevenção especial. O cientificismo conduziu os rumos do direito penal, refutando categorias jurídicas fundadas em conceitos metafísicos ou orientadas pela filosofia moral, de modo que os institutos jurídicos – dentre os quais a pena – foram reestruturados para servirem ao fim do direito penal, qual seja a proteção de bens jurídicos (LISZT, 1984, p. 106). Franz von Liszt, um dos expoentes da escola positivista de direito penal, em seu consagrado *“Programa de Marburgo”*, proclamou a pena como coerção (física ou psicológica) dirigida contra a vontade do delinquente, visando adequá-lo à sociedade mediante intimidação, correção ou neutralização (LISZT, 1984, p. 112). O próximo passo rumo à consagração da prevenção especial foi a ascensão da escola da defesa social no início do século XX, que – com contornos autoritaristas – extremou a função protetiva

do direito penal ao atribuir caráter de medida de segurança à pena, apoiada em concepções deterministas que desconsideravam juízos exculpantes de responsabilidade pessoal (PRINS, 2010, p. 26 e 49).

Após a segunda grande guerra mundial, houve um resgate de parte dos ideais liberais pela doutrina penal, porém a finalidade preventiva da pena se manteve dominante entre os modelos teóricos de *civil law*. Primeiramente as atenções se voltaram à ressocialização, mas os fracassos empíricos verificados com a reforma do sistema penal alemão na década de 1960 levaram ao descrédito e ao parcial abandono dessa finalidade da pena nas décadas seguintes (ALBRECHT, 2006, p. 196 – 198). A partir desse momento, emergiram, na doutrina alemã, as teorias da prevenção geral positiva, que atribuem à pena a função de reafirmar a validade do ordenamento jurídico e estabilizar as expectativas sociais (JAKOBS, 1997, p. 91 – 93). Em certa medida, os modelos preventivos atuais ainda mesclam noções de prevenção geral positiva e negativa com prevenção especial dissuasiva e ressocializadora.

Por outro lado, as teorias retributivas da pena também tiveram a gênese do seu desenvolvimento teórico no século XVIII, todavia sob influência do pensamento idealista alemão daquele período. Opondo-se às teorias consequencialistas de inspiração utilitária, as tradicionais teorias absolutas concebiam a pena como um fim em si mesmo, retirando sua justificativa de imperativos morais desvelados pela filosofia metafísica. Segundo essas teorias, o castigo deve ser aplicado independentemente de um fim socialmente útil, de modo a retribuir em intensidade o mal causado pelo delito, representando uma justa compensação.

A partir dessas noções, Kant desenvolveu sua teoria retributiva, pressupondo a lei penal como um imperativo categórico, em que a pena – cuja medida é oferecida pelo direito de retaliação – deve incorporar os ideais transcendentais de justiça (KANT, 2013, p. 138). Em seguida, Hegel também adotou uma proposta retributiva, lançando mão de sua dialética para explicar o crime como uma violência que nega o direito alheio e a pena como uma violência que nega o crime, compensando esse direito violado (HEGEL, 1997, p. 90). Para ambos os filósofos, a pena dissuasiva viola os valores liberais de dignidade do cidadão, uma vez que reduz o indivíduo apenado a um mero meio para consecução dos fins almejados pelo Estado⁴³¹.

Embora as teorias absolutas da pena tenham experimentado sua aurora na filosofia idealista alemã, o resgate do retribucionismo, a partir da segunda metade do século XX, ocorreu principalmente entre doutrinadores

⁴³¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 88 -90; KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 137. Tal entendimento é acompanhado por autores liberais contemporâneos: DUFF, R. Antony. Punishment, communication, and community. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 83; FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 373; NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 41 - 44.

de *common law*, que ironicamente foi o berço do pensamento utilitarista. É possível perceber, entre autores anglo-americanos contemporâneos, uma maior aquiescência na disposição de valores morais tanto para justificar quanto para determinar a punição estatal. Contudo, ao contrário das tradicionais teorias absolutas, os neorretributivistas vinculam o reconhecimento de aspectos axiológicos na pena a uma finalidade socialmente desejável.

Seguindo uma perspectiva moral da pena, Herbert Morris lança os alicerces do seu pensamento, ao defender que há um direito natural à punição, derivado da condição humana e que guarda respaldo nos demais deveres e direitos morais. Partindo-se de uma noção mais subjetiva de benefícios e encargos sociais, surge a ideia de que aquele que comete um crime adquire uma vantagem injusta perante os demais e que a função da pena é restaurar o equilíbrio entre direitos e deveres individuais (MORRIS, 1968, p. 476 – 478). Posteriormente, Morris apresenta sua teoria paternalista da pena, segundo a qual a punição é entendida como um complexo ato comunicativo de valores e justificada no benefício moral oferecido aos atuais e potenciais transgressores, na medida em que lhes permite compreender o mal causado pelas condutas criminosas (MORRIS, 1981, p. 264 – 265).

Um passo importante para o estabelecimento da nova escola retributivista foi dado com a pioneira obra de Joel Feinberg, publicada no início da década de 1970, que reconheceu a função expressiva da pena, consubstanciada no juízo social de reprovação moral que recai sobre a conduta criminosa perpetrada pelo ofensor (FEINBERG, 2011, p. 114). A partir de então, outros autores anglo-americanos desenvolveram suas próprias teorias expressivas da pena⁴³², cujo reconhecimento reverberou inclusive entre a doutrina alemã⁴³³. As palavras de Duff sintetizam bem essa função: *“punishment should be understood, justified, and administered as a mode of moral communication with offenders that seeks to persuade them to repent their crimes, to reform themselves, and to reconcile themselves through punishment with those they have wronged”* (DUFF, 2001, p. 115 - 116).

Conclui-se que a narrativa do desenvolvimento teórico da pena acompanha o embate discursivo entre posições consequencialistas e retributivistas, temperadas com tentativas conciliatórias de combinar ambas as vertentes em modelos punitivos de natureza mista.

⁴³² ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005; DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017.

⁴³³ GÜNTHER, Klaus. *Criminal Law, crime and punishment as communication*. In: *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 124 - 139; HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015; ROXIN, Claus. *Prevention, censure and responsibility*. In: *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 24 - 42.

Diante dessa breve excursão histórica sobre os fundamentos das teorias da pena, é possível deduzir que as formulações consequencialistas apresentam um forte argumento justificante do *ius puniendi*, calcado na prevenção da prática de novos crimes. Se o direito é um dos mais complexos sistemas de controle do comportamento humano, o direito penal representa o seu ramo mais violento, de modo que uma intervenção estatal tão drástica no âmbito de garantias do cidadão só pode ser considerada legítima caso almeje alguma finalidade prática voltada à promoção do bem comum. E, nesse sentido, as teorias preventivas da pena entregam um bom motivo para que a sociedade tolere a cominação de castigos pelo Estado, afinal, a evitação de novos delitos justifica – ao menos teoricamente – os efeitos deletérios da restrição de direitos individuais dos apenados.

Todavia, quando adentram no plano de determinação da pena, a maioria das teorias consequencialistas falham em estabelecer critérios legítimos de individualização da punição, principalmente por não contarem com nenhum referencial de justiça. Sob a lógica puramente utilitária, a pena deve ser aplicada em qualidade e quantidade suficientes para evitar a prática de novas condutas delitivas. Isso pode levar a penas desproporcionais, tanto em relação à gravidade do fato quanto ao grau de responsabilidade pessoal do agente ofensor. Em certo momento do desenvolvimento das teorias preventivas se sugeriu, inclusive, a cominação de penas indeterminadas, em que a condição pessoal do condenado seria muito mais relevante à individualização da punição do que o fato criminoso por ele perpetrado⁴³⁴.

Desse modo, verifica-se que não há vinculação entre as noções sociais de justiça e os critérios de determinação de uma pena preventivamente orientada. A robustez do argumento justificante das teorias consequencialistas sucumbe diante do deficit de justiça apresentado no processo de determinação da punição. Ainda que alguns modelos preventivos adotem a culpabilidade como limite da pena⁴³⁵, é importante consignar que não há qualquer relação entre o grau de reprovação de uma conduta e a evitação de futuros delitos⁴³⁶. Ou seja, pode-se abrandar a essência utilitária da pena preventiva mediante a incidência de elementos limitadores externos à sua natureza – tal qual a culpabilidade –, porém

⁴³⁴ PRINS, Adolphe. La defensa social y las tranformaciones del derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 49 e 89.

⁴³⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 330-331; DOLCINI, Emilio. La commisurazione dela pena. Padova: Cedan, 1979, p. 354-355; GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOS CONDE, Francisco. Derecho penal: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 532-534; ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 103.

⁴³⁶ HÖRNLE, Tatjana. Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003, p. 46; MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. In: Derecho penal y criminología. v. 28, n. 83, 2007, p. 51-52.

o cerne da individualização ainda continua baseado no conceito de risco e exposto a incidentes de injustiça sob a ótica social.

Em contrapartida, as tradicionais teorias absolutas da pena pecam em não oferecer uma justificativa satisfatória à punição estatal, já que não correlacionam o castigo a alguma finalidade socialmente vantajosa. Diante da dicotomia entre pena justa e pena útil, Pavarini sugere que a ideia retributiva nasceu muito mais como um critério limitador da punição em concreto do que como uma justificação propriamente dita: “*In questa dimensione storica, la retribuzione non è pertanto scopo, ma solo criterio formale nella commisurazione del castigo al caso concreto*” (PAVARINI, 2014, p. 104).

Assim, apesar de a fragilidade argumentativa das tradicionais teorias retributivas em relação à legitimação do *ius puniendi*, elas nos apresentam um precioso critério de determinação da pena, que melhor se coaduna com as noções gerais de justiça. Porque, ao contrário da pena preventiva que requer um juízo prospectivo baseado no risco de novas condutas delitivas, a pena retributiva demanda um juízo retrospectivo, recaindo sobre a conduta já perpetrada (MAÑALICH, 2007, p. 44). Logo, a pena retributivamente orientada segue um senso de justiça ao se vincular à gravidade do delito, pelos referenciais valorativos da extensão do dano ou da reprovabilidade da conduta do agente. Ademais, atrelado ao modelo retributivo de determinação da pena está o critério da proporcionalidade com o fato, que remete à noção de equidade entre a gravidade do delito e a severidade da punição.

Eis que surge uma situação paradoxal entre a pena concretamente justa e a pena justificadamente útil, já que as vantagens e desvantagens das tradicionais teorias da pena se alternam: a retribuição entrega um fraco argumento justificante, mas um justo critério de determinação, ao passo que a prevenção oferece um forte apelo justificante, mas um frágil critério de determinação.

Em razão dessa problemática dicotômica, parcela da doutrina passou a defender uma total ou parcial independência entre as finalidades justificantes da pena e os critérios de determinação concreta da punição⁴³⁷. H. L. A. Hart, entendendo que o fim da pena deve ter natureza consequencialista, distingue a retribuição como fim justificante (*Retribution in General Aim*) da retribuição como princípio distributivo orientador da individualização (*retribution in Distribution*), sob o fundamento de que os institutos jurídicos que buscam um fim social devem ter seu qualificador restritivo (HART, 2008, p. 8 – 11). John Rawls, por sua vez, sinaliza a existência de níveis distintos de atuação principiológica, pois, enquanto o princípio utilitário rege a justificação da pena, o princípio retributivo dirige o processo de determinação da pena inserido em um modelo utilitarista (RAWLS, 1955, p. 3 – 32).

⁴³⁷ FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 419; HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 9; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 97 - 98.

Isso possibilitaria a adoção de uma justificativa consequencialista do *ius puniendi* e a utilização de parâmetros de justiça distributiva na individualização da pena, pois as razões da existência do instituto jurídico não precisariam seguir os princípios que regem a sua determinação.

Todavia, apesar de os argumentos apresentados, a maior parte da doutrina ainda vincula as finalidades gerais da pena – que a justificam – com as regras que orientam a determinação da pena no caso concreto. Afinal, os institutos jurídicos, ainda que apresentem objetivos imediatos, devem estar funcionalmente guiados a perseguir os fins atribuídos ao direito penal dentro do ordenamento jurídico⁴³⁸.

A determinação da pena não pode renunciar ao fundamento teleológico desse instituto, que é materializado por meio do manejo dos princípios distributivos da punição estatal (dissuasão geral, dissuasão especial, neutralização, ressocialização, merecimento vingativo, merecimento deontológico, merecimento empírico e integração) (ROBINSON, 2008, p. 7 - 10). Tanto esses princípios distributivos que norteiam a determinação da pena quanto os princípios exógenos que incidem para limitar a punição devem se compatibilizar com a função do direito penal e com a finalidade geral de pacificação e estabilização social outorgada ao ordenamento jurídico.

2 TRIDIMENSIONALIDADE MORAL DA PENA

O direito pode ser entendido como um dos mais complexos sistemas de controle e de conformação da atividade humana, ordenando a sociedade mediante expressões linguísticas prescritivas, denominadas normas jurídicas. Tais unidades elementares, por sua vez, são originadas de atos de fala materializados na forma de decisões jurídicas em sentido amplo, que compreendem as leis e as decisões judiciais (ROBLES, 2005). Assim, tanto a cominação de penas em abstrato quanto a cominação da pena em concreto são mensagens direcionadas ao jurisdicionado, ou seja, pena é linguagem.

Para que o processo comunicativo seja completo, não basta a expressão do emissor da mensagem – neste caso o Estado –, pois são necessárias a recepção e a apreensão dessa mensagem pelo seu interlocutor, seja ele a sociedade, a vítima ou o próprio apenado. Se as decisões judiciais são atos de fala ilocucionários, tal como apregoa John Austin (AUSTIN, 1962, p. 12 - 15), a sentença penal condenatória apresenta uma das mais proeminentes funções comunicativas do sistema jurídico. E a felicidade perlocucionária emanada

⁴³⁸ Segundo Grosse-Wilde, mesmo um utilitarismo refinando não consegue justificar o princípio da culpabilidade, que deve ter uma base deontológica. Assim, sustenta uma teoria pluralista da pena, sendo que eventuais conflitos entre finalidades heteronômicas podem ser resolvidos pelo julgador do caso concreto mediante um juízo de prioridade das razões. Em GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 64.

da condenação do réu está intimamente atrelada à forma como a pena é recepcionada pelo tecido social.

Isso quer dizer que a pena, antes de mais nada, é um fato social e a percepção do fenômeno punitivo pela sociedade pode ser tão ou mais determinante para o sucesso da mensagem vislumbrada pelo direito penal do que a teoria da pena adotada pela comunidade jurídica. Respeitadas as peculiaridades locais, é muito provável que um cidadão inglês compreenda a punição estatal de forma muito semelhante a um cidadão alemão, ainda que o desenvolvimento das teorias da pena nos sistemas de *common law* e de *civil law* tenha tomado rumos distintos. Independentemente das justificações conferidas à pena em diversos sistemas dogmáticos, tais construções racionais não podem suplantar a dimensão ôntica da punição, uma vez que ela visa conformar comportamentos humanos.

Justamente pelo fato de a pena estar duplamente subordinada a aspectos metajurídicos, tanto na legitimação quanto na eficácia, a discussão sobre sua vinculação a elementos de natureza moral ganha significativa relevância no âmbito jurídico-penal. O processo comunicativo da pena, que reconhece sua prática como tal, opera numa relação multidimensional entre sujeito, valor e contexto. Nesse horizonte, a confirmação social que confere validade à pena se encontra permeada de elementos ontológicos, axiológicos e sociológicos, de modo que o aspecto expressivo da pena dificilmente passaria incólume a questões de natureza moral, ainda que incidentalmente manejadas.

Mesmo que se encontre considerável resistência na aceitação da incidência de valores morais no direito penal, principalmente na tradição jurídica romano-germânica⁴³⁹, é inafastável o reconhecimento de um conteúdo moral mínimo na pena. A determinação da pena demanda um indefectível juízo de valor, que só adquire validade quando conduzido democraticamente, de acordo com a sensibilidade social. Apresentando essa questão em termos mais específicos, é possível verificar uma tridimensionalidade moral da pena, que se manifesta nos planos estrutural, legitimante e referencial.

2.1 DIMENSÃO ESTRUTURAL

A dimensão moral estrutural da pena é responsável por definir o seu conteúdo jurídico e distingui-la de outras formas de intervenções estatais compulsórias que também afetam alguma esfera de direitos individuais dos cidadãos. Isso quer dizer que uma das características essenciais da pena, que a diferencia de outros institutos jurídicos, está relacionada a valores morais extraídos da sociedade.

⁴³⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 62; LISZT, Franz von. La idea de fin en el derecho penal. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984, p. 78-81; ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 52-71.

Enquanto o desenvolvimento do direito penal no sistema de *civil law* teve como enfoque a teoria do delito, na *common law* a pena ganhou um maior destaque dogmático, razão pela qual as tentativas de definição da pena a partir da análise da sua natureza são muito mais recorrentes entre autores anglo-americanos (FLETCHER, 2007, p. 244 – 262). Uma das mais célebres definições de pena é a apresentada por Hart, que identifica cinco elementos essenciais para o seu conceito: (i) deve envolver sofrimento ou outras consequências normalmente consideradas desagradáveis; (ii) deve ser imposta para ofensas contra normas legais; (iii) deve ser em face de um ofensor pelo seu delito; (iv) deve ser intencionalmente administrada por pessoas diversas do próprio ofensor; (v) deve ser imposta e administrada por uma autoridade constituída por um sistema legal (HART, 2008, p. 4 – 5).

Contudo, há uma série de intervenções estatais compulsórias que, mesmo preenchendo todos os requisitos acima expostos, não podem ser consideradas pena na acepção criminal, a exemplo da multa administrativa. Nem mesmo o “tratamento duro” (*hard treatment*) pode ser acrescentado como critério para diferenciar a pena das demais imposições do Estado, já que muitas dessas podem se mostrar, na prática, mais severas do que as penas aplicadas a ofensores da lei penal. O internamento compulsório, o serviço militar obrigatório e o imposto, em alguns casos, conseguem ser medidas mais rigorosas do que, respectivamente, uma pena em regime aberto, uma pena de prestação de serviço à comunidade e uma pena pecuniária.

Nesse ponto, é de se ressaltar a contribuição apresentada pelas teorias expressivas da pena, que reconhecem como característica distintiva da pena a censura social presente no seu âmago, que é transmitida ao ofensor por meio da mensagem substancializada no castigo. Feinberg assim define a função expressiva da pena: “*punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation*” (FEINBERG, 2011, p. 113).

Dito de outro modo, toda pena carrega, em sua estrutura, um juízo de reprovação moral sobre o ato criminoso perpetrado pelo ofensor, como uma forma de expressar a não aquiescência social com determinada prática. Logo, a pena pode ser entendida como um sistema de suplementação da censura social, que trata o apenado como um agente moral, oferecendo-lhe a oportunidade de reconhecer a reprovabilidade da sua conduta⁴⁴⁰.

Seguindo essa perspectiva, o criminólogo australiano John Braithwaite propõe, de forma polêmica, que a censura moral seja manejada pelo Estado sob um viés reintegrativo, de modo a reduzir a demanda social por punição e administrar os conflitos positivamente, já que o enfraquecimento do controle social moralizador pode gerar um hiato punitivo propenso

⁴⁴⁰ DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 87 e 113; VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017, p. 12.

a favorecer a emergência de Estados policiais mais repressivos e controladores (BRAITHWAITE, 1989, p. 181 - 186).

De qualquer forma, mostra-se inafastável o caráter censor da pena, justamente porque deriva do processo de comunicação social e do modo como a punição é percebida pelos receptores da mensagem estatal⁴⁴¹. A prova disso é que muitos dos encargos voluntariamente assumidos por acusados em institutos transacionais despenalizadores – tais como o acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo – podem ser tão ou até mais severos do que a eventual punição a que estariam submetidos em caso de condenação, principalmente nos casos em que é possível a aplicação do regime aberto para cumprimento inicial de pena. Contudo, a possibilidade de escapar da censura inerente à pena lhes induz a aceitar a proposta oferecida pelo órgão acusador.

2.2 DIMENSÃO LEGITIMANTE

A segunda dimensão moral da pena é a legitimante, que implica na necessidade de que a pena seja reconhecida e aceita socialmente para que promova os fins pacificadores perseguidos pelo ordenamento jurídico.

Em um Estado democrático de direito, a validade das decisões jurídicas (em sentido amplo) está condicionada à capacidade de traduzir as expectativas gerais da sociedade. Essa sensibilidade comum, que confere legitimidade à decisão, segundo HESPANHA, “há de corresponder àquilo que se manifeste como mais consensual, mais igual, mais estabilizador das relações comunitárias”. O direito deve exprimir os valores partilhados pela generalidade de pessoas em sociedade, pois sua legitimidade está fundada na soberania popular e no processo democrático de sua criação, de modo que tanto as leis quanto as decisões judiciais devem refletir um consenso ratificado (HESPANHA, 2019, p. 13 e 118).

Para que haja uma pretensão mínima de aceitação social, é necessário que a pena seja reconhecida como justa, sendo que nessa cognição repousa a dimensão de validade da norma jurídica. Os juízos de dever expressam as necessidades e aspirações da comunidade, de modo que os indivíduos esperam que as decisões judiciais, inclusive em questões criminais, ecoem a demanda geral por justiça (JANIK; RIEKE; TOULMIN, 1984, p. 284).

Nesse sentido, Vives Antón destaca que os elementos morais que permeiam as normas jurídico-penais não estão relacionados ao conceito de moral no sentido amplo, de busca pelo virtuoso, mas sim à ideia de moral na sua concepção de pretensão de justiça extraída dos processos comunicativos sociais. Para esse autor, as normas jurídicas não são meras diretivas de conduta, pois estão acompanhadas de uma pretensão de validade submetida

⁴⁴¹ “Institutionally speaking, punishment necessary involves censure, and a reward Always involves praise”. Em NEUMANN, Ulfrid. The ‘deserved’ punishment. In: Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 79.

a um processo de argumentação racional, que tem na noção de justiça o valor central de todo o ordenamento jurídico (VIVES ANTÓN, p. 372 e 489).

Admitindo-se que a pena deve refletir um ideal de justiça, a problemática que se apresenta diz respeito à maneira de se traduzir esse ideal em termos de quantidade e qualidade de punição. Afinal, justiça é um conceito metafísico, impossível de ser mensurado dentro dos padrões jurídicos. Seguindo esse diapasão, Derrida defende que, enquanto o direito é uma categoria desconstrutível e submetido a um processo de evolução histórica, a justiça é uma experiência aporética, que se mostra infinita, incalculável e rebelde às regras (DERRIDA, 2010, p. 26 - 41).

A resposta para essa questão está no conceito de merecimento empírico, princípio distributivo da pena que retira das intuições de justiça compartilhadas em sociedade a medida da reprovabilidade moral (*moral blameworthiness*) da conduta delitiva. Assim, ao contrário do merecimento deontológico que busca na filosofia moral a referência para se chegar a uma pena justa em si, no merecimento empírico se almeja, apenas, uma pena que seja percebida como justa pela sociedade (ROBINSON, 2008, p. 9-14 e 109-114).

Importante pontuar que o merecimento empírico não apregoa que a quantidade de pena seja diretamente determinada com base nas intuições sociais de justiça, até porque é comum que haja grande discrepância entre as opiniões quanto à severidade da punição que deveria ser aplicada em determinado caso concreto. Todavia, o merecimento empírico atua sobre o referencial valorativo da pena, ou seja, sobre o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor.

Segundo Robinson e Darley, estudos empíricos evidenciam que os julgamentos humanos sobre graves violações são mais influenciados por processos intuitivos do que por processos racionais⁴⁴². Dessa forma, é possível observar um maior grau de consensualidade em relação aos níveis de desaprovação social sobre os comportamentos delitivos, justamente porque tais juízos de valor, ao contrário do que ocorre na medida da pena, derivam das intuições sociais de justiça.

Partindo desse enfoque, Moore vai além, ao propor que as respostas intuitivas sobre justiça observáveis nas pessoas são a razão para termos instituições punitivas, como o direito penal. Desse modo, o retributivismo estaria justificado epistemologicamente no princípio geral de justiça e no fato de esse princípio moral melhor explicar os julgamentos particulares realizados em sociedade, mostrando-se mais coerente com as demais crenças morais existentes (MOORE, 1988, p. 179 - 219).

Em razão dessa premissa, além de conferir um maior grau de democraticidade ao processo de individualização da pena, a grande vantagem

⁴⁴² "People widely share intuitions about whether a given offense is more or less serious than another offense, but people and societies may disagree about what the punishment for the most serious offense will be". Em DARLEY, John M; ROBINSON, Paul H. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: 81 Southern California Law Review 1, 2007, p. 9.

do merecimento empírico está na sua capacidade combinar critérios de justiça social com a finalidade consequencialista, já que o reconhecimento comunitário potencializa a eficácia da mensagem inerente à pena, favorecendo a promoção da estabilização das expectativas sociais.

Afinal, a pretensão de validade presente na expressão de reprovação penal depende do acordo intersubjetivo entre o Estado e os destinatários da norma, para que o agir comunicativo enunciado na pena alcance um entendimento comum, satisfazendo os níveis de correição, verdade e sinceridade (HABERMAS, 2012, p. 532). Pois é só a partir da aceitação social que a força ilocucionária da decisão jurídica prescritiva da pena atinge a sua plenitude.

Sendo assim, em um primeiro momento, a percepção social da pena como justa lhe confere maior legitimidade democrática, na medida em que a intervenção punitiva do Estado se mostra mais consensual e menos irritante ao meio comunitário. Em um segundo momento, tal reconhecimento é necessário para a recepção comunicativa da pena, uma vez que a mensagem de uma punição justa é melhor aceita em sociedade. Pode-se concluir que a pena é duplamente condicionada pelo reconhecimento social, tanto no plano da validade quanto no plano da eficácia perlocucionária.

2.3 DIMENSÃO REFERENCIAL

Para ilustrar como as características histórico-culturais podem influenciar no fenômeno punitivo, cabe citar o exemplo apresentado por Asad, que compara a reprovabilidade entre uma simples sedução – tomada no sentido profano da expressão – e o estupro. Na Grécia antiga, onde as relações matrimoniais tinham significados sociais que extrapolavam a esfera romântico-afetiva, a sedução era considerada um crime mais grave do que o estupro, pois representava a captura do afeto de uma mulher em desrespeito ao homem a quem supostamente pertencia (ASAD, 2009, p. 31). Isso se explica porque tal conduta gerava um abalo às expectativas sociais naquela época muito maior do que uma violência sexual propriamente dita. Por sua vez, nas sociedades ocidentais atuais, regidas pelos valores liberais, a ideia de sedução entre adultos está albergada pela noção de liberdade de escolha de um parceiro romântico, ao passo que o estupro representa uma intolerável violação da liberdade sexual do indivíduo.

Esse exemplo demonstra que, ao contrário do que se propaga em alguns círculos acadêmicos de tradição romano-germânica, o direito penal nunca se desgarrou da influência de valores metajurídicos. A passagem do direito penal medieval – fundado nos costumes e na autoridade divina – para o direito penal moderno – apresentado como obra da razão humana – não implicou na renúncia a valores morais, apenas houve a substituição dos valores sacros pelos valores liberais, em atenção aos interesses da então ascendente classe burguesa.

Conforme observa Habermas, a categorização das penas pode ser entendida como um escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral, já que os suportes elementares do direito penal – as condutas delitivas – são conteúdos moralmente reprováveis. Isso não implica na moralização do direito penal, mas sim na tradução de princípios morais para a linguagem jurídica (HABERMAS, 1996, p. 205 – 206).

Qualquer que seja a finalidade atribuída à pena, sua determinação implica em um irrenunciável juízo de valor. E como o ordenamento jurídico não é capaz de positivar todos os valores regentes do *ius puniendi*, inevitavelmente o processo de determinação da pena é transpassado por elementos axiológicos de natureza extrassistêmica. Em virtude disso, surgem duas opções diante da autoridade estatal responsável pela determinação da pena (legislador ou juiz): orientar a punição de acordo com seus valores pessoais – o que é inadmissível em um Estado democrático de direito – ou orientar a punição de acordo com os valores intersubjetivos consensualmente compartilhados em sociedade.

O ordenamento jurídico prevê aberturas sistêmicas para que elementos metajurídicos extraídos das relações comunitárias sirvam de referencial valorativo para o juízo de determinação da pena. Mesmo partindo de um modelo punitivo baseado na proteção de bens jurídicos – concebidos em uma noção transcendente – a graduação das penas importa na valoração tanto da gravidade do delito quanto da importância conferida a esses bens pela sociedade. Afinal, se todos os bens jurídicos tivessem o mesmo valor, não se justificaria, em termos puramente preventivos, que a pena do homicídio fosse maior do que a pena do furto. E tal inconsistência se mostra ainda mais evidente naqueles modelos penais em que a prevenção é voltada exclusivamente para a proteção normativa, já que, em tese, normas penais incriminadoras pertencem ao mesmo nível hierárquico.

Especificamente em relação à determinação judicial da pena, a principal abertura sistêmica para elementos metajurídicos está nos referenciais valorativos presentes no fundamento axiológico da individualização da punição. Em linhas gerais, pode-se resumir o processo de individualização da pena como um juízo de valor, orientado finalisticamente, que recai sobre circunstâncias fáticas, com o objetivo de traduzir a gravidade do delito em quantidade e qualidade de pena a ser aplicada no caso concreto (FISCHER, 2020, p. 84).

Assim, inspirando-se nas clássicas lições de Spendel (SPENDEL, 1954, p. 191 – 193), é possível inferir três fundamentos básicos da individualização da pena: teleológico, ôntico e axiológico. O fundamento teleológico, representado pelos princípios distributivos (dissuasão geral, dissuasão especial, neutralização, ressocialização, integração e merecimento), informa o fim almejado com a aplicação da pena em concreto, ao passo que o fundamento ôntico representa o substrato fático – as circunstâncias do delito e circunstâncias pessoais do agente – sobre o qual recairá o juízo de reprovação. Finalmente, o fundamento axiológico oferece os referenciais valorativos que incidirão sobre o substrato fático, guiando a individualização da pena para a finalidade almejada.

Então, em modelos orientados pela responsabilidade pessoal, como aqueles que utilizam a culpabilidade (*Strafzumessungsschuld*) como referencial de valoração, a pena adequada será aquela equivalente ao grau de reprovabilidade da conduta do agente (GROSSE-WILDE, 2017, p. 95 – 115) Como o sistema jurídico-penal não fornece ao julgador todos os parâmetros valorativos, a reprovação da conduta delitiva deve se assentar nas intuições sociais de justiça, refletindo os principais valores compartilhados na comunidade. Eis, portanto, uma evidente abertura sistêmica a elementos metajurídicos no processo de individualização da sanção.

Tal influência de fatores axiológicos extrassistêmicos também pode ser observada nos modelos orientados pela lesão, como nas tradicionais teorias absolutas que relacionam a medida da pena à extensão do dano⁴⁴³, bem como nas contemporâneas teorias neorretibutivistas que vinculam a gravidade do delito ao nível de afetação do padrão de vida do ofendido (*standard of living*), levando-se em consideração aspectos econômicos e não-econômicos, conforme preconiza von Hirsch e Jareborg⁴⁴⁴. Nota-se que qualquer que seja o referencial ofendido (direito individual, bem jurídico, padrão de vida), a mensuração da gravidade da lesão demanda um juízo de valor apoiado em percepções intersubjetivas, uma vez que são as convenções sociais que conferem aos bens lesados diferentes graus de importância.

Finalmente, mesmo nos modelos consequencialistas orientados pelo risco, a noção de periculosidade⁴⁴⁵, que pode recair tanto sobre o agente quanto sobre a contexto contingencial à prática de novos delitos, igualmente requer um juízo de ponderação valorativa entre a importância dos bens a se proteger e a intensidade da medida protetiva a ser ministrada.

Os princípios gerais de justiça ainda se manifestam no critério de proporcionalidade, responsável por converter a gravidade do delito – apresentada pelo referencial valorativo – em quantidade e qualidade de pena. A primeira acepção de proporcionalidade é a cardinal, responsável por ancorar o sistema de penas ao estabelecer os limites absolutos máximos e mínimos, normalmente definidos por uma série de contingências históricas (DUFF, 2001, p. 134). Uma vez delimitados os marcos penais absolutos, a proporcionalidade ordinal, partindo de uma escala de gravidade de delitos, irá indicar a punição equivalente na correspondente escala de severidade de penas (VON HIRSCH, 2017, p. 56 - 59.). Dessa forma, a proporcionalidade na individualização da pena ostenta uma

⁴⁴³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 90; KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 138.

⁴⁴⁴ JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: Proportionate sentencing: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 186-219; PERŠAK, Nina. Using "quality of life" to legitimate criminal law intervention: gauging gravity, defining disorder. In: Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 225-245.

⁴⁴⁵ PRINS, Adolphe. La defensa social y las transformaciones del derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 49

robusta noção de equidade entre a gravidade do delito e a severidade da punição, refletindo, mais uma vez, as intuições sociais de justiça.

Por fim, a individualização da pena, principalmente quanto ao alcance das finalidades consequencialistas, também sofre limitações impostas por princípios de matiz liberal, tais como o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade⁴⁴⁶ e o princípio da intervenção mínima. Esses princípios penais adquirem natureza de garantias individuais opostas em face do *ius puniendi*, estabelecendo barreiras que restringem o alcance da pena. Sua função é equilibrar a eficácia dos objetivos utilitários do direito penal com as garantias individuais historicamente consagradas. Conforme elucida Dworkin, essa disputa entre objetivos utilitários e princípios morais de essência liberal é um problema relativo à teoria do direito e tem natureza de conflito moral entre valores socialmente relevantes em oposição (DWORKIN, 2002, p. 12-21).

Esse amalgama axiológico de valores sociais (como a censura) e princípios normativos (como o princípio da culpabilidade), segundo Neumann, fazem parte da estrutura do instituto da pena e das regras da sua aplicação, na medida em que são reconhecidos e aceitos pela população. Para esse autor, *"in all societies, institutions are central points of reference for judgements of justice"* (NEUMANN, 2016, p. 82 - 83). Logo, os reflexos das percepções sociais de justiça estão presentes tanto nos referenciais valorativos do fundamento axiológico quanto nos princípios restritivos do alcance finalístico, pois esses referenciais e princípios devem ser consensualmente identificados como elementos constitutivos do conceito social de pena.

CONCLUSÃO

A história da teoria da pena pode ser simbolicamente resumida na disputa entre perspectivas que priorizam uma pena útil aos fins do direito penal e perspectivas que defendem uma pena justa sob uma concepção axiológica. Se, por um lado, a finalidade prática do direito moderno exige uma justificação consequencialista da pena, por outro, não é possível renunciar à noção de pena justa, pois ela representa um relevante fator limitador do *ius puniendi*.

Assim, parte-se da premissa de que a pena, independentemente dos rumos históricos tomados pelas teorias jurídicas, apresenta um conteúdo moral mínimo, identificado nas dimensões estrutural, legitimante e referencial. Considerando que a determinação da pena necessariamente implica em um juízo de valor, é irrenunciável que haja um referencial de justiça para guiar a decisão jurídica.

⁴⁴⁶ "According to this communis opinio, the culpability principle not only prohibits punishing a person who acts without guilt (the qualitative dimension of the culpability principle), but also requires that the punishment imposed on a guilty person not exceed the 'amount' or 'measure' of her guilt (the quantitative dimension of the culpability principle)". Em NEUMANN, Ulfrid. The 'deserved' punishment. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Edit.). Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 67-68.

Contudo, a noção de justiça que permeia a pena não pode ser estabelecida com base nas intuições e opiniões pessoais da autoridade responsável pela sua determinação, sob o risco de retirar a legitimidade do sistema punitivo ao deixá-lo vulnerável a decisionismos pouco confiáveis. Tampouco a definição de justiça deve ficar exclusivamente a cargo de um grupo restrito de intérpretes, sob pena de tornar o direito refém da vontade e dos interesses da classe de juristas⁴⁴⁷.

Tem-se, então, que a determinação da pena deve ser orientada e limitada pelas intuições sociais de justiça, pois, além de lhe conferirem um alto grau de legitimidade democrática, potencializam os efeitos perlocucionários decorrentes do processo comunicativo estabelecido entre o Estado e os destinatários da norma penal.

⁴⁴⁷ “Se entregarmos a sua resolução a um grupo de especialistas, este passará a dispor do poder de decidir o que é o direito, frustrando o tal princípio que parece estabelecido nos modernos Estados democráticos – o princípio de que o direito tem por base o consenso da comunidade (e não apenas a autoridade de uma elite social, cultural ou política)”. Em HESPANHA, António Manuel. O direito democrático numa era pós-estatal: a questão política das fontes do direito. Amazon [eBook Kindle], 2018.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: Federal Sentencing Reporter, v. 7, n. 6, University of California Press, May-Jun 1995, p. 305 - 307.
- ASAD, Talal. Free speech, blasphemy, and secular criticism. In: ASAD, Talal [et al.]. Is critique secular? Blasphemy, injury, and free speech. Berkeley: University of California, 2009, p. 20 - 63.
- ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. Proportionate sentencing: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- AUSTIN, John Langshaw. How to do things with words. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Tomo primo. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781.
- BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907.
- BRAITHWAITE, John. Crime, shame and reintegration. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- DARLEY, John M.; ROBINSON, Paul H. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: 81 Southern California Law Review 1, 2007.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DOLCINI, Emilio. La commisurazione della pena. Padova: Cedan, 1979.
- DUFF, R. Antony. Punishment, communication, and community. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). Why punish? How much? A reader on punishment. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 111-125.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FISCHER, Fernando B. S. Ausência de bis in idem na valoração dos elementos do delito para individualização da pena. In: Revista Judiciária do Paraná, nº 20, 2020, p. 79 - 96.
- FLETCHER, George P. The grammar of criminal law: American, comparative, and international. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- FLETCHER, George P. Rethinking Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOS CONDE, Francisco. Derecho penal: parte

- general. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- GROSSE-WILDE, Thomas. Erfolgzurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- GÜNTHER, Klaus. Criminal Law, crime and punishment as communication. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 124 - 139.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Trad. Flavia Portella Püschel. In: Revista direito GV, n 4. v. 2, n. 2. Jul – Des. 2006, p. 187 - 204.
- HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI. Coimbra: Almedina, 2019.
- HESPANHA, António Manuel. O direito democrático numa era pós-estatal: a questão política das fontes do direito. Amazon [eBook Kindle], 2018.
- HÖRNLE, Tatjana. Teorías de la pena. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Extenado de Colombia, 2015.
- HÖRNLE, Tatjana. Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997.
- JANIK, Allan; RIEKE, Richard; TOULMIN, Stephen. An introduction to reasoning. 2. ed. New York: Macmillan Publishing, 1984.
- JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. Proportionate sentencing: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 186 - 219.
- KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Trad. Clélia Aparecida Martins et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- LISZT, Franz von. La idea de fin en el derecho penal. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984.
- MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. In: Derecho penal y criminología. v. 28, n. 83, 2007.
- MOORE, Michael S. The moral worth of retribution. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (Ed.). Responsibility, character, and the emotions: new essays in moral psychology. Cambridge: Cambridge University, 1988, p. 179 - 219.

- MORRIS, Herbert. A paternalistic theory of punishment. In: *American philosophical quarterly*, v. 18, n. 4, October 1981, p. 263 - 271.
- MORRIS, Herbert. Persons and punishment. In: *The monist*, v. 52, n. 4, October 1968, pp. 475-501.
- NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 15 - 44.
- NEUMANN, Ulfrid. The 'deserved' punishment. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 67 - 84.
- PAVARINI, Massimo. Governare la penalità: struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena. Bologna: Bononia University Press, 2014.
- PERŠAK, Nina. Using "quality of life" to legitimate criminal law intervention: gauging gravity, defining disorder. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 225 - 245.
- PRINS, Adolphe. La defensa social y las transformaciones del derecho penal. Trad. Rodrigo Condino. Buenos Aires: Ediar, 2010.
- RAWLS, John. Two concepts of rules. In: *The philosophical review*, 64, 1955, p. 3 - 32.
- ROBINSON, Paul H. Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ROBLES, Gregorio. O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- ROXIN, Claus. Prevention, censure and responsibility. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016, pp. 24-42.
- ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- SPENDEL, Günter. Zur Lehre vom Strafmaß. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.
- TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.
- VON HIRSCH, Andreas. Deserved criminal sentences. Oxford: Bloomsbury, 2017.
- VORMBAUM, Thomas. A modern history of German criminal law. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, 2014.

SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ATRAVÉS DO RECURSO ESPECIAL CÍVEL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

OVERCOMING JUDICIAL PRECEDENTS THROUGH SPECIAL CIVIL RESOURCES AND EXTRAORDINARY RESOURCES

Ruy Alves Henriques Filho⁴⁴⁸
Gabriel Vicente Franciscan Elias⁴⁴⁹

INTRODUÇÃO

Antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, o sistema jurídico-brasileiro adotava precipuamente a lei como fonte primária do Direito, mas, com o passar dos anos e a necessidade de melhor reafirmar a segurança jurídica, a jurisprudência passou a ser levada em consideração para futuras decisões, porém de forma gradativa e sem o necessário regramento. (CABRAL; CRAMER, 2016).

Com objetivo de deixar nosso sistema jurídico processual mais adequado, os legisladores acharam por bem “importar” a técnica dos precedentes judiciais do sistema anglo-saxão. Também é sabido, obviamente, que muitos estudiosos também acreditam que criamos no processo brasileiro, uma espécie de “precedentes à brasileira”.

Conforme explana Luiz Guilherme Marinoni (2019), na sistemática do Direito anglo-saxão, utilizado pela Inglaterra e Estados Unidos, o regramento ofertados aos jurisdicionados se dá principalmente por intermédio dos costumes (até porque somente em 1990 a Inglaterra aderiu à codificação processual codificada), em observância ao *rule of precedent*, ou seja, entende-se que a lei não é necessariamente fonte primária do Direito, ganhando maior ênfase, o hábito social e as decisões judiciais anteriormente proferidas.

Ainda sobre a adoção da teoria dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, observa-se que ela não foi contemplada de forma completa ou mesmo similar como proposta na *common law*. Talvez a justificativa para a ausência sentida tenha se dado pela natureza de nossa tradição jurídica, a *civil law*, que possui a lei como principal fonte do Direito (como resultado da Revolução Francesa e sua adstrição ao Princípio da Legalidade) e, agora, com a introdução mais franca

⁴⁴⁸ Doutor pela Universidade de Lisboa (reconhecimento pela Universidade Federal do Estado do Paraná). Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Magistrado e professor da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC. Autor dos livros “Identificação dos Precedentes Judiciais”; “Direitos Fundamentais e Processo” e “Processo Constitucional”. Coordenador do Grupo de Estudo sobre Precedentes Judiciais do UNICURITIBA. Membro do Instituto Paranaense de Processo Civil e do Instituto Brasileiro de Processo. Diretor da Escola Judicial da América Latina e Vice-Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD.

⁴⁴⁹ Acadêmico do curso de Direito, no Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Membro do Grupo de Estudo sobre Precedentes Judiciais da mesma instituição.

da Teoria dos Precedentes Judiciais Obrigatórios, entende-se que, de forma subsidiária ao texto legal, estarão as teses emanadas pelos Tribunais Superiores.

Na prática, o legislador indexou ao Código de Processo Civil somente três dispositivos legais sobre o assunto, fazendo referência a existência da força normativa dos precedentes, esclarecendo quais são os órgãos que devem auxiliar no regramento dos jurisdicionados, prevendo a hipótese de ocorrer a distinção e superação da tese (precedentes) firmada pelos Tribunais Superiores. Analisando superficialmente os dispositivos, que serão mais adiante revisitados, é muito pobre a normatividade que pretende cuidar do assunto.

Todavia, ante a ausência da melhor técnica legislativa, denota-se que o texto legal deixou de abordar assuntos de extrema relevância, as quais norteiam a Teoria dos Precedentes Obrigatórios, como o próprio conceito de precedente, seus componentes *ratio decidendi*, *obiter dictum*, formas de flexibilização *distinguishing*, *overruling*, especialmente as hipóteses em que ocorre o *overruling* e bem como os meios adequados para a sua modernização.

Dessa forma, cabe aos doutrinadores discutirem quais são os meios a serem adotados para suprir as omissões deixadas pelo poder legislativo, de modo que não inviabilize o sistema dos precedentes judiciais, lembrando que urge o entendimento que a inobservância do instituto pode levar à declaração de nulidade da decisão judicial que se afastou do julgamento paradigma.

Em meio as omissões mencionadas, podemos considerar que a forma de superar o precedente é a mais complexa, vez que para interposição de recursos para o acesso às vias extraordinárias, objetivando superar o precedente junto as Cortes Supremas, é necessário que este seja contraposto a tese do Tribunal Superior, o que acaba sendo vedado pelo art. 1.030, I, do CPC. Cumpre salientar que o presente dispositivo constitui “jurisprudência defensiva”, pois ressalvada a hipótese da superação dos precedentes, busca impedir discussões inoportunas junto aos Tribunais Superiores.

O artigo supracitado, determinada que para o acesso as vias extraordinárias, se faz necessário um exame de admissibilidade bifásico, ou seja, primeiramente o Presidente ou Vice-presidente das Cortes de Justiça observam os requisitos de admissibilidade, para posteriormente encaminhar ao STJ e/ou STF.

Todavia, o inciso primeiro do artigo acima, prevê a obrigatoriedade de negar seguimento ao precedente que for contrário ao entendimento do Tribunal Superior. Ora, se a parte busca revogar o entendimento firmado pelo STJ e/ou STF, obviamente o caso não estará de acordo com o precedente do tribunal. Resultado: será inadmitido.

Esta confusão se instalou porque na redação do projeto do código adjeto, o juízo de admissibilidade dos recursos para o acesso das vias extraordinárias estavam em um formato monofásico, portanto, o exame de admissibilidade do Recurso Especial Cível e do Recurso Extraordinário, eram realizados diretamente pelo órgão julgador, objetivando facilitar o trabalho dos advogados que não residem em Brasília e, também, reduzindo a quantidade de recursos analisados pelos tribunais, pois não mais seria necessário a interposição de agravo para destrancar os respectivos procedimentos recursais.

Dito isso, nota-se que sendo o exame de admissibilidade feito pelas próprias Cortes Supremas, responsáveis por emanar os precedentes para auxiliar no regramento dos jurisdicionados, a hipótese da superação do entendimento da corte seria realizada de maneira mais simples. Afinal, a parte interessada poderia simplesmente recorrer do acórdão prolatado pela Corte de Justiça, buscando a prestação jurisdicional do órgão julgador que constituiu o posicionamento pleiteado, e, assim, utilizando-se de suas razões pelo qual deveria haver mudança de precedente.

Ocorre, que esta proposta não foi bem-vista pelos Ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que se preocuparam com excesso de serviço a eles depositados, pois não haveria nenhuma espécie de “filtragem” dos recursos, acarretando a análise de todos os procedimentos recursais contra os acórdãos proferidos pelas cortes de justiça.

Com isso, frente a cirúrgica pressão exercida pelas Cortes Superiores, no apagar das luzes, foi aprovado a Lei 13.256/2016, que modificou o CPC/2015, ainda no período de *vacatio legis*.

Então, este escrito abordará as dificuldades para superar os precedentes, ante a lamentável técnica de nossos legisladores, bem como fornecido uma técnica específica para atingir o *overruling*.

1 PRECEDENTES NO BRASIL

Pois bem, segundo o que foi mencionado na introdução do presente artigo, o Código de Processo Civil separou poucos dispositivos para regulamentar o tema dos precedentes judiciais. Dessa forma, inicialmente será abordado o art. 926, do CPC. (Lei nº 13.105/2015).

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Analisando texto legal supramencionado, resta evidente que o legislador apresentou a sistemática dos precedentes judiciais como uma forma de melhor estabelecer a segurança jurídica e a previsibilidade. Sobre essa constatação, podemos dizer que é uma espécie de conserto legislativo, pois anteriormente, havia a ideia de que somente a lei era capaz de manter as decisões em um único sentido.

Então, partindo dessa premissa, ficou incumbido aos Tribunais Superiores (STJ e/ou STF), também conhecido como Cortes Supremas ou Cortes

de precedentes, a responsabilidade de ditar a metodologia para viabilizar a aplicação dos precedentes judiciais.

Aqui, cabe rememorar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o órgão jurisdicional de última instância, acerca dos litígios que versam sobre matéria de Lei Federal, enquanto o Supremo Tribunal Federal (STF) assume a competência por matérias de discussão constitucionais.

Portanto, esses dois órgãos se responsabilizam por emanar os precedentes, editar os enunciados de súmulas de forma coerente, observando as questões fáticas do caso paradigma e mantendo-a uniforme. Ou seja, além dos Tribunais Superiores auxiliarem no regramento dos jurisdicionados, possuem a competência para fazer a revisão da aplicação do precedente.

Diante dessa explanação, abre-se parênteses para destacar que sendo os Tribunais Superiores responsáveis por emanar os precedentes, com a incumbência de manter a tese pacífica e uniforme, também será o único órgão competente para revogar eventual precedente que tenha deixado de preencher sua função no contexto social.

Caso algum magistrado de grau hierarquicamente inferior aos Tribunais Superiores, decidam por discordar da tese firmada e sentenciem casos de forma divergente ao precedente, a sua conduta será considerada um desrespeito a ordem jurídica.

O fato de ser considerado um desrespeito a ordem jurídica, é bem apontado por Teresa Arruda Alvim (2019), pois continuamente esclarece que o precedente é o entendimento do judiciário sobre determinada conduta, com base na lei. Então, como os jurisdicionados são regrados pela lei aos olhos do poder judiciário, é absolutamente compreensível, afirmar que o precedente possui determinada carga normativa.

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, o magistrado singular ou a Corte de Justiça que deixa de adotar o entendimento das Cortes Supremas, se comparam ao jurisdicionado que desrespeita o ordenamento jurídico por discordar da lei em vigor. (RAVI, 2019).

Ainda sobre o art. 926, do CPC, cumpre salientar que o legislador apresentou algumas confusões acerca dos conceitos básicos da teoria dos precedentes judiciais, vez que mencionam a necessidade de a súmula estar de acordo com os precedentes que as fundamentam, mas não conceitua, especificamente o que é um precedente judicial.

Prosseguindo ao art. 927, do CPC, constata-se que essas incertezas ainda se mantêm. (Lei nº 13.105/2015).

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento

de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

No tocante ao dispositivo supra, percebe-se que ficou determinado a força normativa dos precedentes, incumbindo de forma mais clara e específica, o dever de ser respeitado a tese firmada pelas Cortes Supremas, assim, considera-se que as hipóteses previstas do inciso primeiro ao quinto, são meramente ilustrativos, sendo esta a corrente defendida por Mitidiero, Marinoni e Arenhart. (VIANA; NUNES, 2018).

O motivo dos incisos não serem considerados taxativos ou até mesmo explicativos, ocorre pelas diversas falhas de conceitos apresentadas no dispositivo acima, então, o caráter meramente ilustrativo é uma espécie de acordo da doutrina predominante no assunto.

Logo, a seguir passamos a abordar os conceitos necessários para melhor vislumbrar a técnica dos precedentes judiciais, especialmente no que tange a *ratio decidendi*, *obiter dictum*, precedentes, jurisprudências e súmulas.

2 CONCEITO DE PRECEDENTE

Em que pese o CPC/2015 tenha inovado, pois mudou radicalmente da pouca relevância da jurisprudência para a imposição dos precedentes judiciais, cabe aos doutrinadores estudar conceitos utilizados no direito anglo-saxão e adaptar ao nosso sistema jurídico.

De forma lógica, bastante simplista e completa, Marinoni (2017) conceitua os precedentes judiciais como decisões proferidas pelas Cortes Supremas, dotadas de efeitos obrigatórios, com capacidade de melhor “traduzir” a lei, servindo de parâmetro aos demais casos, assim, auxiliando no regramento dos jurisdicionados.

Então, partindo dessa premissa, inicia-se a discussão acerca do que é necessário para uma decisão se tornar um caso paradigma e, conseqüentemente, se tornar um precedente judicial com poderes de vinculação.

Na obra de Daniel Mitidiero (2019), ficou consignado que para a decisão ser capaz de se tornar um caso paradigma, é preciso que as Cortes Supremas tenham analisado e elucidado todos os fatos juridicamente relevantes, os quais tenham sido apresentados pelos advogados, bem como o entendimento unânime ou majoritário do Tribunal Superior responsável.

Sobre a identificação do instituto, há necessidade de qualificação das decisões hábeis a constituir precedentes integrativos, dotando-as de requisitos mínimos para que possam ensejar parâmetro uniformizador jurisprudencial. Dentre tais requisitos, sugere-se que somente possam constituir precedentes as decisões colegiadas, refletindo a integridade do sistema (mesmo não unânimes com ressalva das divergências); segundo requisito é a abertura da discussão ao público interessado em geral; como terceiro requisito sugere-se a delimitação de precedentes às decisões típicas do Poder Judiciário, ou seja, dentro do nível e grau de previsibilidade e exercício funcional do Poder Judiciário; como quarto e último requisito sugere-se a constituição de precedente somente quando existente lacuna normativa, havendo a superação do precedente pela posterior normatização do tema, o que, mesmo no berço de origem, sente a resistência do julgador que interpretou construtivamente, ainda que com base na Constituição Federal (HENRIQUES FILHO, 2021).

Portanto, cabe complementar que o entendimento unânime ou majoritário, não se refere ao dispositivo do acórdão, mas as razões adequadas aos fatos que levaram o tribunal a tomar determinada decisão, firmando um entendimento com efeitos *erga omnes*, isto é, vinculantes.

Ora, como a fundamentação da decisão é a parte que acaba sendo vinculada, é plenamente possível e até mesmo corriqueiro, ocorrer situações em que os recursos acabam sendo desprovidos, porém os ministros aproveitam a oportunidade e desde logo publicam a tese por eles firmada, a fim de orientar os jurisdicionados acerca da matéria em questão.

Nessa esteira, também devemos observar que é possível o tribunal chegar a um resultado igual (recurso provido ou desprovido), mas com razões

distintas entre os ministros que apreciaram a causa. Assim, também não estará preenchido os requisitos para o caso se tornar um precedente judicial.

Entretanto, a doutrina classifica o art. 927, do CPC como sendo desnecessário para a sistemática lógica a ser aplicada, pois em nada fala efetivamente sobre precedente, somente faz especulações de conteúdo aberto. (MARINONI, 2019). O que resta implacável é a necessidade das Cortes observarem o Princípio da Confiança.

Ainda sobre os precedentes judiciais, existe uma corrente, a qual a presente pesquisa se filia, que vê a previsão legal dos precedentes judiciais não somente no CPC/2015.

Veja, a partir do momento que a estrutura do poder judiciário se divide em juízo de primeiro grau, Cortes de Justiça (2ª grau) e Cortes Supremas, tornando-se uma ordem hierárquica, por meio da qual as decisões acabam sendo submetidas aos tribunais superiores, basta o STJ ou STF definir sobre determinado assunto e sua obrigatoriedade será automática.

Isso, porque não há sentido algum permitir que os juízes de grau hierarquicamente inferior, decidam de forma contrária ao entendimento do STJ e/ou STF, sabendo que posteriormente haverá interposição de recursos e, obviamente, a reforma da sentença ou acórdão.

Na verdade, fomentar esse tipo de discussão somente contribui com a morosidade do processo, com o aumento da insegurança jurídica e prejudica a previsibilidade do judiciário. Talvez a única questão pendente seja a real possibilidade de provocar a alteração para a superação, modulação ou atualização destes julgados vinculantes, porque defender a obrigatoriedade de obediência hierárquica não pode ser absoluta (sob pena de retirar dos milhares de juízes do país a legitimidade democrática e constitucional da livre fundamentação vinculada ao estabelecer decisão divergente daquelas emanadas das Cortes Superiores) e lembrando que nem todas aquelas (derivadas de REExt, REsp, Rcl, etc), tem efeitos vinculantes e obrigatórios.

Por fim, o último ponto a ser destacado ainda sobre os precedentes judiciais, possui cunho constitucional, especificamente apresentado pela Carta Magna no art. 105, III, alínea "C", a qual apresenta como um dos requisitos para admitir Recurso Especial Cível, a divergência de decisões entre as diversas Cortes de Justiça.

Com uma rápida análise ao dispositivo supracitado, entende-se o intuito da norma é encaminhar o processo para os Tribunais Superiores, objetivando sanar a dúvida apresentada pelos magistrados em primeira e segunda instância.

Agora, diante de um recurso que sobe ao último grau de jurisdição por divergência jurisprudencial entre as Cortes de Justiça, fica evidente que o Acórdão proferido pela STJ e/ou STF, será dotado de efeitos vinculantes, pois a partir daquele momento, teoricamente, não mais será necessário aquela matéria tornar a ser discutida em último grau, pois a Corte de Precedente já teria se manifestado sobre o assunto, bastando ser mantida pelos órgãos de primeira e segunda instância.

Posto isso, passa-se a abordar os dois principais institutos dessa técnica, *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

3 ELEMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Ao tratar dos precedentes judiciais, observamos que existem ao menos dois elementos intrínsecos ao tema, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sendo componentes essenciais para aplicação, formação e, principalmente, identificação dessa “nova” fonte do Direito.

Em linhas gerais, *ratio decidendi* nada mais é do que os elementos relevantes para a resolução do precedente, melhor dizendo, são os fatos e os fundamentos que motivam os Tribunais Superiores a firmar determinada tese. (MARINONI, 2019). Em outras palavras, Didier diz que *ratio decidendi* são “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”. (DIDIER; SARNO, 2015, p.442).

Em contrapartida, *obiter dictum* são os componentes não essenciais para formação do precedente, podendo ser uma simples questão fática ou razões de tema diverso do discutido na formação da tese. Estes elementos (que podem até ser comparados com uma ementa de julgamento que tem a finalidade de apenas indicar a tese e sua solução) são justamente aqueles que foram ditos para morrer (numa interpretação livre do latim).

Em termos práticos, podemos observar os precedentes 106.888-PR, 175.795-RS, 298.369-RS e 387.805-RS, todos do STJ, que decidiu pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em face das instituições financeiras (súmula nº 297, do STJ), pois os correntistas se enquadram como clientes dos bancos, que por sua vez, se amoldam como fornecedores de serviços.

Nesse contexto, observamos que a razão jurídica para aplicação do CDC, se deu pelo fato de as instituições bancárias oferecerem diversos serviços aos seus clientes, portanto, sendo a *ratio decidendi* do precedente.

Agora, nesse mesmo exemplo, é inviável uma *fintech*, que se lança no mercado financeiro como banco digital, sustentar que a eles não são aplicáveis o Código de Defesa do Consumidor, pois os precedentes supramencionados foram fundamentados em face de uma instituição financeira “comum”.

Nota-se que nos precedentes mencionados, não há qualquer relação com o fato do banco litigante possuir grande estrutura ou até mesmo ser uma *startup*, sendo esse, um fato irrelevante para formar o entendimento do Tribunal Superior. Logo, o formato do agente financeiro é um *obiter dictum*.

4 JURISPRUDÊNCIA, REPETITIVOS, SÚMULAS

Como repisado anteriormente, o art. 927 deve ser considerado um rol ilustrativo, pois apresenta algumas questões com conceitos completamente diferentes, como: jurisprudência, julgados em sede de recursos repetitivos e súmulas.

A jurisprudência se diferencia dos precedentes judiciais nas mais diversas formas possíveis. Na verdade, trata-se de um compilado de julgamentos proferido por um mesmo tribunal, a qual debruçam sobre determinado fato e fundamento jurídico e tendem a compreender de forma igual, de tal maneira que é possível afirmar qual é o entendimento do tribunal (em geral).

Ainda em relação a jurisprudência, é importante destacar que não possuem efeitos *erga omnes*, ou seja, não são vinculantes, vez que servem somente para apontar o entendimento das cortes de justiça.

Quanto aos julgados em sede de recurso repetitivo, também considerado pela doutrina como jurisprudência uniformizadora, Mitidiero afirma que é dotado de modelo específico, sem a necessidade de vários julgamentos sobre o caso, por meio da qual será exercido o efeito vinculante. (2018). Nessa situação, o julgamento do litígio será feito pelo STJ e/ou STF. Todavia, cumpre salientar que nada tem a ver com precedente judicial, pois o Tribunal Superior somente apreciará o caso em virtude da alta quantidade de demandas ajuizadas em todo território nacional. (Lei nº 13.105/2015).

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Diante dessa previsão legal, que permite a discussão de temas de Direito material e/ou processual, a doutrina aponta como sendo funcionalmente incompleta (Mitidiero, 2018), vez que a função de resolver litígios está incumbida a competência dos tribunais locais, não havendo sentido algum encaminhar processo para as Cortes Supremas pelo fato de ser uma questão recorrente no judiciário.

Entretanto, não se pode olvidar de constar um ponto positivo sobre a jurisprudência uniformizadora, pois em um país continental como o Brasil, que possui mais de 26 (vinte seis) Cortes de Justiça, evidentemente, a resolução de demandas repetitivas ao serem julgadas pelo STJ e/ou STF, ficam com a tendência de simplificar e dar mais visibilidade ao entendimento das Cortes Supremas sobre o caso. Porém, novamente, destaco nada tem a ver com precedentes judiciais.

No que diz respeito as súmulas, não é preciso ir muito além para demonstrar que se diferenciam dos precedentes, tendo em vista que o próprio art. 926, § 2º, relata que ao editar as súmulas, os tribunais precisam se ater às circunstâncias dos precedentes que motivaram sua criação, ou seja, as súmulas são derivadas dos precedentes judiciais. Nas palavras de Mitidiero, “Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente”. (MITIDIERO, 2018).

A título explicativo, denota-se que dos precedentes mencionados no subtítulo anterior, originaram a súmula nº 297, do STJ, que em uma linha, foi capaz de resumir 5 decisões utilizadas para formar o precedente.

5 FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

Quando o judiciário estiver diante de um litígio em que seja arguido a possibilidade de aplicar algum precedente, cabe ao magistrado preservar o princípio da vedação da decisão surpresa, assim, possibilitando que a parte contrária tenha a oportunidade de se manifestar sobre o assunto.

Além disso, ao proferir decisões em que as partes tenham arguido argumentos com base em precedentes judiciais, o magistrado deverá observar os requisitos apresentados no art. 489, § 1º, VI, do CPC. (Lei nº 13.105/2015).

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

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

Dessa forma, deverá ocorrer a nítida fundamentação sobre a similitude fática e jurídica do precedente com o caso que estiver sendo analisado, não podendo o julgador se limitar ao enunciado/ementa da tese firmada, do contrário, a decisão (sentença, acórdão ou decisão interlocutória) será considerada sem fundamentação e, conseqüentemente, nula.

Outro ponto que merece ser destacado, é a impossibilidade de os magistrados deixarem de aplicar o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores. Na verdade, o precedente só não será aplicado em caso de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*).

Na distinção, como o próprio nome já diz, o intérprete do direito deve demonstrar que o precedente é diferente do caso que está em análise. Essa diferença, não está atrelada a localização, nomes, horário ou data do fato (MITIDIERO, 2018), mas está vinculado na identidade essencial dos casos (ALVIM, 2012), isto é, a *ratio decidendi* do caso paradigma com os fatos juridicamente relevantes do caso paradigmático.

Na superação do precedente, o intérprete do direito poderá afirmar que a tese arguida se encaixa no caso concreto, mas seus efeitos não podem ser aplicados, esclarecendo e demonstrando que o entendimento apresentado deve ser superado pelas Cortes Supremas.

Consoante ao que foi explanado anteriormente, percebe-se que o legislador não foi muito técnico ao manusear o CPC, principalmente em relação

aos precedentes judiciais, de modo que ao prever a técnica do *overruling* (superação), no art. 927, §§ 2º e 3º do CPC, foi apontado a superação de súmulas, jurisprudências pacíficas, julgamentos repetitivos, sem mencionar a questão dos precedentes judiciais. Dessa forma, cabe a nós, novamente, fazermos uma análise “exemplificativa”, considerando que houve um “mero esquecimento”. (MARINONI, 2019)

Pois bem, para que ocorra a superação do precedente, se faz indispensável o preenchimento de alguns requisitos, como: claro equívoco ao firmar o entendimento (GERHARDT, apud MITIDIERO, 2019), incongruência social, inconsistência sistêmica ou alteração na concepção geral do direito. (MARINONI, 2019).

Então, constata-se que em nada tem a ver com a composição física do órgão, mas com os fundamentos jurídicos que levaram a firmar o entendimento anterior e, agora (no momento da superação), não demonstra ser a melhor resolução para pôr fim a demanda.

Nessa linha de raciocínio, o CPC permite que no momento da alteração do entendimento, as Cortes Supremas (instituições competentes para revogar o precedente) realizem audiências públicas para a participação dos operadores do Direito, a fim de contribuir e fomentar na discussão da tese, posto que o novo entendimento é dotado de carga normativa, auxiliando na orientação dos jurisdicionados.

Segundo previsto no § 3º, do art. 927, é plenamente possível ocorrer a modulação do novo entendimento, ou seja, o dispositivo afirma que pode acontecer de haver a superação do precedente, mas não ser aplicado no caso em concreto. Hipótese em que deverá ser avaliado pelos Tribunais Superiores no momento que a tese for revogada, pois entende-se que tal questão dependerá do quanto o precedente exerce a previsibilidade dos jurisdicionados.

Veja, se o precedente é uma espécie de complemento legislativo, é perfeitamente possível que os jurisdicionados tomem determinadas atitudes com base no entendimento das Cortes Supremas. Agora, se ocorrer essa superação com efeitos retroativos, poderá causar uma grande instabilidade na previsibilidade e segurança jurídica.

Portanto, se os efeitos da superação será *ex tunc* ou *ex nunc*, dependerá de cada caso, sempre analisando a “força” do precedente revogado e ainda, talvez a modulação de seus efeitos.

6 SUPERAÇÃO NA PRÁTICA

Como já mencionado anteriormente, a problemática se instaura quando da necessidade da realização da superação do precedente, em especial, no viés prático.

Isso, porque, como já dito, no projeto do Código de Processo Civil, o exame de admissibilidade dos recursos direcionados para os Tribunais Superiores, eram realizados diretamente por eles, órgãos que também examinariam o mérito da ação.

Curioso ressaltar que o CPC foi debatido por diversos operadores do Direito, sendo realizadas audiências públicas em vários estados, estudo esse que demorou aproximadamente cinco anos e, no apagar das luzes, surge uma emenda que altera radicalmente a estrutura processual dos principais recursos, Resp e Rext.

Nessa alteração legislativa, nota-se que a inviabilidade se deu em razão do art. 1.030, I, do CPC, vejamos: (Lei nº 13.105/2015).

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

(...)

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Então, analisando o caput do artigo supra citado, constata-se que a previsão legal veio no sentido de demonstrar a necessidade de um duplo juízo de admissibilidade do recurso. Na prática, antes do recurso subir aos Tribunais Superiores, o caso acaba sendo encaminhado para o presidente ou vice-presidente da Corte de Justiça, a fim de observar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Sendo preenchido os requisitos de admissibilidade, na visão do responsável na Corte de Justiça, o processo é encaminhado para a Corte Suprema, que novamente realizará o juízo de admissibilidade, situação extremamente burocrática e desnecessária.

Agora, no que tange ao inciso primeiro, alínea “B”, foi designado como requisito para admissibilidade do recurso, a consonância da tese firmada pelos tribunais superiores, ou seja, estando a decisão de primeiro e/ou segundo grau de acordo com o entendimento das Cortes Supremas, não há possibilidade de um novo exame, não abrindo hipótese para falar de superação do entendimento.

Caso a intenção do procurador seja garantir a aplicabilidade do precedente, nitidamente não haverá nenhum problema, mas se a causa do recurso for a necessidade de superar o precedente, a lei acabou de impossibilitar o atingimento do mister, ao passo que proíbe a admissibilidade de recurso que não esteja de acordo com a tese dos Tribunais Superiores.

Nota-se que para realizar a revogação do entendimento, se faz indispensável a presença da parte com interesse na causa, impossibilitando um procedimento administrativo junto ao STJ e/ou STF, pois seria ausente

a legitimidade de parte, bem como não há condições de um processo administrativo revogar uma tese jurídica, que por sinal, auxilia no regramento dos jurisdicionados.

Porém, ante a expertise dos doutrinadores no assunto, foi desenvolvidos algumas técnicas para possibilitar contornar esse duplo juízo de admissibilidade, através do próprio Recurso Especial Cível e Recurso Extraordinário (argumento específico), agravo para destrancar recurso, Agravo Interno, Reclamação junto aos Tribunais Superiores e Ação rescisória.

Nessa pesquisa, o tema a ser enfatizado serão os Recursos Especiais Cíveis (Resp) e Recurso Extraordinário (Rext), sendo reforçada com uma petição dirigida as Cortes Supremas.

7 RECURSO ESPECIAL CÍVEL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Resp e o Rext, são considerados a primeira possibilidade de alcançar a superação dos precedentes, posto que é a oportunidade inicial do operador do direito, em tentar fazer o processo chegar ao exame dos Tribunais Superiores, que possuem competência para superar a tese jurídica debatida.

Os dois recursos são cabíveis em face dos acórdãos proferidos pelas Cortes de Justiça, com o prazo de 15 (quinze) dias para sua interposição.

No que tange a previsão legislativa desses procedimentos recursais, além de ter sido positivado no art. 1.029, do Código de Processo Civil, possuem garantias constitucionais, nos artigos 102 e 105, da CF Cidadã. (ARAÚJO JR, 2018).

Em relação a matéria ser debatida, denota-se que ambos os recursos possuem o intuito exclusivamente de discutir questões de direito, ou seja, com o esgotamento das vias ordinárias, torna-se imutável as questões fáticas nelas apuradas, a partir desse momento, só é possível debater acerca da aplicabilidade da lei em relação ao fato jurídico apresentado aos autos. Na verdade, essa situação é basicamente o conceito do duplo grau de jurisdição, permitindo em primeiro e segundo grau a discussão de toda matéria do processo (fatos e direito), mas posteriormente, aos Tribunais Superiores, somente o Direito.

Em uma explicação mais prática, esclarece que a parte não pode interpor um recurso pugnando para os ministros reapreciarem a perícia, dando maior valoração ao que foi invocado pelo expert, porém, é perfeitamente cabível apontar que a perícia foi realizada de maneira equivocada, indo na contramão dos dizeres da lei federal. Na hipótese do perito, a lei descumprida é o próprio CPC, portanto, sendo objeto de discussão junto ao STJ.

Não obstante, se o caso em concreto versar sobre a não permissibilidade da parte ter arrolado testemunhas no processo ou tenha ocorrido o indeferimento da prova pericial, desde que necessário, o recurso será feito com base na violação da ampla defesa. Logo, o objeto de discussão será junto ao STF, pois se trata de matéria constitucional.

Bom, como explanado anteriormente, realmente o exame de admissibilidade será um problema para essas espécies recursais, mas se apegando

a técnica argumentativa, o procurador da causa poderá ser criativo e buscar a admissibilidade dos recursos inovando, ao menos, por duas formas diferentes.

A primeira delas e mais lógica, trata-se de antecipar ao próprio inciso primeiro do art. 1.030, do CPC. Ora, sabendo que a regra é negar seguimento aos recursos que vão na contramão dos tribunais superiores, incumbe aos procuradores da causa alegar nas preliminares que o objetivo do recurso é revogar o precedente judicial invocado em primeiro e/ou segundo grau.

Nitidamente o argumento não será feito de forma geral e genérica, mas apurando as circunstâncias que demonstre a necessidade de superar a tese jurídica firmada, como debatendo sobre a eventual inconsistência sistêmica, incongruência com o contexto social e/ou alteração na concepção geral do direito, fazendo uma espécie de método comparativo e argumentativo.

Outro ponto que pode ser utilizado para reforçar essa preliminar, são hipóteses em que as Cortes Supremas já informaram a necessidade de superar os precedentes num futuro próximo, mas ainda não o fizeram, ou seja, os Tribunais utilizaram da técnica de sinalização, objetivando dar menor segurança jurídica e previsibilidade ao precedente em vigor.

As situações aqui mencionadas devem ser levantadas seriamente, acompanhadas com provas que visam fortalecer os argumentos recursais. Do contrário, a prática reiterada de alegações generalistas, podem acabar banalizando a técnica e, conseqüentemente, não sendo aceita pelas cortes.

Então, em linhas gerais, a ideia é em sede preliminar do recurso, pedir a não aplicação do art. 1.030, I, do CPC, em razão da necessidade da superação do precedente que impediria a subida do recurso.

A segunda técnica possível de ser aplicada para superar os precedentes judiciais, foi abordada por Bruno Fuga, em sua obra “Superação de Precedentes”, a qual relata a possibilidade de dirigir a petição ao STJ e/ou STF, argumentando a necessidade da superação do precedente.

Em relação aos aspectos legais para efetivar essa técnica, devemos observar o § 5º, do art. 1.029, do CPC. Assim, pugnando pela concessão do efeito suspensivo do recurso, demonstrando a necessidade da superação do precedente. (Lei nº 13.105/2015).

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...)
§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: (...)

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

Analisando o artigo mencionado, claramente a lei não faz referência prevendo essa situação específica, mas como o CPC possui o histórico “rols” exemplificativos, nos permitindo a construção desta hipótese.

Inclusive, nessa técnica, a jurisprudência tem sido favorável aos procuradores que buscam revogar o precedente judicial, pois ainda no Código de 1973, a saudosa Ministra Denise Arruda (Desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná, que dá nome ao Centro Judiciário da Capital), admitiu petições direta na corte, a fim de possibilitar a subida do recurso – AgRg MC 12343. (FUGA, 2020).

Além do mais, recentemente o STJ tornou a admitir petições endereçadas diretamente aos Tribunais Superiores, informando a necessidade da superação dos precedentes, mesmo antes da própria Corte de Justiça realizar o exame provisório de admissibilidade. (FUGA, 2020).

AgInt no TP 18/SP. Agravo interno no pedido de tutela provisória (...). 1. É possível a concessão diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade na origem, quando efetivamente demonstrada, além dos requisitos próprios da tutela de urgência, situação manifesta ilegalidade ou teratologia. Data de publicação/Fonte. Dje 18/04/2017.

Dessa forma, observa-se que é plenamente possível a parte interpor o Recurso Especial Cível e/ou Recurso Extraordinário, utilizando dos dois argumentos apresentados na presente pesquisa, preliminarmente alegando a não aplicação do art. 1.030, I, do CPC e já peticionando junto aos Tribunais Superiores, informando a interposição de um recurso que pretende revogar a tese jurídica firmada, pugnando pela admissibilidade, demonstrando a existência de *fumus boni iuris*.

Assim, sendo aceito o exame de admissibilidade, fica dispensado eventual agravo, reclamação ou até mesmo ação rescisória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pois bem, conforme exposto no presente artigo, denota-se que o novo Código de Processo Civil inovou ao importar a Teoria dos Precedentes Judiciais Obrigatórios, mas sem utilizar da melhor técnica legislativa.

Entretanto, acrescido a isso, destaca-se que a Lei nº 13.256/2016, a qual contribuiu para dificultar a sistemática apresentada no novo código, pois o que havia sido estudado por juristas extremamente renomados, por aproximadamente 5 (cinco) anos, foi alterado ainda no período de *vacatio legis*.

Todavia, à luz da melhor doutrina, foi possível importar conceitos e técnicas do direito anglo-saxão, adaptando ao nosso ordenamento jurídico, a fim de não inviabilizar a teoria dos precedentes judiciais, que, por sua vez, busca contribuir com a segurança jurídica e a previsibilidade.

Sobre o tema, percebe-se que a problemática se mantém quando surge a necessidade de realizar a superação dos precedentes judiciais, mesmo na presença da alteração na concepção geral do direito, inconsistência sistêmica e incongruência social.

Contudo, a doutrina vem desenvolvendo técnicas para que seja possível levar o processo junto aos tribunais superiores, de modo que possa contornar a barreira da jurisprudência defensiva.

Sabe-se que é muito comum o ajuizamento da ação rescisória, reclamação junto aos tribunais superiores, agravo para destrancar Resp e/ou Rext, agravo interno e principalmente, o Recurso Especial Cível e Recurso Extraordinário.

Esses dois últimos procedimentos recursais, objeto da presente sugestão doutrinária, por meio da qual foi analisada possíveis teses para afastar a aplicabilidade do dispositivo (que busca a superação) e que fortalece a conhecida “jurisprudência defensiva”, devem ser oxigenados a fim de evidenciar a possibilidade de pedir a intervenção das Cortes Supremas para admitir o recurso que pretende revogar a tese em discussão.

Dessa forma, conclui-se que não é impossível revogar os precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico, pois também foi colacionado a pesquisa de casos que obtiveram sucesso utilizando a técnica abordada. Entretanto, não se olvida destaca que é uma atividade complexa.

Contudo, enquanto não surge um projeto de lei para melhor regulamentar toda estrutura da teoria dos precedentes judiciais, cabe aos intérpretes do direito continuar fomentando a discussão, objetivando constituir teorias e desenvolver melhores fundamentações, a fim de contornar a jurisprudência defensiva, nas hipóteses em que haja necessidade de superar de determinada tese jurídica firmada pelas Cortes Supremas.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e Evolução do Direito, Direito Jurisprudencial. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ARAÚJO JR, Gediel Claudino . Prática de Recursos no Processo Civil. 5. ed. São Paulo. Atlas - Gen, 2018.
- BRASIL, Código de Processo Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Identificação dos Precedentes Judiciais: Criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão. 1. ed. Londrina. Thoth, 2021.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. 1. ed. Londrina. Thoth, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Nas Cortes Supremas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes da Persuasão à Vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. 1. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA: UMA ANÁLISE PRECEDENTALISTA ACERCA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Jaime Domingues Brito⁴⁵⁰

Tiago Domingues Brito⁴⁵¹

Wellington Aparecido Prado Carvalho⁴⁵²

INTRODUÇÃO

Ante o crescente número de ações pleiteadoras de indenizações por danos morais nas relações de consumo, tornou-se imperioso delimitar o alcance das lesões extrapatrimoniais. Isso decorre porque não há critérios definidos na legislação brasileira e uniformidade nos julgamentos regidos pelo Direito do Consumidor capazes de fazer a devida distinção entre o dano moral e o mero aborrecimento, mágoa ou insatisfação decorrente da vida em uma sociedade complexa.

Duas são as acepções quanto à definição do mencionado dano, uma vez que a doutrina se divide entre os que o identificam com a própria alteração do estado anímico, espiritual ou psicológico do indivíduo, e os que sustentam ser o dano moral lesão a determinadas categorias de direito.

Para a primeira corrente, a condição para a reparabilidade moral é a ocorrência de dor, sofrimento, tristeza e humilhação experimentados pelo ofendido. Logo, tais estados de espírito que sofre a vítima constituem o dano moral em si mesmo, e não sua consequência e repercussão. O dano moral residiria, então, na própria impressão psíquica decorrente dessa perda.

Já para a segunda corrente, o dano moral é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos. Sustenta ser premissa para sua reparação a violação aos direitos da personalidade, os quais se encontram em constante expansão, pois a cada dia há um novo enfoque da personalidade humana elevado à condição de direito juridicamente protegido. Assim, os danos morais seriam qualificados no plano valorativo da personalidade do homem ou da reputação e consideração social no meio em que vive, ao passo que a existência de atividade lesiva ou danosa é requisito configurador para tal dano.

Nascido das decisões do Poder Judiciário e com o intuito de impedir a banalização do direito e a “massificação” da ofensa extrapatrimonial, o uso do termo “*mero dissabor*” acabou por desviar-se da própria finalidade punitiva, pedagógica, reparatória ou compensatória do arbitramento de uma indenização.

⁴⁵⁰ Doutor em Direito pela ITE de Bauru. Mestre em Direito pela UENP. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

⁴⁵¹ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor do Curso de Graduação em Direito e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos.

⁴⁵² Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Isentar o causador do dano de uma reparação moral implicaria em enriquecimento ilícito sem causa, ainda que não tenha este efetivamente auferido ganho com a sua ação, mas pelo simples fato de deixar de despende o que se lhe exige. Já aquele que sofreu o dano injusto teria que arcar com todo o ônus.

Assim, evitar que ocorra o enriquecimento ilícito por parte do lesionado não seria uma forma de acabar por enriquecer ilicitamente o causador do dano, além de afrontar constitucionalmente os direitos personalíssimos, o dever de indenizar e, principalmente, o próprio consumidor?

O presente estudo focar-se-á na análise da utilização da expressão “*mero dissabor*”, que tem, de forma direta, atingido as relações de consumo, mediante a constatação de inexistência de ofensa moral. Frequentemente aplicada, com erronia, pelo Poder Judiciário, a expressão acima mencionada está vinculada às contrariedades e divergências quanto à definição do dano moral, que tem gerado arbitrariedades, imprevisibilidades e incertezas jurídicas.

Finalmente, por meio de uma investigação dos pressupostos que envolvem a responsabilidade de indenizar, o dano moral e a utilização do termo “*mero dissabor*” sob o viés do Código de Defesa do Consumidor, empenhar-se-á em descobrir a solução mais plausível e possível para o combate às ações banais e protelatórias, sem que haja o julgamento descomedido da irreparabilidade moral, o qual desestimula sujeitos de direitos a pleitearem suas devidas compensações, e sem que também subsistam decisões judiciais díspares, arbitrárias e desprovidas de fundamentação para hipóteses semelhantes.

1 O USO DO TERMO MERO ABORRECIMENTO NOS JULGADOS CONSUMERISTAS

Diante da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, já reconhecida em todos os países do mundo ocidental, conforme Resolução n. 29/248 da Organização das Nações Unidas, e no Brasil com o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, além do art. 4º, I, do CDC, há uma proteção do Estado para que tutele a parte mais fraca nas relações jurídicas que se mostrem em conflito (ALMEIDA, 2015, p. 40).

Explica João Batista de Almeida (2015, p. 38):

A tutela não surgiu assim aleatória e espontaneamente. Trata-se, como se vê, de uma reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, bem como a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual que já não tutelavam novos interesses identificados como coletivos e difusos. A seu turno, o Estado abandonou sua posição individualista-liberal para assumir um papel social mais intenso, intervindo na economia para garantir os direitos e interesses dos

consumidores. A tutela surge e se justifica, enfim, pela busca do equilíbrio entre as partes envolvidas.

Nesse cenário de proteção ao consumidor e ampla reparabilidade da lesão extrapatrimonial constitucionalmente assegurada, surge o fenômeno da banalização do dano moral, devido a inúmeras possibilidades de admissão de indenização decorrente dessa lesão, ao sobrecarregar o sistema judiciário com incontáveis ações, às vezes, desnecessárias, além de transformar específico dano em uma verdadeira indústria, movendo a máquina do Judiciário com o intuito de se apoderar desse amparo do Estado.

Nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 52):

Este ambiente de indenizações a todo vapor, normalmente a baixo valor, aliado a loterias e enigmas, está a resultar na desmoralização do dano moral, e, conseqüentemente, da dignidade humana. Quando tudo se pode indenizar, passa-se a acreditar que tudo tem seu “preço”, transformando, por essa via, todas as situações jurídicas subjetivas, inclusive as extrapatrimoniais, em situações patrimoniais, sob um certo sentido, na medida em que passíveis de indenização em dinheiro.

Contudo, não se deve estender e abarcar toda ação indenizatória consumerista a título de ressarcimento por danos morais como infundada e sem qualquer essência jurídica, na qual o menor desconforto ou percalço é invocado como aparato fático para fundamentar toda pretensão dessa natureza. Aduz Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 113):

Nesse contexto, deve-se atentar para o risco da generalização, ao se pretender atribuir aos consumidores os ônus de uma denominada “indústria do dano moral”. Não se pode esquecer a dimensão coletiva que assumem as relações de consumo na sociedade contemporânea. Somos milhões de usuários de planos de saúde, milhões de usuários de serviços de telefonia, milhões de usuários de serviços financeiros, milhões de usuários de serviços públicos e por aí vai. Práticas e cláusulas abusivas lesam, indistintamente, milhões de consumidores. E se cada um deles viesse a juízo reclamar os seus efetivos direitos? Diríamos estar diante de uma “indústria”? Em caso positivo, quem a fomentou? Por certo, não foram os consumidores. Estes são as vítimas! O que não se pode fazer é banalizar o dano moral.

Assim, ante o crescente número de ações de indenizações por danos morais em variadas situações de consumo, tornou-se necessária a análise da aplicação da reparação de tais danos, por meio do estudo da responsabilidade civil, do dano moral e da utilização do termo “*mero aborrecimento*” nas decisões regidas pelo Direito do Consumidor.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2015, p. 01) e Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 19), a responsabilidade civil consiste em restaurar o equilíbrio e a harmonia violados pelo autor do dano. Com o desenvolvimento comercial e o fomento das relações consumeristas, a responsabilidade civil objetiva, baseada na existência do risco, passa a caracterizar como regra o Código de Defesa do Consumidor (TARTUCE, 2014, p. 308). Porém, afirma Maria Helena Diniz (2015, p. 525), quanto aos profissionais liberais, ser a responsabilidade destes objetiva somente se a obrigação for de resultado, uma vez que sendo obrigação de meio, subjetiva será sua responsabilidade.

Porque a responsabilidade objetiva dispensa a análise da conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano, três se tornaram os elementos essenciais da responsabilidade civil nas relações de consumo: a ação ou omissão, o dano e o nexo causal entre o dano e a ação (DINIZ, 2015, p. 152).

Ninguém pode ser responsabilizado sem a existência de um dano a um bem jurídico resultante de comportamento do agente (DINIZ, 2015, p. 53-54). Com enfoque no dano moral, duas são as teorias quanto à sua definição. Adepto da primeira corrente é o autor Augusto Zenun (1998, p. 127, grifo do autor), “para nós, o conceito de *dano moral* está nos sentimentos, nos sofrimentos, oriundos da *dor*, que causa sulcos profundos na alma e no corpo”. E aclara (1998, p. 123), “a dor, pode-se dizer, é um antecedente, do qual são consequentes os sofrimentos, os sentimentos que hão de ser e precisam ser arredados ou, no mínimo, minorados, pelo que se reparam tais consequências, tais sequelas”.

José de Aguiar Dias (2006, p. 1006) interpreta da mesma forma, no sentido de que o dano moral é a reação psicológica, a dor física e moral experimentada pelo homem em consequência da lesão.

Já para a segunda corrente, Carlos Roberto Gonçalves, ao segui-la, delibera (2010, p. 377):

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Maria Helena Diniz (2015, p. 111) compreende também ser o dano moral, na verdade, lesão ao direito da personalidade. Deveras, “‘o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento’ (Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil)” (DINIZ, 2015, p. 111).

Sustenta Yussef Said Cahali (2005, p. 22) e Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 02, grifo do autor) ter ocorrência o dano moral na esfera da subjetividade ou no domínio valorativo da pessoa na sociedade, “alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da *intimidade* e da *consideração pessoal*’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da *reputação* ou da *consideração social*’)”.

Assim como para os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 107), “dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

Malgrado a doutrina majoritária sustente ser identificado o dano moral como ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos, especialmente lesão de bens que integram os direitos da personalidade, nota-se haver uma tendência jurisprudencial de sobrepor a análise de alteração do estado psicológico do indivíduo em detrimento da própria existência da ofensa lesiva, e isso se deve principalmente pela inobservância dos pressupostos da responsabilidade civil. “Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços” (MORAES, 2003, p. 12).

Ademais, enfatize-se que mesmo reconhecida a responsabilidade civil do fornecedor nas relações consumeristas, muitos consumidores deparam-se com o termo “*simples desgosto*” como causa não indenizatória de danos morais, tendo tal expressão, de fato, coibido os lesionados a postularem sua devida indenização, os quais não querem valer-se de tamanho embaraço e insatisfação.

Seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido. Seria o mesmo que afirmar à própria vítima: causei a você um agravo moral, porém não reclame a reparação pecuniária, porque isso te desacreditaria frente aos demais. Importaria em penetrar na intimidade da consciência do ofendido para julgar os motivos internos que o impulsionam a pedir e a aceitar a reparação pecuniária, de cuja moralidade ele, e somente ele (o ofendido), é o juiz (SANTOS, 2003, p. 62).

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 20), o problema, então, da responsabilidade civil encontra-se justamente em determinar “as condições em relação às quais um dano deve ser suportado por um sujeito ou por outro, isto é, pelo agente causador ou pela própria vítima”. E isso se deve ao fato de ainda haver contrariedades e divergências quanto à intrínseca definição do dano moral.

O uso do termo “*mero aborrecimento*”, nascido das decisões do Judiciário, surge como uma tentativa dos tribunais de combaterem a banalização do direito e a “*indústria do dano moral*”, por meio da constatação da presença de simples dissabor como causa não ensejadora de reparação, ao caracterizarem o dano moral com o próprio resultado que provoca, como um só fenômeno. Portanto, prevalece a corrente jurisprudencial de que não há dano moral sem dor, padecimento ou sofrimento (físico ou moral).

Segundo o dicionário Aurélio da língua portuguesa (2010, p. 259), dissabor é um sentimento ou sensação de mágoa, tristeza, desconforto ou descontentamento causado pela frustração de uma expectativa. Os julgadores têm compreendido a expressão como um trivial desprazer ou contratempo da vida cotidiana dos consumidores, inerente à vida em sociedade e, por não ser intenso ou duradouro o suficiente a ponto de romper o equilíbrio psicológico do ofendido, deve ser suportado por este.

Atualmente, portanto, o critério que tem sido adotado pela maioria dos julgamentos consumeristas, mesmo quando há o reconhecimento de ação ilícita, dano moral praticado à vítima e nexos de causalidade entre o ato lesivo e o dano, é de se exigir que delineada ofensa moral, além de configurada, seja exacerbada a ponto de causar uma comoção ou perturbação psíquica. Saliente-se que “tais estados psicológicos, porém, constituem não o *dano* em si, mas sua *consequência* ou *repercussão*”, isto é, “o dano (fato logicamente antecedente) não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou na alma da vítima (fato logicamente subsequente)” (ANDRADE, 2003, grifo do autor).

Dessa maneira, as dores, as angústias, as aflições, as humilhações e os padecimentos que sofrem as vítimas de um evento danoso são estados de espírito de algum modo contingentes e variáveis em cada caso, sentidos ou experimentados por meio de diferentes formas, cada uma a seu modo, por não constituírem mais do que a consequência ou repercussão do dano moral (ANDRADE, 2003).

Aliás, não se pode deixar de apontar a enorme incongruência da jurisprudência nacional e da doutrina, aos que insistem em definir o dano moral como dor, vexame, tristeza e humilhação, mas que de outro lado, defendem a ideia de que as pessoas jurídicas são passíveis de sofrer dano moral. Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 192), “das duas, uma: ou bem não mais se sustenta aquela definição – e outra, mais ampla, faz-se necessária -, ou bem a pessoa jurídica, pela sua própria natureza, não tem legitimidade para tal tipo de compensação”.

2 LESÃO A DETERMINADAS CATEGORIAS DE DIREITO: DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO À INDENIZAÇÃO

A utilização do termo “*mero aborrecimento*” como justificativa para a irreparabilidade em ações judiciais que preenchem todos os elementos essenciais da obrigação de indenizar é uma afronta a determinadas categorias de direito: aos direitos da personalidade e ao dever de indenizar dano injusto.

Aos direitos da personalidade, pois se observa com certa frequência nos julgados uma tendência de não aplicação da conexão entre dano e direito

personalíssimo, por preferirem utilizar a noção subjetiva das ofensas morais. Assim, quando não há norma constitucional expressa quanto ao direito personalíssimo, como no caso da “tranquilidade”, aplica-se de forma precária o conceito de trivial descontentamento da vida cotidiana como justificativa de exclusão da reparação.

Ora, os tribunais brasileiros têm se esquivado da própria concepção do dano moral como transgressão aos direitos da personalidade (art. 186, CC), ao utilizarem citado dano como “válvula de escape” no enfrentamento da problemática, já que mensurar o sofrimento, a dor e o constrangimento sofridos não são dados juridicamente tateis e, uma vez ausentes, não são considerados passíveis de indenização (BARROS NETO, 2013).

No entanto, elucida com razão Adalberto Pinto de Barros Neto (2013):

O que de fato interessa na aferição da existência ou não do dano moral, no caso concreto, é a ocorrência fática de uma transgressão a um dos atributos dos direitos da personalidade, sendo, para fins de concessão de indenização, independente da análise do “grau de dor” sofrido pela pessoa. Para burilar o raciocínio esboçado, traz-se à colação um exemplo assaz elucidativo fornecido por Anderson Schreiber: “A reportagem que ataca, por exemplo, a reputação do paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação” (SCHREIBER, 2011, apud BARROS NETO, 2013).

Constitui dano moral, em vista disso, a lesão a qualquer componente da dignidade humana, a qual se encontra fundada em quatro substratos, ou seja, nos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Em vez de uma gradação precária da esfera extrapatrimonial da vítima, a relevância será de acordo com os atributos morais da pessoa humana. Dessa forma, uma vez estabelecida a conexão da lesão com esse núcleo fundamental, isto é, a dignidade da pessoa humana, aquela deverá ser indenizada, não importando o grau subjetivo de sofrimento da vítima, nem mesmo sob o critério do homem médio (MORAES, 2003, p. 117).

Então, reconhecida a lesão, ainda que em grau menor, a solução plausível não será o indeferimento de sua reparação, porque quaisquer ofensas, sejam elas em pequena, média ou grande extensão, deverão ensejar uma indenização proporcional:

Aliás, é essa a lógica do sistema: agride-se muito, paga-se muito, agride-se pouco, paga-se pouco; e não: agride-se pouco, paga-se nada, apesar de sempre se apregoar que a “dignidade humana não consiste em um conceito de aplicação matemática” (SCHREIBER, 2011, p. 8), mas essa

é a realidade arraigada na praxe jurídica brasileira. Caso reconheça-se o “mero dissabor”, reconhece-se uma violação, conquanto minorada, à dignidade humana, logo, enseja uma indenização proporcional ao dano sofrido. Agora, em casos de inexistência de dano moral, de fato, não se pode dar enchança à ação indenizatória (BARROS NETO, 2013).

Quanto ao direito à indenização, com esteio nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 175), verifica-se no momento atual uma mudança na teoria da responsabilidade civil, com a substituição da noção de ato ilícito pela de dano injusto, este mais amplo e social.

Assim (MORAES, 2003, p. 179), “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. A noção de dano injusto é que “na ponderação dos interesses em jogo, sempre à luz dos princípios constitucionais, o interesse da vítima, desde que componente de sua dignidade, não pode ficar irressarcido” (MORAES, 2003, p. 324).

Não é compreensível que a vítima suporte agressões e o autor do dano fique protegido, pois “o que torna hoje preferível proteger a vítima em lugar do lesante, é justamente o entendimento (ou, talvez, o sentimento) da consciência de nossa coletividade de que a vítima sofreu injustamente; por isso, merece ser reparada” (MORAES, 2003, p. 179).

De sorte que há que se reconhecer o fato de que o emprego do termo “*mero enfado*” está atrelado à existência de dano injusto, visto que o dano moral não se configura somente com a existência de transtornos significativos e ocasionadores de alterações psicológicas, muito menos com a suficiência de uma lesão aos direitos personalíssimos, e sim com a constatação de condutas que, mesmo lícitas, não sejam razoavelmente aceitas pela sociedade de consumo. Presente o dano injusto, a reparação moral será devida, a fim de que o consumidor vulnerável não arque com o mal indevido e que, reflexamente, os efeitos da justiça sejam suportados por quem o lesou.

3 A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Grande dificuldade há na delimitação dos danos morais indenizáveis, devido à complexidade de distingui-los de efetivos desconfortos de dissabores, receios ou insatisfações triviais decorrentes das relações sociais. Depreende-se dos acórdãos a seguir esboçados esse completo dissenso quando se trata de verificar, nas concretas circunstâncias, a presença ou ausência do dano moral:

APELAÇÃO CIVIL RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO

- MOSCA DOMÉSTICA NO ALIMENTO ADQUIRIDO. VIOLAÇÃO DO DIREITO A SEGURANÇA ALIMENTAR. EMPRESA QUE DESCUMPRE O DEVER DE ASSEGURAR A INCOLUMIDADE NO PROCESSAMENTO E A HIGIEDEZ DO ALIMENTO POSTO A DISPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR. VÍCIO DE QUALIDADE COMPROVADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 12, CAPUT E I, E 18, CAPUT, § 6º TODOS DO CDC. ARBITRAMENTO DO “QUANTUM” INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. INDENIZAÇÃO QUE SOBRETUDO DEVE ATENDER AO CARÁTER PROFILÁTICO PUNITIVO. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. RECURSO ADESIVO DE SADIA S.A. CONHECIDO E NO MÉRITO NÃO PROVIDO. [...] Em relação ao dano moral, não se exige a ingestão do alimento impróprio para sua configuração, tendo em vista que a potencial exposição do consumidor a risco já basta, tendo em vista a obrigação de observância de sua segurança alimentar. Isso decorre da constatação de que o produto contendo uma mosca em seu interior não atende aos padrões mínimos de saúde exigidos, e é suficiente para causar a sensação de insegurança e medo quanto à qualidade do bem. Ora, não é crível que se exija do consumidor a comprovação da ingestão do alimento contaminado para só então ser reconhecido o direito ao abalo moral, especialmente quando é manifestamente notório o defeito no produto alimentício. No caso concreto, a situação de repugnância e medo vivenciada pelas autoras apelantes autoriza a indenização por danos morais, aplicando-se, também, o caráter punitivo/pedagógico da responsabilidade civil, como forma de reprimir a conduta desidiosa da recorrente. [...] Assim, face o contido na jurisprudência deste Colendo Tribunal, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, consideradas as circunstâncias do caso em apreço e o caráter didático-pedagógico da pena, estou em dar provimento ao apelo das autoras majorando o valor da indenização por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada uma das autoras. (PARANÁ, Tribunal de Justiça; Apelação Cível nº 1136213-3, Relator: José Sebastião Fagundes Cunha, 2014).

Todavia, já decidiu, a propósito, o mesmo Tribunal em comento, sobre caso similar:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DIREITO DO CONSUMIDOR - PRODUTO

ALIMENTAR IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO – NÃO INGESTÃO - PRESENÇA DE INSETO EM GARRAFA DE REFRIGERANTE - DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1. “A indenização por dano moral objetiva atenuar o sofrimento, físico ou psicológico, decorrente do ato danoso, que atinge aspectos íntimos e sociais da personalidade humana. Na presente hipótese, a simples aquisição do produto danificado, uma garrafa de refrigerante contendo um objeto estranho no seu interior, sem que se tenha sido ingerido o seu conteúdo, não revela, a meu ver, o sofrimento descrito pelos recorrentes como capaz de ensejar indenização por danos morais.” (STJ, AgRg no AG 276671/SP, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito). [...] Nos termos do art. 927 do Código Civil, para a obrigação de indenizar, decorrente da responsabilidade civil - subjetiva ou objetiva - é indispensável a existência de dano decorrente de um ato ilícito. Assim, como no presente caso, não havendo dano concreto e efetivo, não há que se falar em indenização, mesmo que existisse o ato ilícito. [...] Assim, vez que no presente caso não restou comprovado que o autor sofreu maiores consequências desse embate, pois os dissabores relatados nos autos são inerentes às relações humanas, não há se falar em direito à indenização por danos morais. Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente recurso de apelação, para manter a sentença objurgada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação interposta. (PARANÁ, Tribunal de Justiça; Apelação Cível nº 312320-4, Relator: Carvilio da Silveira Filho, 2008).

De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, porém há a necessidade de uniformizar e dar estabilidade aos julgamentos consumeristas, a fim de conceder isonomia entre os envolvidos e fazer renascer o espírito destes em considerar o Poder Judiciário como genuíno aplicador equânime do direito.

Contudo, a solução mais plausível não seria a criação de tarifas:

A falta de legislação específica nessa problemática tem gerado, todavia, decisões díspares e incongruentes. De qualquer modo, em princípio, a tarifação ou qualquer estudo matemático não é critério adequado para danos

morais em geral, porque amordaça a distribuição da Justiça: como é ainda nova a disseminação dessa modalidade de indenização em nossos tribunais, chegar-se-á, certamente, em breve tempo, a balizamento razoável imposto pela própria jurisprudência. Há determinados danos que podem ficar sob o jugo de uma tarifação, como, por exemplo, o dano corporal fisiológico, como já ocorre com os acidentes do trabalho, mas há outros de impossível delimitação (VENOSA, 2015, p. 341).

Por prevalecer a cognição de que a indenização por danos morais possui caráter compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor, apesar de se compensar algo que, em alguns casos, é impagável e difícil de avaliar, a reparação não pecuniária não é o melhor remédio para o problema da banalização, visto ser, na maioria dos casos, uma forma atenuante de pena, ao trazer uma sensação de impunidade e indução ao cometimento de novos atos ilícitos para o lesante.

Saliente-se haver casos em que a reparação perfaz-se com uma retratação pública, como forma de conscientização do ato praticado por parte do agente causador de danos, o qual reconhecerá a gravidade de sua conduta perante a sociedade de consumo. Contudo, são situações raras, haja vista ser para o próprio causador do dano moral preferível a compensação deste em pecúnia, ou mesmo ser impossível para aquele a realização de uma retratação.

Demonstra José de Aguiar Dias (2006, p. 124, grifo do autor):

Como princípio essencial, é, como a prevenção, elemento da conservação da ordem social. Se o considerarmos assim, não há dificuldade em reconhecer a obrigação de reparar por parte dos menores, loucos e, em geral, das pessoas privadas de discernimento. Só com a ideia de prevenção e de sanção restitutiva, é preciso convir, essa responsabilidade não assentará em base segura, porque o louco, por exemplo, é insensível ao *aviso* e, quanto à sanção, tampouco alcançaria o legislador o menor efeito sobre ele. Assim, concebendo a sua responsabilidade como fundada no princípio da restituição, não há que cogitar da repreensão que tenha sobre ele, psicologicamente, a obrigação de reconstituir o estado anterior: o seu patrimônio compõe o dano e com isto se opera a satisfação do interesse social da restituição.

Ainda que tenha surgida a tese da despatrimonialização da reparação como forma de combate ao enriquecimento sem causa dos consumidores, por terem estes um acréscimo em seus bens mediante ações mercenárias, quando o valor julgado para a compensação do dano moral ultrapasse o real montante

do dano suportado pela vítima, porém sem que haja uma situação jurídica que fundamente tal causa, tudo isso obstará a compensação de má-fé pelo ofendido. Todavia, também impedirá uma efetiva punição ao agente causador do dano, pois, ao compensar o lesado de outra maneira que não seja por meio de pagamento em dinheiro, dificultará uma verdadeira repressão ao causador da ofensa. Para Sílvio de Salvo Venosa (2015, p. 338-339), quem for condenado por vultosa quantia pensará muito em causar danos morais novamente.

Além do mais, para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 302), a sentença de arbitramento de dano moral é razão jurídica suficiente para afastar o enriquecimento injustificado, pois a reparação, “se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana”, é mais do que sustentável, é devido (MORAES, 2003, p. 302).

Nesse contexto de disparidades de decisões aplicadas pelos magistrados e de luta contra a banalização do dano extrapatrimonial, a melhor resposta encontrada para evitar essa dicotomia e combater ações de indenizações por danos morais com intuítos banais e protelatórios, mas sem impedir que sujeitos de direito postulem suas indenizações, seria a criação de precedentes vinculativos nos tribunais brasileiros.

Precedentes referem-se aos aspectos que envolvem decisões, sentenças, ao conteúdo do que no direito brasileiro se traduz em súmulas, persuasivas e vinculantes, além daquilo que se interpreta como determinante para o julgamento de novos casos.

A ideia de tratar-se dos precedentes surgiu no país com a reforma do Poder Judiciário, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/04, que fomentou discussões acerca da oportunidade de atribuir força obrigatória a algumas decisões judiciais (FOGAÇA; BRITO, 2014). Desse modo (FOGAÇA; FACHIN, 2014), “com o declínio do positivismo e o afastamento da imagem de um juiz meramente aplicador da lei, passou-se a verificar a necessidade de uniformização e estabilidade das decisões no *civil law*, em prestígio à segurança jurídica”.

Dentro do *Civil Law*, trabalha-se com o preceito segundo o qual no interior das decisões têm-se elementos determinantes. Esse fator determinante é entendido pelos juízes em relação a um caso como *ratio decidendi*, isto é, considerações que envolvem o próprio julgamento, as quais são completamente relevantes para o veredito (SIQUEIRA; BRITO, 2013). Em suma, somente deverá ser obrigatoriamente seguida a norma que fora fundamental para o julgamento do caso, enquanto “outras coisas estabelecidas, chamadas *obiter dicta* ou simplesmente *dicta*, não têm força legal” (FOGAÇA; FACHIN, 2014).

No momento em que tribunais se utilizam de precedentes para o julgamento do novo caso que se tem em mãos, surgem três vantagens para o ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, previsibilidade jurídica com relação a decisões similares, ao uniformizar e dar estabilidade à jurisprudência; segurança jurídica à sociedade, pois haverá uma valorização dos precedentes ao aderirem a um método previsível, de forma a conceder aos postulantes uma resposta mais justa e efetiva nos casos de soluções diversas; além de facilitar à jurisdição a aplicação do princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado

e proporcionador da igualdade de tratamento, acesso, procedimento, técnica processual e equidade perante decisões judiciais.

Nessa linha, os precedentes valorizarão decisões pretéritas, com o propósito de preservarem a uniformização da jurisprudência, ao mesmo tempo em que reconhecerão não serem os casos idênticos, mas passíveis de previsibilidade garantida pela obediência ao uso daqueles (RIGOLDI, 2014, grifo do autor).

A localização das razões de decidir será feita pelos juízes e julgadores da Corte e, uma vez delineada a regra, haverá um movimento da jurisprudência em segui-la. Somente assim preservar-se-á a igualdade, estabilidade e previsibilidade jurídica (WAMBIER, 2009, apud RIGOLDI, 2014).

Apesar de a lei não fixar critérios e parâmetros para a reparação dos danos morais, os tribunais têm tentado uniformizar os valores das indenizações em casos semelhantes, ao estabelecerem alguns fatores a serem observados. Dessa forma, “uma série de reformas processuais realizada nos últimos anos veio a disciplinar a utilização de precedentes judiciais, no intuito de estabilizar o direito brasileiro”, com a paulatina introdução, no revogado Código de Processo Civil de 1973, dos arts. 285-A; 518, §1º; 543-A; 543-B; 543-C; 557, caput e §1º (FOGAÇA; BRITO, 2014). Já no Código de Processo Civil de 2015 há uma estrutura básica de tentativa de utilização de precedentes, como se vê, por exemplo, no art. 489, §1º, incisos V e VI:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015).

Observa-se que as disposições supramencionadas trouxeram definitivamente a *ratio decidendi* para dentro do ordenamento jurídico brasileiro. “Não se pode mais aceitar um juiz que se suponha desvinculado de decisões do passado e diuturnamente prolate decisões em sentidos diferentes” (RIGOLDI, 2014). Ora, admitir o precedente judicial concederá à sociedade respostas mais efetivas e justas, sendo “inaceitável [...] que jurisdicionados em situações idênticas submetam-se a soluções diferentes ditadas por decisões judiciais emanadas de juízos e tribunais diversos” (RIGOLDI, 2014).

Em face da possibilidade de o precedente vinculante ser uma verdadeira norma jurídica, frise-se poder um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, criar normas gerais vinculantes e não somente norma individual *sub judice*, “como é o caso do Supremo Tribunal Federal, no momento em que edita

a súmula vinculante” (KELSEN, 2006, apud FOGAÇA; BRITO, 2014):

A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo dito precedente.

Hans Kelsen justifica o fato de o Poder Judiciário ser capaz de criar normas vinculantes, detentoras de efeitos gerais, quando houver lacunas da lei, ou quando a determinação legislativa não for unívoca, mas análoga, oferecendo diferentes possibilidades de interpretação (KELSEN, 2008, apud SIQUEIRA; BRITO, 2013).

No que concerne ao maior desafio para a implantação de um sistema precedentalista com força vinculante, “sem dúvidas, é o de apresentar respostas satisfatórias aos argumentos da obstacularização à evolução do direito e o da violação à independência dos juízes” (FOGAÇA; BRITO, 2014). Ao contrário dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, os quais igualam o descumprimento de decisões vinculantes como um desrespeito à própria Constituição, no Brasil, os precedentes e até os que detêm efeito vinculante não são respeitados e obedecidos (SIQUEIRA; BRITO, 2013).

Interpreta-se incorretamente a eficácia dos precedentes, “a ponto de se ter a falsa ideia de que a função do juiz seria reduzida à condição de mero aplicador mecânico de julgados anteriores”. Porém, ocorre, na verdade, “a busca do juiz do caso sucessivo pela *ratio decidendi* do caso pretérito para, após sua comparação com o novo caso, decidir pela aplicação, afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente” (FOGAÇA; BRITO, 2014):

Realmente, não se verifica qualquer ato de tolher a liberdade de interpretação do ordenamento simplesmente pelo fato de o julgador estar obrigado a observar os julgamentos pretéritos. Isso porque a ele sempre restará margem argumentativa para demonstrar (leia-se: fundamentar) as razões pelas quais um precedente ou súmula vinculante não devem incidir ao caso atual, deixando de aplicá-los (*distinguishing*), quando encontrar razão para tanto.

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 275), sobre a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais, “sua precisa motivação faz-se imperiosa: ela é parte essencial da garantia fundamental do direito a um processo justo; é remédio contra o arbítrio”.

A despeito de servir “exatamente para afastar a incidência do precedente vinculante a novos casos nos quais seja ele invocado” (SIQUEIRA;

BRITO, 2013), não deve o remédio jurídico *distinguishing* ser empregado de modo aleatório pelo juiz, mas com prudência e convincente fundamentação para a não concessão por parte deste.

Ademais, não estará o magistrado a criar um direito novo, “porque, se continuar a seguir o precedente, possivelmente estaria proferindo decisão inadequada, de sorte que a distinção envolve uma declaração negativa” (SIQUEIRA; BRITO, 2013).

Haja vista o fato de não ser estática a *ratio decidendi*, posto que, com o surgimento de uma tese suficientemente capaz de mudar o entendimento, o próprio fundamento determinante da decisão ou do precedente pode ser modificado. E isso se dá, como se sabe, por intermédio do denominado *overruling*, que será executado pela Corte vinculante nos casos em que “a aplicação do precedente, que antes era realizada de maneira pacífica, a partir de reiteradas distinções inconsistentes, não mais será feito da mesma forma”, necessitando de revogação (SIQUEIRA; BRITO, 2013).

Por fim, conclui-se que, ao valerem-se os tribunais do uso de precedentes, evitarão pedidos insignificantes no tocante ao dano extrapatrimonial, uma vez que, por meio daqueles, divulgarão os elementos determinantes para a configuração deste, ao identificarem fatos realmente carecedores de compensação.

Não se trata, pois, de inventar ou descobrir fórmulas ou equações que possam ser aplicadas em todos os casos, como alguns têm procurado fazer. O problema é encontrar os meios de individualizar, adequadamente, os danos sofridos e valorá-los sempre em relação à pessoa da vítima. Se assim se fizer, os valores continuarão, evidentemente, díspares, mas agora em bases racionais, e certamente não se poderá comparar os tribunais a cassinos e loterias, onde apenas a sorte e o azar prevalecem (MORAES, 2003, p. 295).

Assim, muitos pedidos indenizatórios de danos morais protelatórios, infundados e aventureiros serão refreados com a constatação de margens avaliativas mínimas expostas pelos precedentes aos autores dessas ações, os quais só corroboram com a morosidade dos processos judiciais.

Por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, imputar-se-á na Corte brasileira algum valor médio, “que será resultado da repetição de valores atribuídos a casos semelhantes, controlados pela instância superior” (MORAES, 2003, p. 310).

O precedente judicial consolidado, surgido de uma reiterada decisão em casos similares, assinala os valores básicos de onde deve partir a avaliação, para, depois, ajustar-se às circunstâncias do caso concreto. Assim, haverá muito menos

sentenças díspares e mais objetividade na mensuração, contribuindo para dar maior segurança jurídica aos partícipes do drama judiciário (SANTOS, 2003, p. 192).

Ao mesmo tempo, conferirão maior celeridade às prestações jurídicas (BAUM, 1987, apud FOGAÇA; BRITO, 2014), uma vez que “o seguimento do precedente permite que um juiz se baseie na prática anterior em vez de seguir direções novas e talvez perigosas em interpretação jurídica. De um modo mais geral, isto facilitaria a tarefa da tomada de decisões”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização do termo “*mero aborrecimento*” como justificativa para a irreparabilidade do dano moral, pelo dissabor fazer parte do nosso dia a dia, ocorre, muitas vezes, pela confusão do dano com o resultado que ele provoca, sendo vistos como um só fenômeno. No entanto, o ato lesivo (fato antecedente) não deve se misturar à impressão que ele causa psicologicamente na pessoa (fato subsequente), uma vez que o dano é a lesão em si mesma, e não a reação resultante desse mal.

Afastada a necessidade de detrimientos anímicos para a configuração dos danos morais, como estes são fins em si mesmos, pois são impressões emocionais do próprio homem, não podem ser avaliados e mensurados em escalas ou graus. Portanto, uma vez atingido referido bem, configurada estará a reparação em maior ou menor grau, desvinculada de qualquer análise de intensidade da reação interna ou da psique do detentor do direito. Prova disso está no reconhecimento pela doutrina dominante de serem titulares de satisfação dos danos morais as pessoas jurídicas e os incapazes de discernimento, mesmo que isentos de perturbações psicológicas.

Insta afirmar que o mero dissabor existe e de fato deve ser aplicado quando não houver constatação de transgressão a um dos atributos dos direitos da personalidade, inexistência de dano injusto e de elementos essenciais da responsabilidade civil, dado que nem todo transtorno do convívio social gera ressarcimento. Porém, não se deve generalizar e considerar toda ação indenizatória por danos extrapatrimoniais consumeristas como modo de enriquecimento ilícito e conseqüente incentivo à banalização dos danos morais.

A melhor solução encontrada para evitar ações de indenizações por danos morais com intuitos banais e protelatórios sem, porém, obstar que sujeitos de direitos reivindiquem sua compensação, será a utilização de precedentes nas Cortes brasileiras que firmem e possibilitem, com base em fundamento determinante, que esses casos não ensejem a reparação do dano, por se constituírem em meros aborrecimentos.

Previstos no Código de Processo Civil (art. 489, §1º, incisos V e VI), os precedentes judiciais estabelecerão um limite entre o dano moral e o aborrecimento trivial, este igualado à inexistência daquele, ao passo que fornecerão à sociedade previsibilidade, segurança jurídica e isonomia nos julgados consumeristas, além de munirem os cidadãos com condições mínimas para compreenderem o direito e agirem de acordo com ele.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 141-173, 2003. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/a_evolucao_do_conceito_de_dano_moral.pdf. Acesso em: 14 jul. 2015.
- BARROS NETO, Adalberto Pinto de. Mero dissabor: uma real agressão à dignidade humana. In: CONGRESSO XXV ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DA UFF, 2013, Rio de Janeiro. Anais eletrônicos do Congresso XXV anos da Constituição Cidadã. Rio de Janeiro: UFF, 2013. Disponível em: <http://www.dconstitucional.uff.br/index.php/25anos/25anos/announcement/view/1>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2015.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 8 jun. 2015.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 20 fev. 2015.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 fev. 2015.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 27 jul. 2015.
- CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: volume 7: responsabilidade civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- FOGAÇA, Mateus Vargas; BRITO, Tiago Domingues. O caráter normativo das súmulas vinculantes. In: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. Anais eletrônicos do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. João Pessoa: UFPB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=225>. Acesso em: 02 ago. 2015.
- FOGAÇA, Mateus Vargas; FACHIN, Jessica. Os precedentes com efeitos vinculantes do Brasil são idênticos aos precedentes judiciais do Common Law? In: IV SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO, 2014,

Jacarezinho. Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID). Jacarezinho: UENP e Instituto Ratio Juris, 2014. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/siacrid/trabalhos-antigos/funcao-politica-do-processo-ii.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: volume III: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: volume 4: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1136213-3. Recorrente: Ana Paula Fermiano e outra. Recorrido: Sadia S.A. Curitiba, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11758168/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1136213-3>. Acesso em: 11 ago. 2015.

PARANÁ (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 312320-4. Recorrente: Marcelo Bolgenhagen da Silva. Recorrido: Allston Brew d Brasil – Industria e Comercio de Bebidas Ltda. Curitiba, 04 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1765711/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-312320-4>. Acesso em: 11 ago. 2015.

RIGOLDI, Vivianne. A garantia da segurança jurídica pelo respeito aos precedentes e uniformização da jurisprudência na perspectiva do projeto do novo Código de Processo Civil. In: IV SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO, 2014, Jacarezinho. Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID). Jacarezinho: UENP e Instituto Ratio Juris, 2014. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/siacrid/trabalhos-antigos/funcao-politica-do-processo-ii.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2015.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. Precedentes vinculantes: uma análise sob o viés das normas – realidade ou utopia? In: XXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2013, São Paulo. Anais eletrônicos do XXII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: UNINOVE, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=172>. Acesso em: 03 ago. 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: direitos das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 1. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ZENUN, Augusto. Dano Moral e sua reparação. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

O SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E A AUSÊNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DO SISTEMA ITALIANO

Amanda Bortoli de Castro⁴⁵³

Melina Girardi Fachin⁴⁵⁴

INTRODUÇÃO

Ao lado do aparelho das Nações Unidas, o sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos é um dos mais estruturados e antigos. Do mesmo modo que se deu com a estrutura global, surge como meio de contraponto à aversão humanitária cometida durante a Segunda Guerra Mundial – até porque as maiores atrocidades foram cometidas em solo europeu⁴⁵⁵. Sem dúvida, no contexto da justiça internacional de proteção dos direitos humanos, “dos sistemas regionais existentes, o europeu é o mais consolidado e amadurecido, exercendo forte influência sobre os demais”⁴⁵⁶.

A temática conjugada com a variação do contexto bem demonstra as dificuldades que a Comunidade Europeia vem enfrentando neste início de milênio com a integração progressiva dos países do Leste Europeu e, sobretudo, da Turquia. Esse desafio é abordado por Flávia Piovesan:

“um dos maiores desafios do sistema europeu na atualidade é a efetiva incorporação de seus *standards* pelos países da Europa Central e do leste. Observe-se que, diversamente dos sistemas regionais interamericano e africano, o europeu alcança uma região relativamente homogênea, com a sólida instituição do regime democrático e do Estado de Direito. Com a inclusão dos países do Leste Europeu, todavia, maior diversidade e heterogeneidade tem sido agregadas, o que passa a

⁴⁵³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Intercambista na Università di Bologna. Curitiba – BR. E-mail: abortolic@outlook.com.

⁴⁵⁴ Estágio pós-doutoral em direitos humanos pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

⁴⁵⁵ Acerca de seu surgimento leciona Flávia Piovesan: “A compreensão do sistema europeu demanda que se enfatize o contexto no qual ele emerge: um contexto de ruptura e de reconstrução dos direitos humanos, caracterizado pela busca de integração e cooperação dos países da Europa ocidental, bem como de consolidação, fortalecimento e expansão de seus valores, dentre eles a proteção dos direitos humanos.” In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

⁴⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

abarcam o desafio do sistema em enfrentar situações graves e sistemáticas violações aos direitos humanos, somadas a insipientes regimes democráticos e a Estados de Direito ainda em construção”.⁴⁵⁷

Antes mesmo da criação da Comunidade Europeia⁴⁵⁸, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – mais conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos – foi elaborada pelo Conselho da Europa e adotada em 4 de novembro de 1950, sendo este considerado o primeiro instrumento que ampara a defesa dos direitos humanos no sistema regional europeu. Na sequência, no ano de 1959, foi criada a Corte Europeia de Direitos Humanos, prevista nos artigos 19 e seguintes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, com o intuito de assegurar a observância dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados-partes, sobretudo em matéria de direitos humanos.

A Corte é formada por um número de juízes igual ao total das partes signatárias do tratado e está localizada em Estrasburgo, na França. Tendo em vista a expansão do Conselho da Europa desde a adoção da Convenção – o número de Estados-Partes praticamente quadruplicou – em 1998 entrou em vigor o Protocolo nº 11 que ampliou o sistema de judicialização dos direitos humanos, garantindo a todos os cidadãos acesso direto à Corte.

No que diz respeito a essas alterações afirma J.G. Merrills:

“Since the Convention was signed in 1950, membership of the Council of Europe has quadrupled and there has been a corresponding increase in the number of parties to the Convention. This expansion, and in particular the general acceptance of the right of individual application under article 25, generated an ever increasing work load for the Strasbourg institutions. Contributing factors were the dynamic approach of the Commission and the Court to the interpretation of the Convention, which along with the conclusion of new protocols, widened its protection, and the dissemination of knowledge about the Convention, which has encouraged more and more people to explore its possibilities. The developments are, of course, an indication

⁴⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64.

⁴⁵⁸ A Comunidade Europeia – que depois de várias modificações se tornou a hoje conhecida União Europeia – foi inicialmente formada pelo Tratado CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço) no ano de 1952 em que posteriormente foi somado o Tratado de Roma, composto pelos tratados CEE (Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia) e Euratom (Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia da Energia Atômica) em 1957. Só no ano de 1993, em Maastricht, tem-se da institucionalização União Europeia com a TUE (Tratado da União Europeia).

of the Convention's success. But they have also put its institutional machinery under increasing strain and raised the question of how it can be adapted to cope with the new situation. (...) Protocol nº 11 came into force in November 1998 and its main effect is to replace the Commission and the Court of Human Rights with a single fulltime Court able to perform all the functions of the original organs. Although the new Court has the same name as the previous institution, it is a new and quite different organ."⁴⁵⁹

No mesmo sentido, ensina Flávia Piovesan:

“o grande avanço trazido pelo Protocolo n. 11 foi conferir aos indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs acesso direto à Corte Européia, por meio do direito de petição, na hipótese de violação a direito. Indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs passam, assim, a ter pleno *locus standi* perante a Corte Européia. A jurisdição da Corte é prevista agora por uma cláusula obrigatória com aplicação automática. Atente-se que, até o advento do Protocolo n. 11, apenas Estados-partes e a Comissão podiam submeter casos à Corte Européia. A maior parte dos casos, entretanto, era submetida pela Comissão à Corte.”⁴⁶⁰

Em complemento, no ano de 2000, a União Europeia decide criar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, apesar de inicialmente possuir apenas valor político, passa a ser vinculativa após a ratificação do Tratado de Lisboa. A Carta tem como objetivo enumerar

⁴⁵⁹ “Desde que a Convenção foi assinada em 1950, a filiação do Conselho da Europa quadruplicou e houve um aumento correspondente no número de partes da Convenção. Essa expansão, e em particular a aceitação geral do direito de inscrição individual sob o artigo 25, gerou uma carga de trabalho ainda maior para as instituições de Estrasburgo. Fatores contributivos foram a abordagem dinâmica da Comissão e da Corte, para a interpretação da Convenção, que junto com a conclusão de novos protocolos, ampliou sua proteção e a disseminação de conhecimento sobre a Convenção, o que encorajou mais e mais pessoas a explorar suas possibilidades. Os desenvolvimentos são, é claro, uma indicação do sucesso da Convenção. Mas eles também puseram sua máquina institucional sob stress crescente e levantaram a questão de como ela pode ser adaptada para lidar com a nova situação. (...) O Protocolo nº 11 entrou em vigor em novembro de 1988 e seu efeito principal é substituir a Comissão e a Corte de Direitos Humanos por uma única Corte em tempo integral, capaz de realizar todas as funções dos órgãos originais. Embora a nova corte tenha o mesmo nome da instituição anterior, é um órgão novo e bem diferente”. (Tradução Livre) MERRILLS, J. G. The Council of Europe (I): the European Convention on Human Rights. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. An Introduction to the International Protection of Human Rights. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004. p. 299.

⁴⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 73.

os direitos fundamentais não limitando sua aplicabilidade no direito derivado da União Europeia, mas reconhece que os direitos fundamentais devem ser norteadores no momento da interpretação dos tratados instituídos pela UE.⁴⁶¹

É nesta nova e desafiadora⁴⁶² conjuntura que o presente artigo pretende analisar, diante da proteção aos direitos humanos garantida por meio da ratificação de tratados sobre o tema, os impactos da ratificação por um membro da União Europeia de um tratado que verse sobre direitos humanos – considerando as peculiaridades do compartilhamento de soberania dos países que pertencentes à UE e os impactos da Convenção de Europeia de Direitos Humanos – criada pela COE – na União Europeia.

Ao perfazer o estudo dos impactos e da efetividade dos tratados de mesmo tema ratificados no continente americano, temos que, a partir do instrumento do controle de convencionalidade – que, em síntese, analisa a compatibilidade das leis ordinárias aos tratados de direitos humanos –, os tratados internacionais deste tema tomam força e concretude, uma vez que, diante deste mecanismo, deve-se adequar o ordenamento jurídico preexistente ao conteúdo do tratado – desde que este seja mais protetivo.

Após o estudo do controle de convencionalidade, o artigo se volta à pesquisa de semelhante ferramenta no sistema europeu – levando em consideração que a União Europeia é caracterizada pela ausência de um documento que unifique a discussão sobre direitos humanos – e, por conseguinte, investiga se os Estados que dela fazem parte apresentam em seu direito interno um instrumento comparável ao controle de convencionalidade, objetivando assim entender a defesa dos direitos humanos no sistema regional europeu e a eficiência das instituições na promoção dos direitos e garantias fundamentais.

1 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: TRAÇOS ESTRUTURAIS.

A teoria do controle de convencionalidade advém da jurisprudência internacional uma vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos lida com essa ordem de ideias, no entanto, não assim as intitulando. Todavia, consoante expõe Eduardo Ferrer Mac-Gregor, é a partir de 2006, com o julgamento do caso precedente *Almonacid Aureliano v. Chile*, que essa vertente avulta de modo mais expresse na jurisprudência interamericana.

⁴⁶¹ “Gli atti adottati nel quadro del TUE devono essere interpretati dal giudice nazionale in maniera tale che siano rispettati i diritti fondamentali e che sia accertato che l’applicazione delle misure prese sul piano nazionale nell’attuazione di tali atti non sia tale da determinare una violazione dei diritti fondamentali contemplati dall’art. 6 TUE (16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, punto 59).” ADAM, Roberto; TIZZANO, António. Lineamenti di Diritto dell’Unione Europea. 4ª ed. Giappichelli: 2019. P. 122.

⁴⁶² “Ao mesmo tempo que a inovação significou extraordinário avanço, também constituiu um desafio em face do aumento significativo de demandas submetidas à Corte. Se apenas 10 decisões foram proferidas pela Corte em Européia na década de 60, 26 na década de 70 e 169 na década de 80, mais de 800 decisões foram proferidas na década de 90”. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 74.

Nas palavras do autor, o controle de convencionalidade

“consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]. Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH [...]”.⁴⁶³

No Brasil, o caminho jurisprudencial majoritário adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 466.343 é apenas uma dentre as diversas hipóteses sobre a complexa e controvertida matéria. O novo entendimento jurisprudencial merece destaque ao romper com a tese, que tanto prevaleceu no STF, da paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e as leis ordinárias. Não havia, assim, qualquer distinção entre o regime jurídico dos acordos internacionais em matéria comum daqueles que versassem sobre direitos humanos – em flagrante descumprimento à literalidade do § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal. Com essa renovada visão jurisprudencial, confere-se aos tratados de direitos humanos *status* privilegiado, adotando-se, para tais normas internacionais, regime jurídico misto diferenciado dos tratados comuns.

Avançou-se, assim, em novel campo que ora se abre ao direito pátrio: o do controle da convencionalidade das leis que devem ser ajustadas à normatividade internacional dos direitos humanos da qual o Brasil é signatário. Ficou, aquém, pela diferença de um voto, o melhor entendimento de conferir plena constitucionalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, alçando-os ao *locus* que quis o constituinte originário, qual seja, do patamar constitucional.⁴⁶⁴

⁴⁶³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: dez. 2012. p. 340

⁴⁶⁴ Em julgamento recente sobre a matéria, afirmou o Ministro Celso de Mello: “A alta relevância dessa matéria, que envolve discussão em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3.º do art. 5.º da Constituição da República, introduzido pela EC n.º 45/2004. [...] o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”. Voto do Ministro Celso de Melo proferido

Independentemente do resultado do julgado, a premissa que o lastreia – de lugar especial e diferenciado das normas de direitos humanos no direito pátrio – corrobora com o sentido aproximativo dos diálogos entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos em prol da proteção concreta da dignidade humana⁴⁶⁵. Sobre o julgamento, conclui Flávia Piovesan:

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 466-343 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico. Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem de ser relevado marcadamente oscilante [...].⁴⁶⁶

Aos poucos, solidificou-se a postura híbrida no que tange à hierarquia dos tratados, com adoção de regime jurídico misto que diferencia os tratados de direitos humanos e os tratados tradicionais. A passos mais lentos do que o desejável, entretanto no ritmo da marcha das conquistas possíveis, a jurisprudência nacional tem buscado o reencontro com a normatividade constitucional, abrindo-se paulatinamente aos processos de internacionalização dos direitos humanos, e consequentemente do direito constitucional⁴⁶⁷, ampliando o bloco de constitucionalidade em prol da maior tutela que previna o sofrimento humano.

O mecanismo do controle de convencionalidade, como bem explica Valerio Mazzuoli⁴⁶⁸, foi concretizado a partir da Emenda Constitucional

no habeas corpus n.º 87585-8/TO, publicado em 25/06/2009.

⁴⁶⁵ O controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições “se retroalimentam numa complexa lógica de vínculos (nem sempre pacíficos, tampouco lineares), em busca do fortalecimento do sistema efetivo de direitos». BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. São Paulo: Campus, 2012. p.xv.

⁴⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.138.

⁴⁶⁷ Nesse entrelaçamento que se abre o “transconstitucionalismo” marcado pela “interpenetración recíproca del derecho constitucional y del derecho internacional”. FIGUEIREDO, Marcelo. La Internacionalización del Orden Interno en Clave del Derecho Constitucional Transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. São Paulo: Campus, 2012. p. 149.

⁴⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do

nº. 45/04, esta que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos gozem de status constitucional – desde que aprovados por quórum qualificado.

Os tratados deste tema, ao serem equiparados ao *status* das emendas constitucionais, trazem ao sistema um novo tipo de controle de forma e conteúdo das normas infraconstitucionais. Isto porque, ao afirmar o status constitucional de um tratado ratificado, o sistema jurídico deve ser acrescido do conteúdo ratificado ou mesmo relido a partir destes princípios base que foram modificados ou acrescidos.

Os demais tratados, para além daqueles que versam sobre direitos humanos, são ratificados com status supralegal, porém infraconstitucional, e que, diverso daqueles acima mencionados, devem passar, portanto, pelo controle de legalidade.

Conforme explica o ex-juiz *ad hoc* da Corte Interamericana de Direitos Humanos Ernesto Rey Cantor, este mecanismo de controle deve ser aplicado pelo juiz no caso em que o direito interno aplicável é incompatível com o direito internacional dos direitos humanos, especificando que o *standard* para tanto seria, em base, Pacto San Jose da Costa Rica e a jurisprudência da Corte Interamericana. Tal instrução de Ernesto Rey Cantor parte de uma leitura do art. 2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que dispõe sobre o *dever de adotar disposições de direito interno*⁴⁶⁹ e que exige, portanto, que o direito interno de cada país signatário esteja de acordo com os parâmetros da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda, em seu discurso, o jurista descreve as oito fases necessárias para a melhor aplicação do controle de convencionalidade:

- 1) Analisar, precisar e qualificar o contexto e os fatos do caso concreto. O autor cita o voto do juiz Sergio García Ramírez no caso *López Álvarez contra Honduras*, no qual afirma que “Il controllo di convenzionalità deve esplorare le circostanze de jure e de facto del caso. È possibile che l’analisi giuridica sia relativamente facile, una volta stabiliti i fatti da cui la causa è sorta”.
- 2) Na sequência, individualizar o conflito normativo que gera a incompatibilidade entre o direito interno – independentemente da hierarquia que ocupa – e o direito internacional dos direitos humanos.

Sul/Faculdade de Direito, 2008.

⁴⁶⁹ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

- 3) Em um terceiro momento verificar se, à época dos fatos, havia relação estabelecida entre o direito internacional em questão e o direito interno do Estado. Isto é, se a lei nacional era vigente e aplicável, se a Convenção Interamericana – e outras de mesmo tema – eram vigentes e averiguar se há relação entre a vigência da Convenção e das normas de direito interno.
- 4) Posteriormente, deve ser feita a análise quanto à existência de uma real e direta *contradictio in terminis* entre as referidas normas.
- 5) Na quinta fase, verificar se não há uma incompatibilidade direta entre o direito e a jurisprudência nacional e, de outro lado, se não há incompatibilidade entre a Convenção e a jurisprudência da Corte.⁴⁷⁰
- 6) O próximo passo é a interpretação dos tratados e do direito interno levando em consideração os fatos e o direito aplicável ao caso em discussão, “In altre parole, l’interpretazione la realizza la Corte nel quadro della qualificazione in fatto e in diritto del caso concreto, che successivamente risolve applicando la Convenzione americana e la giurisprudenza convenzionale, concludendo che il diritto interno (norme, giurisprudenza o prassi) applicato dal giudice nazionale per risolvere il caso era inconvenzionale; da questo confronto si ricava la supremazia della Convenzione americana sul diritto interno, inclusa la Costituzione.”
- 7) E, em continuação, averiguar se as normas de direito interno aplicáveis ao caso que fazem referência à Convenção Interamericana estão de acordo com os princípios norteadores do documento internacional.
- 8) Por fim, se configurado o fato ilícito internacional, o Estado signatário do tratado será internacionalmente responsável, nascendo assim a obrigação do Estado de reparar integralmente os danos materiais e imateriais das presuntas vítimas e/ou seus familiares, de acordo com o caso em concreto.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Que, nas palavras no autor, “Si tratta del controllo di convenzionalità della giurisprudenza nazionale, ossia, quando la Corte interamericana svolge un confronto fra la giurisprudenza interna applicabile e produttiva di effetti giuridici (civile, penale, lavoristica, costituzionale, amministrativa, agraria, disciplinare, ecc.) con la giurisprudenza propria della Corte, con il fine di stabilire l’esistenza di un’incompatibilità fra la prima e la seconda”. CANTOR, Ernesto Rey. Test di convenzionalità e controllo di convenzionalità. Università di Bologna. 2013.

⁴⁷¹ CANTOR, Ernesto Rey. Test di convenzionalità e controllo di convenzionalità. Università di Bologna. 2013.

Este sistema de controle de convencionalidade aplicado nos países latinos demonstram a força da Convenção Americana de Direitos Humanos e a concretude buscada por este documento que, dentro dos Estados, se equipara à Constituição. A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos foi responsável por exigir dos Estados sob sua jurisdição que adequem o Direito interno às normas da Convenção Americana, requerendo, para tanto, o desenvolvimento no plano dos ordenamentos jurídicos domésticos de seus Estados-partes, a saber:

“Um *novo* método de controle da produção normativa doméstica e dos atos normativos do poder público, tendo como paradigma não somente a Constituição do Estado, mas *também* as convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no país. Percebeu-se, ainda, que para além de um controle exercido pela Corte Interamericana, que é guardiã da Convenção Interamericana, poderiam (e deveriam!) também os juízes e tribunais internos (...) controlar a convencionalidade das normas domésticas, à maneira de como controlam a constitucionalidade das leis.”⁴⁷²

O que resta de consequência desses movimentos – à luz do atual desenvolvimento do controle de convencionalidade – é pensar um método de desenvolvimento para este diálogo interno-internacional. Isto porque é necessário comportar-se com um modelo de diálogo e trocas jurisdicionais perene que se internalize na prática constitucional internacional. Destarte, não se pode fazê-lo apenas nos casos que as consequências que daí advém agradam do ponto de vista interpretativo. O diálogo, e o controle de convencionalidade como uma de suas vertentes, é um compromisso duradouro com a abertura do direito constitucional.

2 DAS PECULIARIDADES DOS PAÍSES PERTENCENTES À UNIÃO EUROPEIA.

Após analisar o sistema interamericano e sua efetividade no direito interno dos Estados que assinaram a Convenção, buscou-se averiguar se no contexto europeu existiria instrumento equiparável ao controle de convencionalidade.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos – documento internacional referência para a defesa destes direitos a nível europeu – foi criada pelo Conselho da Europa (COE), organização internacional que surgiu com o objetivo de promover a democracia e proteção dos direitos humanos. É

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Ed. Gazeta Jurídica: Brasília, 2013. XIV.

diverso da União Europeia, esta de que participam 27 Estados-Membros que delegaram parte de sua soberania em prol dos objetivos da União Europeia.

Tendo isto em vista, para melhor entender o controle vertical de leis do sistema europeu, é mister estudar o contexto dos países que compõem a União Europeia e a importância de cada um dos órgãos citados. Assim, será feita uma breve análise de qual a natureza da UE e de como se posiciona na questão de salvaguarda de direitos humanos.

2.1 DA UNIÃO EUROPEIA

No momento de considerar os países pertencentes à União Europeia, devemos ter em mente que muito do direito interno é regulado pela União, esta que se apresenta como uma organização internacional *sui generis* uma vez que não é uma Confederação, já que os países integrantes possuem um alto nível de integração, e também não é um Estado Federal, à exemplo dos Estados Unidos, já que aquela não possui a efetiva separação de poderes.⁴⁷³

A UE é regida, basicamente, pelas regras contidas no Tratado de Lisboa, este que é composto pelos Tratado da União Europeia (TUE) e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), estes que são caracterizados pela sua força política.

“Unlike ordinary international law, the European Treaties were more than agreements creating mutual obligations between States. Individuals were subjects of European law and their rights and obligations would derive directly from European law. European law would thus be directly applicable in the national legal orders. And it was to be enforced in national courts.”⁴⁷⁴

Há uma forte tendência de caracterizar o Tratado de Lisboa como uma espécie de Constituição.⁴⁷⁵ O referido Tratado acarretou transferência parcial da soberania dos Estados que o ratificou, uma vez que concede à União parte de seus poderes legislativos e judiciários. A partir disso, a União, que no Tratado discorre a respeito de suas intenções, se utiliza de tais poderes para garantir que seus objetivos sejam atingidos.

⁴⁷³ DE FRANCISCIS, Maria Elisabetta. VINCI, Adele. *Compendio di Diritto dell'Unione Europea*. DIKE Giuridica Editrice: Roma. 2020. P. 11

⁴⁷⁴ SCHÜTZE, Robert. *An introduction to European Law*. Cambridge: United Kingdom. 2012.

⁴⁷⁵ «É però indubbio che la ricordata tendenza a vedere nei Trattati istitutivi un fenomeno costituzionale ha avuto e ha il merito di cogliere e ben sottolineare la peculiarità che ad ogni modo caratterizzano tali Trattati in rapporto ai normali accordi internazionali». ADAM, Roberto; TIZZANO, António. *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*. 4ª ed. Giappichelli: 2019. P. 111.

Quanto à hierarquia entre os tratados da União Europeia e os demais tratados internacionais ratificados pelos Estados Membros, de acordo com o art. 351 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, temos que

“As disposições dos Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à União, anteriormente à data da respetiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.”

Quanto aos tratados internacionais concluídos após 1958, a Corte Europeia sustenta que há supremacia das normas europeias em face daqueles.

2.2 DO SISTEMA EUROPEU DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

O Tratado da União Europeia (TUE), nos seus artigos 2, 3 e 21⁴⁷⁶, estabelece dentre seus objetivos a promoção dos direitos humanos. Porém, para tanto, não possui um aparato específico em prol da defesa destes direitos. O documento europeu que mais se aproximaria de exercer esta função seria a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Carta tem como conteúdo estabelecer quais são os direitos fundamentais e, apesar de ter sido criada como um documento não vinculativo, porém de conteúdo politicamente importante, passa a vincular todas as instituições e organismos europeus com o Tratado de Lisboa.

Anteriormente, em 1950, tendo em vista a inexistência de uma estrutura regional na defesa dos direitos humanos, foi criada a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O tratado de criação da CEDH foi ratificado por todos os Estados Membros da União Europeia e previa que somente Estados poderiam aderir o que, portanto, excluía a participação da União Europeia na Convenção.

⁴⁷⁶ Art. 2. A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres. Art. 3. 5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a proteção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a proteção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas. Art. 21. 1. A ação da União na cena internacional assenta nos princípios que presidiram à sua criação, desenvolvimento e alargamento, e que é seu objetivo promover em todo o mundo: democracia, Estado de direito, universalidade e indivisibilidade dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, respeito pela dignidade humana, princípios da igualdade e solidariedade e respeito pelos princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional.

É a modificação introduzida pelo protocolo n. 14 que permite a adesão da União Europeia à Convenção. Em adição, a previsão do art. 6 do Tratado da União Europeia dispõe que «A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais» – o referido artigo torna assim obrigatória a adesão da União Europeia à Convenção. A adesão da União Europeia fortaleceu o teor do contido no documento e somou à luta pelos direitos humanos no território europeu.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – também conhecida por Carta de Nice – e a Convenção Europeia de Direitos Humanos são documentos integralizados, de modo que a Carta faz inúmeras referências à Convenção. E mesmo que estes dois documentos possuam natureza diversa – somente a Convenção é um tratado -, ambas possuem o mesmo valor político – até porque a Carta, no artigo 6, §1º do Tratado da União Europeia, é declarada de conteúdo de “mesmo valor jurídico que os Tratados”.⁴⁷⁷

Apesar de ambas possuírem forte significado político, os referidos documentos são aplicados de acordo com o princípio da subsidiariedade⁴⁷⁸ conforme os artigos 51 e 53 da Carta, reconhecendo os limites legislativos da União e privilegiando a soberania dos Estados. Ainda, conforme pronunciamento da própria Corte, a referida soberania resguardada aos Estados-Membros se justificaria uma vez que as cortes locais têm maior habilidade de avaliar os fatos, analisando o caso concreto de acordo com o contexto social do país. Com este posicionamento, a intenção da Corte é de alcançar

“il corretto funzionamento dei sistemi giudiziari nazionali (da qui l’enfasi da sempre dimostrata dalla Corte per l’effettività delle garanzie processuali) e prima ancora dei sistemi democratici effettivi e ben funzionanti”.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ CIUCA, Aurora. On the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the EU accession to the European Convention on Human Rights. *Eastern Journal of European studies*. V. 2, Issue 1, June 2011. P. 59.

⁴⁷⁸ Artigo 51º Âmbito de aplicação 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências. 2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados. Artigo 53º Nível de proteção Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros

⁴⁷⁹ VOLLERO, Flora. Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad un ambiente salubre. Tese di laurea in Diritto Costituzionale.

Porém, apesar de reconhecidos seus limites, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu a existência e obrigação do respeito aos direitos fundamentais no sistema europeu.⁴⁸⁰

A Carta de Nice tem seu conteúdo dividido em 6 capítulos – dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça – e, diferentemente da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não faz a classificação entre as gerações de direitos. O grande diferencial da Convenção é que há uma função de controle externo e objetivo em relação ao sistema europeu em que a Carta faz parte do seu sistema e, portanto, exerce controle interno.

Tendo em vista a multiplicidade de fontes que gera o fracionamento no que tange à defesa dos direitos humanos em solo europeu, em mais uma tentativa de fortalecê-lo, foi consentido, com o protocolo n. 11 da Carta Europeia de Direitos Humanos, aos privados de peticionarem diretamente no órgão jurisdicional, sem mais a intervenção da Comissão, ainda prevendo a proteção de outros direitos do particular, como maior proteção judicial, reforçando assim a posição dos particulares no plano processual internacional.⁴⁸¹

Apesar disso, conforme será aprofundado no próximo tópico, os Estados Membros da União Europeia ainda possuem receio de compartilhar de sua soberania no que tange aos direitos humanos constitucionalmente tutelados sob o regime da jusfundamentalidade. A análise centrar-se-á no caos italiano, abaixo apresentado.

2.3 DO CASO ITALIANO

Na Itália, os Tratado da União Europeia e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia foram ratificados na forma de lei ordinária, o que incitou o questionamento a respeito da constitucionalidade dos Tratados. No *leading case* Costa vs. ENEL, a Corte Constitucional italiana declarou a constitucionalidade dos referidos documentos uma vez que possuíam fundamento no artigo 11 da Constituição italiana, artigo o qual prevê a possibilidade de limitação de soberania em prol da paz e da justiça entre as nações.⁴⁸²

Porém, apesar de reconhecida a constitucionalidade do Tratado, ainda pairava a dúvida de qual direito prevaleceria em caso de incompatibilidade, se seria o direito interno ou o direito da União Europeia. É com a sentença

Università degli Studi di Napoli "Federico II". 2002. P. 69.

⁴⁸⁰ "È stata però la Corte di giustizia che si è autonomamente incaricata, prima di allora, di affermare l'esistenza nel sistema giuridico dell'Unione di un obbligo di rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni, provvedendo essa stessa a ricostruirne concretamente il contenuto". ADAM, Roberto; TIZZANO, António. Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea. 4ª ed. Giappichelli: 2019. P. 120.

⁴⁸¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 73.

⁴⁸² Art. 11: L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

170/1984 da Corte Constitucional italiana que resta decidido que a interpretação que prevalece é aquela tomada pela União Europeia e que, em caso de incompatibilidade entre o direito europeu e o direito interno italiano, aquele deve prevalecer.⁴⁸³

Porém, é importante ressaltar que, nesta mesma sentença, ficou resguardado ao Estado italiano a competência e autonomia do direito italiano no que tange aos princípios fundamentais da Carta Constitucional italiana e os direitos inalienáveis da pessoa humana, sob o argumento de que os direitos fundamentais são uma parte não credível de sua soberania.⁴⁸⁴

A Corte Constitucional já havia anteriormente excluído a possibilidade da Convenção Europeia de Direitos Humanos possuir status constitucional – porém, resguardando seu status supralegal –, sob a leitura de que o art. 10⁴⁸⁵ da Constituição italiana prevê a conformidade do sistema jurídico de acordo com as normas de direito internacional reconhecidas, ou seja, as normas consuetudinárias, o que não se aplica aos demais documentos, como a Convenção Europeia, mesmo que ratificados.⁴⁸⁶

Apesar disso, o sistema italiano parte de um esforço constante no sentido de consolidar os valores pautados pela Convenção no ordenamento jurídico interno, em que a Corte Constitucional, em seus julgados, aplica a Convenção direta ou indiretamente no momento de interpretar a lei nacional, a exemplo de como tem agido Espanha e Portugal.⁴⁸⁷

⁴⁸³ "L'assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, oggetto di varie pronunzie rese in precedenza da questo Collegio, é venuto evolvendosi, ed é ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno. Questo risultato viene, peraltro, in considerazione sotto vario riguardo. In primo luogo, sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato (sentenze nn. 176, 177/81). Quando, poi, vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, é quest'ultima, in ogni caso, a prevalere." Sentença 170/1984.

⁴⁸⁴ "Le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana". Sentença 170/1984.

⁴⁸⁵ Art. 10. L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generale- mente riconosciute.

⁴⁸⁶ VOLLERO, Flora. Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad um ambiente salubre. Tese di laurea in Diritto Costituzionale. Università degli Studi di Napoli "Federico II". 2002. P. 72.

⁴⁸⁷ VOLLERO, Flora. Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad um ambiente salubre. Tese di laurea in Diritto Costituzionale. Università degli Studi di Napoli "Federico II". 2002. p. 72.

CONCLUSÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de forma a concretizar o disposto na Convenção, fortaleceu a teoria de que os tratados que versem sobre o tema têm valor constitucional, criando assim a abertura para que seja aplicado o controle de convencionalidade.

Este controle é encorajado explicitamente pelo sistema interamericano de Direitos Humanos como vetor essencial ao fortalecimento do princípio democrático de seus Estados-partes e cumpre papel decisivo para a promoção dos direitos humanos na região.

A Constituição brasileira, sob o prisma da cultura jurídica fundada no diálogo entre jurisdições, expande a si quando da assunção de compromissos com a agenda internacional de proteção aos direitos humanos, o que se dá através de seus próprios pilares estruturais. O controle de convencionalidade é um desses vasos comunicantes que relacionam o sistema interno e internacional dando azo ao espaço multinivelado que forma o direito constitucional atual. Esta nova etapa da implementação é, pois, o novo desafio dos países latino-americanos, dentre eles em especial da experiência brasileira.

Já o sistema europeu, como demonstrado, é composto de vários documentos, como o Tratado da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tendo em vista a ausência de um sistema uno e imperativo na seara dos direitos humanos e, portanto, os possíveis desencontros entre as medidas e decisões tomadas por cada um destes órgãos, os países europeus, como relatado no caso italiano, receiam de partilhar de sua soberania quando se trata de direitos fundamentais.

Ou seja, no caso americano, temos que a importância de um sistema de controle de convencionalidade é grande devido ao status reconhecido à Convenção Interamericana nos países que a ratificaram.

No caso europeu, o sistema de defesa de direitos humanos é disperso, apesar de tentativa de integralização entre as instituições, o que por consequência gera multiplicidade de fontes e questionamentos a respeito da hierarquia, influência e proteção jurídica de cada um destes aparatos.

Consequentemente, diante da força constitucional dos direitos do homem, o controle de convencionalidade no sistema europeu é bastante diferenciado, para não dizer ausente, em que alguns dos Estados Membros optaram por resguardar seus poderes legislativos no que tange aos direitos fundamentais constitucionais⁴⁸⁸, tendo em vista a disposição de seu sistema de defesa de direitos humanos disperso em múltiplas camadas e a internalização dos mecanismos como via preferencial.

⁴⁸⁸ “[...] some Member States – in particular their Supreme Courts – have fought a battle over human rights within the Union legal order. They claim that European law cannot violate national fundamental rights” SCHÜTZE, Robert. An introduction to European Law. Cambridge: United Kingdom. 2012.

REFERÊNCIAS

- ADAM, Roberto; TIZZANO, António. Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea. 4. ed. Giappichelli: 2019.
- BALDINI, Vincenzo. Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e jurisdiktionsstaat: i limiti della völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano. *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. v. 2/2013.
- BESSELINK, L. F. M. Should the European Union Ratify the European Convention for Human Rights? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. In: A. Føllesdal, B. Peters; G. Ulfstein. *Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European and global context (Studies in human rights conventions; No. 2)*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139169295.009> . p. 301-333.
- BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo: Campus, 2012.
- CANTOR, Ernesto Rey. *Test di convenzionalità e controllo di convenzionalità*. Università di Bologna. 2013.
- CIUCA, Aurora. On the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the EU accession to the European Convention on Human Rights. *Eastern Journal of European studies*. v. 2, Issue 1, June 2011. p. 57 – 65.
- DE FRANCISCIS, Maria Elisabetta. VINCI, Adele. *Compendio di Diritto dell'Unione Europea*. DIKE Giuridica Editrice: Roma. 2020.
- DE HERT, P.; KORENICA, F. European Union accession to the European Convention on Human Rights: Regulating the multi-layered European human rights space and pushing for more international liability for the Union. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2015. p. 3-32.
- HOFMANN, Hasso. I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la Carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione europea. *Scienza & Politica*. v. 25. 2001.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>. Acesso em: dez. 2012.
- MANZINI, Pietro; LOLLINI, Andrea. *Diritti fondamentali in Europa*. Il mulino: 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Ed. Gazeta Jurídica: Brasília, 2013. XIV.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul/ Faculdade de Direito, 2008.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade*

no direito brasileiro. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

MERRILLS, J. G. The Council of Europe (I): the European Convention on Human Rights. In: HANSKI, Raija; SUKSI, Markku. An Introduction to the International Protection of Human Rights. 2nd edition. Turku: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004.

NISSEN, Aleydis. The European Union as a manager of global 'business and human rights' regulation: country-by-country reporting rules. UCL Journal of Law and Jurisprudence.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHÜTZE, Robert. An introduction to European Law. Cambridge: United Kingdom. 2012.

VOLLERO, Flora. Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad un ambiente salubre. Tese di laurea in Diritto Costituzionale. Università degli Studi di Napoli "Federico II". 2002.

ZAPPALÀ, Salvatore. La tutela internazionale dei diritti umani. Il Mulino: Bologna. 2019.

ZUIJDWUJK, Tom. M.S.S. V. Belgium and Greece (European Court of Human Rights): The Interplay Between European Union Law and the European Convention on Human Rights in the Post-Lisbon Era. Ga. J. Int'l e Comp. L. V. 39:807. p. 807 – 832.

A COGNIÇÃO PROBATÓRIA NO MANDADO DE SEGURANÇA: A COMPLEXIDADE DAS QUESTÕES DE FATO IMPORTA PARA A ADMISSÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL?

Alberto Luiz Hanemann Bastos⁴⁸⁹

INTRODUÇÃO

É consabido, de longa data, que a eficiência do sistema Judiciário não é promovida apenas com iniciativas pontuais de magistrados singulares que se empenham em aumentar o volume de julgamentos dentro de sua competência decisória. Mais do que isso, o fomento da eficiência pressupõe um gerenciamento adequado dos conflitos levados à jurisdição, através da criação de métodos de trabalho que permitam que os esforços despendidos para o julgamento de cada caso sejam proporcionais ao nível de complexidade do litígio.⁴⁹⁰

Segundo leciona Remo Caponi, um dos fatores essenciais para que se possa engendrar um sistema Judiciário eficiente se trata da elaboração de diferentes tipos de procedimento pelo legislador, cujos contornos se mostrem tecnicamente adequados às necessidades das diferentes modalidades de litígios que se postam perante a instância jurisdicional.⁴⁹¹

Nesse sentido, o legislador deve se empenhar na construção de um ordenamento processual no qual casos dotados de suporte fático-jurídico complexo submetam-se a um rito procedimental mais extenso e minucioso, cujos contornos assegurem às partes o direito à produção de todos os tipos de prova, à ampla manifestação e à discussão de todas as matérias de fato e de direito adjacentes ao litígio. Ao mesmo tempo, o legislador também deve se esforçar no sentido de desenhar procedimentos mais céleres e ágeis para casos com suporte fático-jurídico simples, seja através da restrição das matérias de fato e de direito a serem suscitadas em juízo, seja através da proibição de as partes valerem-se de determinados meios de prova para demonstrar os fatos que lhes interessam.⁴⁹²

A criação legislativa de procedimentos judiciais adaptados ao nível de complexidade do caso é medida que promove o gerenciamento *macroscópico* dos conflitos remetidos ao crivo jurisdicional – técnica que se tornou conhecida pelo nome de *panprocessualismo*. Com efeito, o gerenciamento

⁴⁸⁹ Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-graduando em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar – IDRFB. Advogado.

⁴⁹⁰ Para uma abordagem bastante interessante desta perspectiva, vale conferir: CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. Traduzido por Michele Pedrosa Paumgarten. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 3, set./dez., 2017, p. 283-284.

⁴⁹¹ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Traduzido por Sérgio Cruz Arenhart. Revista de Processo, São Paulo, v. 192, fev., 2011, p. 400-405.

⁴⁹² Sobre o ponto: MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 133-139.

panprocessual de conflitos tem como mote a ideia de que a administração do sistema de Justiça Civil jamais pode ser pensada com base um único conflito isoladamente considerado, pois, “seja na atividade judicatória ou na atuação legislativa, torna-se preciso ponderar sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, investigando ainda os elementos culturais e políticos que permeiam a jurisdição”; portanto, na dinâmica do *panprocessualismo*, “entram em cena questões como a necessidade de que o tempo destinado a cada processo não comprometa a apreciação dos demais, readequando a disciplina a partir de um critério de *proporcionalidade* que extrapola a mera análise do caso concreto”.⁴⁹³

Ocorre que um dos institutos do direito brasileiro que mais contribuem para a administração *panprocessual* da Justiça Civil se trata do mandado de segurança. Isso porque o referido remédio constitucional, ao limitar a cognição à análise de provas documentais pré-constituídas, esquadrinha um procedimento adequado aos casos em que a violação ao direito pode ser demonstrada de imediato pela parte prejudicada.⁴⁹⁴ Dessa maneira, os litígios que prescindem de instrução probatória podem ser resolvidos de maneira célere, o que implica a otimização dos serviços do Poder Judiciário na medida em que se propicia aos magistrados uma maior disponibilidade de tempo e de recursos para o processamento de litígios que possuem um nível de complexidade mais elevado.⁴⁹⁵

Nada obstante, sabe-se que são bastante corriqueiras as situações em que mandados de segurança são impetrados para fins escusos, tais como: (i) vindicar direitos que não têm importância significativa para que se acione o Poder Judiciário; (ii) veicular pretensões que dependem de complexo raciocínio probatório; e (iii) cobrar valores perante o poder público, em evidente afronta à Súmula 269 do STF.⁴⁹⁶ Em razão da constante utilização do remédio constitucional para efeitos frívolos, o instituto sofreu um gradativo processo de banalização, como bem descreve L.A. Becker:

(...) a massificação do uso deturpado do *writ* acarreta a perda de fato (embora não de direito) dos atributos de sua excepcionalidade. Se o *mandamus* é manipulado em

⁴⁹³ OSNA, Gustavo. Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação, Curitiba, 2016, p. 159-160.

⁴⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 350-355.

⁴⁹⁵ OSNA, Gustavo. Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação, Curitiba, 2016, p. 148-152.

⁴⁹⁶ Tivemos a oportunidade de tratar essa complexa temática no seguinte escrito: ANDREKONSKI, Igor Matheus Bueno da Rocha; BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. A trivialização do mandado de segurança. In: MEZACASA, Douglas dos Santos (org.). O direito e sua complexa concreção 3. Ponta Grossa: Atena Editora, 2020.

desatenção aos pressupostos processuais que lhes são próprios, todos têm direito ao mandado de segurança. Com isso, todos têm prioridade; ou seja, ninguém tem prioridade. Os mandados de segurança, assim, tornaram-se tão ordinários que constituem mais um poço de morosidade, logo acima do valhacouto das ações ordinárias.⁴⁹⁷

Apesar de se tratar de um instituto há muito sedimentado no solo brasileiro,⁴⁹⁸ cujos contornos conceituais e procedimentais são amplamente conhecidos, não há dúvidas de que o Poder Judiciário está sobrecarregado por mandados de segurança despidos de respaldo legal.

Esse problema se torna mais agudo quando os olhares se voltam à temática da cognição probatória. Com efeito, a praxe forense denuncia que parcela significativa das impetrações inadequadas do *writ* decorrem da veiculação de pretensões cuja demonstração pressupõe a produção de provas que extrapolam a documentação pré-constituída – a exemplo da perícia judicial e da oitiva de testemunhas.

Daí desponta a importância de se compreender adequadamente quais os contornos assumidos pelo convencimento judicial no escopo do mandado de segurança, mormente porque o raciocínio probatório do *writ* é diverso daquele operado no procedimento comum ou nos demais ritos a ele assemelhados. Com efeito, ao admitir tão somente a produção de prova documental pré-constituída, há uma clara limitação da cognição em seu sentido horizontal,⁴⁹⁹ razão pela qual são frequentes as perquirições a respeito de quais modalidades de fatos podem ser arguidas no bojo do mandado de segurança.

A parametrização dos fatos que podem ser suscitados em sede de mandado de segurança certamente otimiza os serviços jurisdicionais, pois é medida que contribui para a diminuição do volume de demandas instauradas no seio do Poder Judiciário e, conseqüentemente, estimula a eficiência *panprocessual*.

Por isso, o presente estudo se insere neste intrincado contexto com o intuito de perscrutar a seguinte indagação: a complexidade das questões de fato é capaz de configurar óbice para a admissão do mandado de segurança?

⁴⁹⁷ BECKER, L.A. O dilema dos litigantes: Processo Civil e a Teoria dos Jogos. In: Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2012, p. 86.

⁴⁹⁸ Como bem destaca Sérgio Cruz Arenhart, “muito do status hoje atribuído ao mandado de segurança deve ser tributado ao papel por ele desempenhado na história. (...) voltando os olhos para o passado, nota-se o crucial papel desenvolvido por esse instituto e o reflexo de seu emprego pela busca contemporânea pela efetividade de toda a prestação jurisdicional” (ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao art. 5º, LXIX, da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 508).

⁴⁹⁹ Neste particular a utilização do termo “cognição em sentido horizontal” remete-se à célebre doutrina de Kazuo Watanabe. Nesse sentido: WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1 UMA BREVE EXPLANAÇÃO DO ENTENDIMENTO USUALMENTE CARREADO PELA DOUTRINA

No campo probatório, a principal celeuma do mandado de segurança gravita em torno do famigerado conceito de “*direito líquido e certo*”, o qual, apesar de amplamente conhecido no universo forense, engendra inúmeras discussões teóricas e práticas.

Conforme acentuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a expressão *direito líquido e certo* – contida no art. 5º, LXIX, da Constituição e no art. 1º, *caput*, da Lei 12.016/2009 – diz respeito à *qualidade da prova* exigida para a comprovação dos fundamentos de fato e de direito que amparam o remédio constitucional, e não à *natureza do direito* vindicado através do *mandamus*. Nas palavras dos juristas, o termo *direito líquido e certo* “liga-se à forma de cognição exigida no mandado de segurança, que exige prova pré-constituída das alegações expostas pela parte impetrante”, isto é, o cabimento do mandado de segurança pressupõe que “as afirmações de fato trazidas pelo autor na petição inicial sejam demonstradas de pronto, por meio de prova documental”.⁵⁰⁰

Esse modo peculiar de conformação da cognição probatória se deve à celeridade ínsita ao remédio constitucional, o qual, conforme preceitua o art. 20 da Lei 12.016/09, detém prioridade de tramitação em relação a todas as demais ações judiciais, salvante quando se tratarem de *habeas corpus*. Isso porque, de acordo com o escólio doutrinário de Marinoni e Arenhart, “quando o que o autor alega pode ser demonstrado de plano, o bom senso aponta para a desnecessidade de se ter um procedimento igual ao que serve ao direito que exige provas mais elaboradas, como a testemunhal e a pericial”.⁵⁰¹

Além deste peculiar aspecto, é possível assumir que a celeridade do mandado de segurança também decorre da limitação do acesso desta via processual. Com efeito, para que o *writ* comporte regular seguimento desde a propositura da petição inicial até o derradeiro julgamento de mérito, mostra-se necessária a passagem pelo filtro processual referente à imediatidade da formação do convencimento judicial: se a prova pré-constituída anexada junto à petição inicial é apta a balizar, por si só, os juízos de fato subjacentes ao litígio, admitir-se-á o processamento do *mandamus*; do contrário, caso não seja apta para tanto, o remédio constitucional será extinto precocemente.

Portanto, dentre a amplidão de processos que tramitam perante os tribunais brasileiros, somente aqueles dotados de prova material idônea para engendrar diretamente o convencimento judicial são aptos a substanciar mandados de segurança.

⁵⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 363.

⁵⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 350.

De fato, é justamente essa filtragem de demandas que possibilita a tramitação célere deste específico remédio constitucional, pois, caso a defesa de toda e qualquer prerrogativa comportasse processamento via mandado de segurança, ter-se-ia “uma jurisdição morosa etiquetada de preferencial”.⁵⁰² Em termos pragmáticos: o caráter excepcional do mandado de segurança qualifica pressuposto indispensável para que a sua tramitação transcorra com a devida agilidade.

Contudo, em que pese o rigoroso filtro processual mencionado, o escólio doutrinário tende a admitir que a *complexidade* das questões de fato subjacentes à pretensão do *writ* não acarreta qualquer influência no seu juízo de admissibilidade. Nesse sentido, para ilustrar o posicionamento consolidado pela parte majoritária da doutrina processual civil, pertinente destacar as consagradas lições de Hely Lopes Meirelles:

Quanto à complexidade dos fatos e a dificuldade da interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem o seu julgamento de mérito. Isto porque, embora emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir *líquido e certo* a ensejar a proteção reclamada.⁵⁰³

De igual modo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao se debruçarem sobre os contornos do conceito de *direito líquido e certo*, argumentam que “a complexidade do raciocínio jurídico – que pode ser mais acessível para alguém e menos para outrem – não tem nenhuma relação com a mencionada categoria”,⁵⁰⁴ razão pela qual é possível intuir uma similar tendência de desconsideração da *complexidade* das questões de fato e, concomitantemente, um maior enfoque na confiabilidade da prova subjacente às alegações postuladas na petição inicial. Portanto, bastaria que o impetrante apresentasse uma *prova indiscutível e direta* para que o processamento do mandado de segurança fosse autorizado, independentemente da complexidade da questão de fato suscitada na petição inicial.⁵⁰⁵

A questão do *direito líquido e certo*, nesse panorama, cinge-se mais em torno da *forma* como os fatos litigiosos são apresentados no plano

⁵⁰² A frase é de Erik Wolkart, a qual, em seu contexto original, aborda a morosidade do julgamento de processos dotados de prioridade de tramitação. Para maiores informações: WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 140.

⁵⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. Problemas no mandado de segurança. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 73, 1963, p. 41.

⁵⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, p. 362-363.

⁵⁰⁵ “Vale dizer que o mandado de segurança exige que o impetrante possa demonstrar sua alegação por prova indiscutível em seu conteúdo, ou seja, valendo-se de prova direta, em específico, da prova documental” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção. 4. ed. Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 363).

processual,⁵⁰⁶ e menos em torno do *conteúdo* das questões de fato abordadas na narrativa do impetrante. Noutros termos, descarta-se, a princípio, a influência da *complexidade* do raciocínio jurídico e do contexto fático elucidado no *mandamus*, para sobrelevar a qualidade da prova que sinaliza o *direito líquido e certo* debelado nos autos

Em síntese, a ótica consolidada na doutrina propugna que a admissão do mandado de segurança está atrelada à qualidade da prova anexada à petição inicial e à forma como os fatos litigiosos são apresentados no plano processual. A rigor, quaisquer modalidades de questões de fato, independentemente do nível de complexidade, poderiam justificar a impetração do *writ*. Nesta visão tradicional, portanto, admite-se que as questões de fato apresentadas no mandado de segurança detenham alta complexidade, desde que todas as alegações fáticas deduzidas pelo impetrante estejam plenamente demonstradas pela prova documental pré-constituída.

Todavia, diante do elevado volume de mandados de segurança inadmitidos em razão do reconhecimento da necessidade de dilação probatória, urge indagar se o fator *complexidade* realmente não exerce qualquer influência sobre a delimitação das questões de fato passíveis de suscitação no *writ*, pois, se o fator *complexidade* fosse realmente irrelevante, qual a justificativa para o altíssimo número de decisões que rejeitam mandados de segurança com base no fundamento de que o deferimento da pretensão depende de dilação probatória?

2 A COMPLETUDE DO CONJUNTO INSTRUTÓRIO E O RACIOCÍNIO PROBATÓRIO INFERENCIAL: A APRECIÇÃO DE QUESTÕES DE FATO COMPLEXAS DEMANDA CONJUNTO INSTRUTÓRIO ROBUSTO?

Em que pese a notabilidade da tese de que a complexidade do fato probando não repercute na (in)admissibilidade do mandado de segurança, é possível pôr em xeque a valência de tal premissa ao lançar-se mão de algumas balizas teóricas do direito probatório, a começar pelo chamado “*raciocínio probatório inferencial*”.

Segundo Lee Epstein e Lary King, o raciocínio inferencial se trata de um modo de compreensão lógica a partir da qual “utilizamos fatos que conhecemos para aprendermos sobre fatos que desconhecemos”.⁵⁰⁷ É que, na realidade, nenhum dos fatos jurídicos suscitados pelas partes no bojo do processo foi efetivamente presenciado pelo julgador, de modo que o seu acesso à conjuntura fática do litígio se dá tão somente pela apreciação de fontes indiretas, tais como vestígios documentais,

⁵⁰⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Mandado de segurança: o incessante aperfeiçoamento do instituto. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). Processo constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.108.

⁵⁰⁷ EPSTEIN, Lee; KING, Lary. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência. Traduzido por Fábio Morosini; MOROSINI, Fábio et al. São Paulo: Direito FGV, 2013, p. 12.

relatos oriundos da memória de testemunhas ou a avaliação técnica de um perito.

Nesta linha, a inferência consiste naquilo que Lonard Ziesemer Schmitz bem define como “salto entre o se conhece e o que se dará por conhecido”, o que implica reconhecer que o julgador, a partir do acervo probatório juntado aos autos, “adquire um repertório de saberes que auxiliarão, e de certa forma guiarão, a atividade de busca pelo conhecimento do fato presumido”.⁵⁰⁸

Com efeito, esse repertório de saberes perfaz um caminho argumentativo composto por etapas sucessivas, nas quais as múltiplas informações logradas dos autos serão conectadas, conflitadas e integradas, a fim de se traçar uma narrativa coerente.⁵⁰⁹ Cada comparação efetuada entre fontes de prova, cada presunção lançada com base nas regras da experiência e cada dado extraído de um indício material juntado aos autos constitui uma inferência autônoma, através das quais o julgador aferirá a efetiva comprovação da hipótese lançada por uma das partes.⁵¹⁰

Transportando essa noção para a cognição probatória, assente-se que a formação do convencimento judicial perpassa, usualmente, por duas etapas distintas: primeiramente, os sujeitos processuais apreendem as informações contidas no conjunto instrutório dos autos (*o que se conhece*); após, tais sujeitos correlacionam os dados logrados a partir de presunções indutivas, dedutivas e abduativas para obter conclusões jurídicas a respeito da (in)veracidade da narrativa carregada pelas partes (*o que se dará por conhecido*).

Entretantes, é certo que o *raciocínio inferencial* adotado para a resolução do juízo fático variará a depender da natureza do caso concreto, tendo em vista que os *standards probatórios* poderão ser adaptados em razão da eventual dificuldade de produção da prova, dos prejuízos decorrentes de eventual “erro judicial” ou da natureza do direito material em discussão.⁵¹¹ Trata-se da clássica ideia defendida pela doutrina de Gerhard Walter de que a valoração da prova judiciária não pode se descurar dos princípios subjacentes ao direito material discutido em juízo, uma vez que “o módulo de prova

⁵⁰⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e o controle das presunções judiciais. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 182.

⁵⁰⁹ Nesse sentido, são valiosas as contribuições de Neil McCormick sobre o conceito de “coerência narrativa”. Para maiores informações: MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Traduzido por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 288-298

⁵¹⁰ TRENTO, Simone. O Dever de Fundamentação e a Matéria Probatória: In: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (orgs.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 91-95.

⁵¹¹ Os *standards probatórios* se tratam de conceitos que se prestam a delimitar o “nível de certeza” exigido pelo direito para que uma hipótese fática seja reputada comprovada. A doutrina costuma subdividir os *standards probatórios* em três categorias, a saber: (i) a prova acima de qualquer dúvida razoável; (ii) a prova clara e convincente e (iii) a preponderância de prova. Nesse sentido: KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

do procedimento destinado em cada caso à aplicação da lei deve responder a esses fatores de influência e, portanto, ser variável”⁵¹²

Nesse sentido, nalguns casos, o juiz poderá se convencer da existência de um fato alegado a partir da apresentação de meras provas indiciárias, ao passo que, noutros, a confirmação da existência de um fato litigioso dependerá da amostragem de farto conjunto instrutório.⁵¹³ Basta cogitar que a condenação de um indivíduo à prisão pressupõe a existência de um conjunto instrutório apto demonstrar a autoria e a materialidade do crime em patamar *acima de qualquer dúvida razoável*, ao passo que a concessão de uma pensão em decorrência de acidente de trabalho depende tão somente da apresentação de provas que demonstrem a *verossimilhança* da tese narrada pelos requerentes.⁵¹⁴ Como bem delinea Danilo Knijnik:

É indubitável que a certeza exigida para se julgar uma indenização por acidente de trânsito não pode e não deve ser a mesma para que se decrete a perda do pátrio poder, que, a sua vez, não deve ser igual para que se prive alguém da liberdade, que, por fim, não pode ser a mesma quando se trate de condenar alguém com base em indícios. Quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado.⁵¹⁵

Portanto, é lícito admitir que o conjunto de inferências necessário para que se logre a (im)procedência da demanda poderá ser mais amplo, ou menos amplo, a depender das vicissitudes do caso concreto. Casos sujeitos a *standards probatórios* mais rigorosos – como os litígios penais e as ações de improbidade administrativa – certamente exigirão um maior número de inferências do que os casos sujeitos a *standards probatórios* mais brandos – como os litígios de caráter exclusivamente patrimonial ou em que uma das partes possui dificuldade para lograr provas sobre os fatos constitutivos do seu direito.

⁵¹² WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado de las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Traduzido por Carlos Antonio Augurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani e Benigno Choque Cuenca. Santiago: Olejnik, 2019. p. 162, tradução livre.

⁵¹³ Segundo lecionam Arenhart e Marinoni, “embora o juiz deva se convencer da verdade, o alcance desse limite pode ser dispensado em casos excepcionais, em que a dificuldade de produção de prova e o direito material em discussão recomendem a facilitação da prova, a inversão do ônus probatório ou mesmo a redução das exigências de prova para a formação do convencimento judicial adequado ao caso concreto” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 245).

⁵¹⁴ WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado de las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Traduzido por Carlos Antonio Augurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani e Benigno Choque Cuenca. Santiago: Olejnik, 2019, p. 161.

⁵¹⁵ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44-45.

Portanto, nota-se que a *quantidade* de inferências necessárias para o esclarecimento da hipótese fática se trata de um elemento essencial para a parametrização do nível de complexidade da demanda. Tal assertiva é tangenciada por Humberto Ávila, ao tratar daquilo que nomeia de “critério da simplicidade” das inferências probatórias:

Finalmente, o critério da simplicidade diz respeito à exigência de que a hipótese acusatória seja simples. Ele invoca a seguinte questão, a ser enfrentada pelo julgador: está a hipótese condicionada à verificação de muitos passos para ser considerada verdadeira? A questão central, aqui, reside na quantidade de inferências necessárias para comprovar a hipótese. Quanto mais complexa for a hipótese acusatória, mais ilações serão necessárias para que ela faça sentido e, conseqüentemente, mais pressuposições deverão ser feitas para que o julgador consiga comprová-la. Sua função básica é a de avaliar a credibilidade de uma hipótese em decorrência da quantidade de pressuposições necessárias à sua confirmação.⁵¹⁶

Em suma, a magnitude do direito material discutido em juízo é um fator que complexifica a demanda, eis que, quanto mais rigoroso o *standard probatório* aplicável ao caso, maior a quantidade de inferências para que a hipótese fática seja reptada comprovada.

Outrossim, cumpre destacar que o nível de complexidade do litígio também se eleva a depender da *natureza* dos fatos jurídicos que permeiam o debate processual. Conforme as clássicas lições de Marcelo Neves, os fatos jurídicos (*lato sensu*) podem ser subdivididos em duas categorias, sendo elas os fatos jurídicos de *suporte fático simples* e os fatos jurídicos de *suporte fático complexo*. Nesse sentido, pondera o autor:

O suporte fático pode ser simples ou complexo, conforme seja composto por um único fato ou um grupo de fatos (...). Para que a norma jurídica incida, é imprescindível a suficiência do suporte fático: o suporte fático insuficiente não transforma o fato em jurídico. Quando se trata de suporte fático simples, o problema se resume à verificação da ocorrência do fato normativamente previsto. Em se tratando de suporte fático complexo, cabe constatar se todos os seus elementos nucleares se compuseram.⁵¹⁷

⁵¹⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. Revista de Processo, São Paulo, v. 282, ago., 2018, p. 133-134.

⁵¹⁷ NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação

Fatos jurídicos dotados de *suporte complexo*, portanto, dependem da demonstração de um conjunto de eventos concomitantes, de modo que a norma correlata ao caso concreto somente poderá ser aplicada caso comprovados todos os elementos que congregam o *suporte fático complexo*. Esse é o caso da responsabilidade civil, cuja imputação depende da comprovação de quatro eventos distintos, a saber, o ato ilícito, o dano, o nexó de causalidade entre o ilícito e o dano suportado e a culpa do agente, sem os quais não exsurge o direito à reparação.⁵¹⁸

Nessa linha, é lícito admitir que nível de complexidade do litígio também se intensifica na medida em que o fato probando engloba um *fático complexo* composto por eventos múltiplos. É certo que, nos litígios envoltos por um *suporte fático complexo*, a resolução das questões de fato mostra-se mais árdua, uma vez que as provas juntadas aos autos deverão comprovar todos os múltiplos elementos nucleares do fato jurídico.

Isso ocorre porque as inferências extraídas dos elementos de prova amostrados ao processo deverão ser aptas a elucidar todos os múltiplos eventos *sub judice*. Tornando ao exemplo da responsabilidade civil, vê-se que um Boletim de Ocorrência atestando o choque entre dois veículos, por si só, não é apto a imputar a responsabilidade civil, uma vez que são necessárias inferências complementares no sentido de identificar um possível ato ilícito, uma possível culpa de um dos motoristas, dentre outros pontos relevantes para a causa.⁵¹⁹

Em se tratando de demandas de *suporte fático complexo*, tende-se a exigir que qualidade e a quantidade das inferências probatórias sejam elevadas para que a hipótese narrada seja plenamente demonstrada. É que, conforme bem leciona Simone Trento, as inferências probatórias são conhecimentos apreendidos da aplicação das regras da experiência ao caso concreto e, sobretudo, da avaliação das informações disponibilizadas no conjunto instrutório:

(...) na maioria das vezes o fato principal é provado a partir de várias inferências feitas a partir de vários fatos sabidos (alguns deles sabidos de antemão, por serem incontrovertidos ou notórios, e outros sabidos em decorrência dos fatos observados no desenrolar do processo e, ainda, dos meios de prova produzidos – sendo certo que cada qual desses fatos “sabidos”, independentemente de serem provenientes de meios de prova propriamente ditos ou de outras fontes de informação, goza do mesmo *status* no raciocínio probatório).⁵²⁰

Legislativa, Brasília, v. 21, 1985, p. 274.

⁵¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 1, p. 639.

⁵¹⁹ CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexó de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 99-101.

⁵²⁰ TRENTO, Simone. O Dever de Fundamentação e a Matéria Probatória: In: ALBERTO, Tiago

Portanto, tirante os conhecimentos já apreendidos pelo julgador na sua vivência cotidiana (máximas da experiência, *background knowledge*), todas as inferências utilizadas para a composição das questões de fato provêm da avaliação dos elementos de prova juntados aos autos. É através da leitura de um Boletim de Ocorrência que o julgador apreende a causa de um acidente automobilístico; é por meio da apreciação de atestados médicos que o magistrado consegue inferir a existência de danos à integridade física do pleiteante; e é por intermédio da verificação do depoimento das testemunhas que o juiz se torna capaz de confirmar a lidimidade das hipóteses fáticas carreadas pelas partes.

Diante disso, é possível concluir que uma maior extensão do suporte probatório acarreta a elevação do número de inferências aplicáveis à solução das questões de fato e, conseqüentemente, torna a cognição judicial mais apta a volver casos dotados de maior nível de *complexidade*. Isso significa que casos sujeitos a *standards probatórios* mais rígidos e permeados por fatos jurídicos de *suporte fático complexo* tendem a exigir um volume mais elevado de provas e de inferências para que uma hipótese seja demonstrada.

Ocorre que “uma só prova relevante inadmitida ou não levada ao processo pode determinar que a conclusão sobre os fatos seja radicalmente diferente”, razão pela qual se intui que “aumentar a qualidade e a amplitude do material probatório tem como consequência o aumento tendencial da corroboração das hipóteses fáticas”.⁵²¹

Quanto maior a amplitude do conjunto instrutório disponibilizado, maior a quantidade de inferências que o juízo poderá correlacionar para o acerto da narrativa fática e, por consequência, mais acentuado o *nível de certeza* que o julgador possuirá para acautelar o pleito do proponente da ação. É o que bem ilustra Arthur Thompsen Carpes:

A probabilidade lógica tem por método o estabelecimento de conexões lógicas entre as provas colhidas no curso do processo e as alegações de fato. Tais conexões são o que determinam o grau de apoio inferencial que, em última análise, corresponde à verdade da alegação de fato. O aumento desse grau – devido ao incremento de elementos probatórios convergentes na mesma direção, p. ex. –, implica no aumento da probabilidade de que a hipótese de fato seja verdadeira. Estabelecida a estrutura inferencial do grau de apoio da hipótese fática, os problemas relativos a situações probatórias complexas se resolvem mediante

Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (orgs.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 91-92.

⁵²¹ RAMOS, Vitor de Paula. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 50.

a articulação de inferências, de modo a estabelecer, em sede conclusiva, o grau de probabilidade que os elementos de prova atribuem às diversas hipóteses fáticas. Assim é que se dá a construção do juízo quanto aos fatos da causa.⁵²²

A *contrario sensu*, quando limitado o arcabouço instrutório disponibilizado às partes, diminuta a chance de o julgador valer-se de inferências para parametrizar adequadamente os juízos de fato, o que tende a enfraquecer a *certeza* depreendida da avaliação dos autos. Como bem afirma Taruffo, “o grau de confirmação depende de quantas e quais provas estão disponíveis em relação a todas as provas possíveis, visto que se há outras provas – faltando informações que seriam relevantes – a confirmação da hipótese pode ser fraca ou dúbia”.⁵²³

Ora, uma vez assumido que a demonstração de questões de fato complexas demanda, em regra, o cruzamento de múltiplas inferências probatórias, bem como que o aumento da amplitude do conjunto instrutório tende a aumentar o número de inferências existentes, *é certo que a limitação dos meios de prova disponibilizados às partes constitui óbices para que questões de fato complexas sejam elucubradas.*

Essa é a premissa que deve nortear a resposta às perquirições em torno da influência do fator “*complexidade*” na admissão do mandado de segurança.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA A RESOLUÇÃO DE QUESTÕES DE FATO COMPLEXAS

Lançando mão das premissas acima traçadas, é possível vislumbrar que o *raciocínio probatório inferencial* assume contornos muito particulares nos casos submetidos ao rito da Lei 12.016/09.

Isso porque, no processamento do mandado de segurança, todas as inferências necessárias para o reconhecimento da existência do direito devem partir da prova documental, sendo vedada a análise do mérito do *mandamus* quando a comprovação das alegações fáticas dependa de prova testemunhal ou pericial.⁵²⁴ Noutros termos: o mandado de segurança não é afeito a um conjunto instrutório amplo, vez que a celeridade do seu procedimento é justificada pela *limitação horizontal* da cognição judicial, que se centra apenas sobre as inferências identificáveis da prova pré-constituída.⁵²⁵

⁵²² CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexos de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 97-98.

⁵²³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Traduzido por Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 239.

⁵²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 350-351.

⁵²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e

Em razão disso, a hipótese fática submetida ao acertamento judicial deve ser apta a convencer o auditório tão somente com alusão às informações contidas nos documentos trazidos em juízo, não podendo se aproveitar de inferências obtidas por fontes de prova diversas, tais como a pericial e a testemunhal.

Os fatos jurídicos subjacentes ao *mandamus* devem comportar palpável elucidação, de modo que a violação de *direito líquido e certo* arguida não pode corresponder a um fato jurídico que dependa da perquirição de elementos que extrapolem os limites da força probante da prova documental. Ocorre que tal circunstância, a despeito de conferir celeridade ao processamento do remédio constitucional, confina demasiadamente a formação do convencimento judicial, mormente se acatada a noção de que a ampliação do conjunto instrutório implica o aumento da corroboração da veracidade das hipóteses fático-litigiosas.

É relativamente comum verificar a necessidade de complementação do substrato documental que acompanhou a petição inicial quando as questões fáticas tangenciam eventos complexos. Tal noção pode ser exemplificada a partir da intrincada questão da comprovação da simulação contratual prevista no art. 446, inciso I, do CPC, conforme ponderam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

A simulação é uma das situações mais difíceis de provar. Tendo em conta essa contingência, nosso legislador permite a utilização de prova testemunhal em qualquer circunstância para a prova da simulação. Nada obsta, todavia, que o órgão jurisdicional forme seu convencimento a partir de prova indiciária, haja vista a dificuldade de se obter prova mais robusta a respeito do negócio simulado.⁵²⁶

Num fato intuitivamente complexo como a simulação contratual, o próprio legislador anteviu a necessidade de produção da prova testemunhal em caráter *prima facie*, eis que a demonstração de tal fenômeno pressupõe que o processo seja direcionado à completude instrutória através da agregação da prova oral aos demais indícios aportados à petição inicial.⁵²⁷

Sabe-se que a principal função exercida pela prova testemunhal é a de fornecer subsídios para que o magistrado possa corroborar a análise das demais informações instaladas no conjunto instrutório. Nesses termos,

ações constitucionais. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33-36.

⁵²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 573.

⁵²⁷ Nesse sentido, Joan Picó I Junoy adscrive que “o fator mais complexo da alegação de simulação é a sua prova”, pois, “se temos em conta que os contratantes atuam externamente de forma diferente ao que interiormente desejam, oculta-se assim uma vontade desejada muito difícil de se evidenciar” (PICÓ I JUNOY, Joan. Los indicios em la prueba de la simulación contractual. InDret 3, Barcelona, v. 3, set., 2017, p. 6, tradução livre).

quando a prova documental pré-constituída não é apta, por si só, a demonstrar a existência do fato probando, mas tão somente capaz de demonstrar a *verossimilhança* da tese do litigante, a prova testemunhal é produzida com a finalidade de confirmar a (in)veracidade das hipóteses formuladas pelas partes, a depender da convergência dos depoimentos com as inferências documentais previamente extraídas.⁵²⁸

Portanto, a prova testemunhal torna-se necessária para suplementar a prova material nas situações em que a *complexidade* dos fatos subjacentes ao litígio – decorrente da rigidez do *standard probatório*, do *suporte fático complexo* coligido na causa de pedir ou da dificuldade de demonstração do evento alegado – pressupõe a formação de um conjunto instrutório mais robusto e, conseqüentemente, abastecido por um número mais amplo de inferências probatórias.

Isso posto, torna-se possível explorar em que medida a “*complexidade*” das questões de fato subjacentes ao direito alegado influem na admissibilidade do mandado de segurança. Ocorre que o *writ* possui uma baixíssima capacidade de elucubração dos meandros fáticos do litígio, pois, por não viabilizar a produção de qualquer prova complementar à documentação pré-constituída, tende a obstar a construção de um *quadro inferencial* adequado para solucionar questões de fato complexas.⁵²⁹

Não se olvida que inúmeros fatos jurídicos tipicamente associados ao *writ* são passíveis de demonstração mediante simples prova documental pré-constituída. Tomando como exemplo as causas submetidas à esfera do direito previdenciário, pode-se afirmar que a revisão das regras de cálculo utilizadas para a mensuração do valor mensal de uma aposentadoria e o excessivo atraso da administração pública em efetuar o pagamento da primeira parcela do benefício após o reconhecimento do direito à aposentação são questões que podem ser suscitadas pela via do mandado de segurança, uma vez que a primeira permeia tão somente a definição da lei aplicável à espécie e a segunda pressupõe apenas a juntada de uma certidão que adscrava a localização temporal do reconhecimento do direito à aposentadoria.⁵³⁰

No entanto, alguns suportes fáticos não comportam demonstração tão simplificada, seja porque envolvem segmentos do direito material sujeitos à aplicação de um *standard probatório* mais rigoroso, seja porque envolvem a comprovação de eventos dotados de *suporte fático complexo*.

⁵²⁸ RAMOS, Vitor de Paula. Prova testemunhal: Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 134-137.

⁵²⁹ A propósito, para explicar a dinâmica referente ao cruzamento de inferências probatórias para a elaboração dos fundamentos decisórios, Michele Taruffo se vale da metáfora da “construção de um mosaico”. Para o autor, “fragmentos de informação esparsos e desgarrados, bem como pedaços de acontecimentos, podem combinar-se e compor-se num conjunto de factos coerentes e com senso. (...) São, num certo sentido, como o desenho que se forma, a partir de um monte de vidros coloridos, num mosaico” (TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. Revista *Julgar*, Coimbra, n. 13, 2011, p. 115).

⁵³⁰ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Curso de processo judicial previdenciário. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 365.

Como exposto alhures, o nível quantitativo e qualitativo das inferências necessárias para comprovar uma hipótese varia de acordo com a gravidade da consequência jurídica correlata ao caso concreto – como bem nota Knijnik, “quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado”.⁵³¹ Nos casos em que os efeitos da decisão judicial são gravosos, sensíveis e de elevado impacto social, não é crível que a segurança seja concedida com base em inferência extraída unicamente da prova documental pré-constituída. Isso significa que demandas submetidas a *standards probatórios* mais rígidos tendem a não se encaixar nos contornos procedimentais do mandado de segurança.

Mais uma vez, a exemplificação mostra-se útil: imagine-se que uma entidade de proteção à fauna e à flora impôs embargo a uma obra localizada em Área de Proteção Ambiental (art. 21 c/c art. 72 da Lei 9.605/88) e que, na sequência, a pessoa jurídica responsável pelo empreendimento impetrou mandado de segurança para que fosse autorizado o seguimento da referida construção. Neste caso, o embargo à obra promovido pela autoridade coatora dificilmente seria desconstituído pela via do mandado de segurança, não apenas porque a interdisciplinaridade inerente ao direito ambiental pressupõe a produção de prova pericial, mas, sobretudo, porque conceder uma imediata segurança ao autor da construção significaria ignorar os *standards probatórios* atrelados ao segmento do direito ambiental.⁵³²

Ante a complexidade do direito material discutido, é necessário que a convicção judicial seja encerrada somente quando atingido um conjunto instrutório multifacetado e apto a disponibilizar inferências documentais, periciais e estatísticas que subsidiem um elevado grau de certeza de que a obra não causará nenhum prejuízo ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Como bem observa Peixoto:

Parece possível exigir um estândar probatório de *alta probabilidade* por parte do autor da demanda que visa obter a licença ambiental em relação a uma atividade com potencial poluidor, no qual já houve constatação administrativa de que esta não pode ser realizada ou que esta não está obedecendo às medidas mitigadoras impostas administrativamente, causando danos ao meio ambiente. Essa maior exigência probatória decorreria tanto da pressão normativa e do princípio da precaução, quanto da preferência, no contexto do direito ambiental, de prevalecer a tutela do meio ambiente equilibrado em detrimento de um desenvolvimento que gere risco de danos ambientais.⁵³³

⁵³¹ KNIJNIK, Danilo. A prova nos processos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45.

⁵³² Ravi Peixoto propõe que os casos ligados ao direito ambiental estão sujeitos à sistemática da prova clara e convincente, que se trata do segundo standard probatório mais rígido. Para maiores informações: PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 284-289.

⁵³³ PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 289.

Casos dessa índole tendem a não comportar a admissão do mandado de segurança, eis que se torna bastante improvável que o *standard probatório* seja preenchido apenas com as poucas inferências extraídas de uma prova documental pré-constituída.

De outro giro, os fatos jurídicos dotados de *suporte fático complexo* também tendem a não se amoldar à lógica probatória do mandado de segurança. É que, apesar da existência de circunstâncias nas quais a prova material carrega altíssimo grau de confiabilidade (a exemplo dos documentos averbados por notários e registradores), é certo que tal instrumento, por si só, raramente poderá elucidar todos os aspectos multifacetados que compõem o *suporte fático complexo*.

Como exemplo, tome-se os mandados de segurança que intentam impedir a administração municipal de atualizar valores de cobrança de IPTU, amparados no fundamento de que a correção monetária promovida pelo Município teria sido excessiva e, por conseguinte, teria violado o princípio tributário do não-confisco estatuído no art. 150, inciso IV, da CF.⁵³⁴ Nesta hipótese, é evidente que a via do *mandamus* não se mostra cabível, pois a percepção do efeito confiscatório de determinado imposto requer a avaliação de uma série de elementos integrados à hipótese de incidência tributária, a exemplo da capacidade contributiva do sujeito passivo, dos critérios erigidos para a formação da base de cálculo, bem como da alíquota aplicada ao fato imponible.⁵³⁵ Todos esses elementos evidentemente não podem ser demonstrados por mera prova documental, muito menos pelo rito simplificado do mandado de segurança, eis que pressupõem o manejo de conhecimentos técnicos típicos da perícia judicial.

Em suma, casos como os acima listados demandarão conjunto instrutório robusto, dotado de provas *complementares* aquelas já anexadas à inicial. Tudo isso objetiva a construção de um plexo de inferências probatórias capaz de elucidar o contexto fático de maneira mais completa.

Portanto, na análise do mandado de segurança, o *fator complexidade* não pode ser descartado, eis que a cognição probatória prescindirá de provas complementares à documental a depender do rigor do *standard probatório* incidente ao caso, bem como da natureza do *suporte fático* que permeia o litígio.

O mandado de segurança tem um cabimento estrito, tendo em vista que somente pode ser admitido nas hipóteses em que a prova material seja apta a demonstrar cabalmente a existência de violação à direito líquido e certo, o que certamente não ocorre na presença de questões de fato cuja apreensão demanda raciocínio probatório complexo. Tudo isso tem uma razão de ser: a celeridade ínsita

⁵³⁴ Esse exemplo é bastante comum na praxe forense, sendo possível verificar a sua ocorrência no seguinte arresto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. AC 0076730-62.2018.8.16.0014, 2ª Câmara Cível, Rel.: Juíza Ângela Maria Machado Costa, j. 29.10.2019.

⁵³⁵ A complexidade inerente à discussão dos elementos subjacentes ao princípio do não-confisco é também reconhecida pela doutrina tributária. A título ilustrativo: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 186-187.

ao *mandamus* se justifica na medida em que se trata de um remédio processual excepcional, invocado apenas nas situações em que há abuso ou ilegalidade praticada pelo Poder Público de caráter evidente. Admitir que o mandado de segurança possa ser utilizado para acalantar toda e qualquer garantia violada significaria banalizar o instituto, anulando a celeridade que conforma a sua essência.

À medida em que não são parametrizados critérios adequados de admissão do mandado de segurança, estimula-se a litigância frívola e o processamento de mandados de segurança indevidos. Decerto, a impetração desmedida de mandados de segurança contribui para o aumento da taxa de congestionamento do Poder Judiciário e, por conseguinte, anula a própria celeridade que caracteriza o mandado de segurança, de modo a acarretar uma espécie de “ordinarização do ‘remédio heroico’, qual um antibiótico cujo uso indiscriminado aumentou a resistência microbiana, tornando-o tal inócuo que provoca, no máximo, um efeito placebo”.⁵³⁶

Logo, o *fator complexidade* deve se sobrelevar no mandado de segurança não somente em razão do maior número de inferências probatórias exigidas, mas também porque a indicação de filtros processuais mais rígidos na admissão do remédio constitucional é essencial para a contenção de sua impetração desmedida. Promove-se, nesse dinâmica, a eficiência do Poder Judiciário numa perspectiva macroscópica, garantindo a tutela justa, célere e adequada dos direitos materiais postulados em juízo. É o que bem aponta Remo Caponi, ao enunciar que a ideia de promoção da eficiência da Justiça Civil:

- a) contém, antes de tudo, uma determinação de escopo do processo civil: a justa composição das controvérsias em um prazo razoável;
- b) exige expressamente que o emprego dos recursos judiciais deva ser proporcional ao escopo;
- c) salienta que a eficiência da composição de cada controvérsia não deve perder de vista a gestão da massa dos processos.⁵³⁷

O devido processo legal somente se torna uma *realidade viva* a partir do momento em que são demarcados os espaços em que os litigantes estão autorizados a se valer de procedimentos excepcionais e abreviados para a busca da tutela de seus direitos e, também, os espaços em que eles são obrigados a recorrerem ao procedimento comum para resguardar a sua situação jurídica. Caso contrário, o Judiciário continuará a prestar um serviço que, em razão do volume excessivo de pretensões veiculadas pela via do *mandamus*, não

⁵³⁶ BECKER, L.A. O dilema dos litigantes: Processo Civil e a Teoria dos Jogos. In: Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2012, p. 88.

⁵³⁷ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Traduzido por Sérgio Cruz Arenhart. Revista de Processo, São Paulo, v. 192, fev., 2011, p. 400-401.

é capaz de outorgar resposta adequada e tempestiva às violações de direitos cometidas pelo poder público – o que acarreta evidente violação à cláusula do acesso à jurisdição.⁵³⁸

É por isso que a compreensão de que o mandado de segurança se trata de um remédio de caráter excepcional, cuja celeridade é justificada na restrição de seu cabimento, precisa ser destacada. A consciência de que a essência do *mandamus* não é afeita à discussão de questões de fato complexas é medida que promove a otimização da distribuição do tempo, dos recursos e dos esforços dispendidos pelo Poder Judiciário na gestão de litígios, pois, com isso, admite-se que as controvérsias dotadas de menor complexidade podem ser rapidamente resolvidas pela via do mandado de segurança, ao passo que as controvérsias permeadas por um nível de complexidade mais elevado devem ser norteadas pelos ditames do procedimento comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a clássica tese de que a complexidade das questões de fato e do raciocínio jurídico envolvido no litígio não influem no juízo de admissibilidade do mandado de segurança, imperioso obtemperar que o *fator complexidade* não pode ser simplesmente descartado no manejo desse importante remédio constitucional.

Como visto, questões de fato *complexas* demandam a construção de um raciocínio argumentativo coeso, consubstanciado pela conjunção de múltiplas inferências, as quais somente poderão ser extraídas de um conjunto instrutório robusto, constituído de todas as modalidades de prova disponíveis para a melhor elucubração da dinâmica dos fatos litigiosos.

Em guisa de conclusão, incumbe responder: “afinal, a complexidade do fato probando realmente importa”? Sim, importa (e importa muito).

Com efeito, questões submetidas a *standards probatórios* mais rigorosos tendem a pressupor a formação de um conjunto instrutório amplo e robusto. De igual parte, fatos jurídicos dotados de *suporte complexo* dificilmente poderão ser elucidados, em todos os seus contornos, por simples prova documental pré-constituída. E, por fim, não há restrição a direitos fundamentais que não assegure a prerrogativa da ampla defesa a todos os afetados.

Em suma, o mandado de segurança se trata de rito excepcional, que tende a não se coadunar, portanto, com a discussão de questões de fato de elevada complexidade.

⁵³⁸ Neste particular, embora se refira ao contexto dos processos coletivos, as ponderações de Sérgio Cruz Arenhart podem ser inteiramente aplicadas para o fenômeno ora perscrutado: “(...) é evidente que só há verdadeira garantia de acesso à jurisdição se aquele que postula em juízo possa obter uma resposta útil, eficaz, tempestiva e adequada. Caso contrário, ainda que não exista obstáculo ao acesso, porque este acesso é inútil, ineficaz e intempestivo ou inadequado, pouco interessa haverá na procura pela resposta jurisdicional” (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38).

REFERÊNCIAS

- ANDREKONSKI, Igor Matheus Bueno da Rocha; BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. A trivialização do mandado de segurança. In: MEZACASA, Douglas dos Santos (org.). O direito e sua complexa concreção 3. Ponta Grossa: Atena Editora, 2020.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao art. 5º, LXIX, da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. Revista de Processo, São Paulo, v. 282, ago., 2018.
- BECKER, L.A. O dilema dos litigantes: Processo Civil e a Teoria dos Jogos. In: Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. AC0076730-62.2018.8.16.0014, 2ª Câmara Cível, Rel.: Juíza Ângela Maria Machado Costa, j. 29.10.2019.
- CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Traduzido por Sérgio Cruz Arenhart. Revista de Processo, São Paulo, v. 192, fev., 2011.
- CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. Traduzido por Michele Pedrosa Paumgarten. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 3, set./dez., 2017.
- CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 1.
- EPSTEIN, Lee; KING, Lary. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência. Traduzido por Fábio Morosini: MOROSINI, Fábio et al. São Paulo: Direito FGV, 2013.
- KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Traduzido por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Mandado de segurança: o incessante aperfeiçoamento do instituto. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). Processo constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Problemas no mandado de segurança. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 73, 1963.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 21, 1985.
- OSNA, Gustavo. Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação, Curitiba, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2021.
- PICÓ I JUNOY, Joan. Los indicios em la prueba de la simulación contractual. InDret 3, Barcelona, v. 3, set., 2017.
- RAMOS, Vitor de Paula. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- RAMOS, Vitor de Paula. Prova testemunhal: Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Curso de processo judicial previdenciário. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.
- SCHMITZ, Leonard Zieseemer. Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e o controle das presunções judiciais. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.
- TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. Revista Julgar, Coimbra, n. 13, 2011.
- TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Traduzido por Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TRENTO, Simone. O Dever de Fundamentação e a Matéria Probatória: In: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (orgs.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado de las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Traduzido por Carlos Antonio Augurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani e Benigno Choque Cuenca. Santiago: Olejnik, 2019.
- WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TUTELA DA EVIDÊNCIA CONTRA O EXCESSO DE TEMPO: QUANDO ESPERAR NÃO É SABER⁵³⁹

Rogéria Dotti⁵⁴⁰

Ce sont deux notions-cadre qui visent à sanctionner l'excès sous ces deux formes: l'excès du trop peu et l'excès du trop plein.
(Marie-Anne Frison Roche)⁵⁴¹

1 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA EVITAR NÃO SÓ O TEMPO PERIGOSO, MAS TAMBÉM O TEMPO DESNECESSÁRIO

Um dos grandes avanços relativos à celeridade e à efetividade do processo ocorreu em 1994 quando, por força da Lei nº 8.952, o art. 273 do Código de 1973 (Código Buzaid) passou a autorizar a antecipação da tutela no curso da ação principal. Até então havia a necessidade da utilização do processo cautelar para a obtenção de provimentos de caráter satisfativo. Utilizava-se, assim, o único caminho processual existente, ainda que não adequado tecnicamente. O mesmo fenômeno ocorreu no direito italiano e foi denominado por Federico Carpi de *força expansiva da tutela cautelar*⁵⁴².

A partir de 1994, nosso sistema passou a conviver com dois regimes distintos: de um lado, o da tutela cautelar (com os requisitos clássicos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*) e, de outro, o da tutela antecipada (baseada na verossimilhança da alegação e no fundado receio de dano ou no abuso do direito de defesa). Ainda que muito positiva, a mudança trouxe dificuldades de distinção. Não raro, pleiteava-se tutela cautelar quando na verdade o que se pretendia era a satisfação imediata do direito e vice-versa. Tal incerteza poderia, inclusive, levar ao indeferimento da medida. De fato, como pondera Eduardo Talamini, não se estava a falar de *coisas distintas entre si como água e vinho*, mas de uma *zona cinzenta*, o que provocava divergência inclusive entre argutos processualistas⁵⁴³.

⁵³⁹ Frase da canção Pra não dizer que não falei das flores, escrita e interpretada por Geraldo Vandré, que obteve o segundo lugar no Festival Internacional da Canção Popular, realizado em 1968, no Rio de Janeiro.

⁵⁴⁰ Doutora e Mestre pela Universidade Federal do Paraná, Vice-Presidente da Comissão de Direito Processual Civil do Conselho Federal da OAB, Secretária-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Advogada.

⁵⁴¹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 22.

⁵⁴² CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano, Giuffrè, 1979, p. 47, citado por Luiz Guilherme Marinoni, Antecipação da Tutela, 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

⁵⁴³ Talamini, Eduardo. "Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro". *Revista de Processo*, v. 209/2012, p. 13-34.

Prova disso é que alguns anos mais tarde, através da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, acrescentou-se o parágrafo 7º ao art. 273, autorizando-se a fungibilidade entre as medidas⁵⁴⁴. Como destaca Daniel Mitidiero, o indeferimento de uma medida baseada apenas na distinção conceitual entre tutela cautelar e tutela antecipada só fazia sentido, “enquanto a ciência processual alimentava-se puramente de discussões conceituais”. Tal formalismo “excessivo e pernicioso, contudo, pertence à história do processo civil”⁵⁴⁵.

Passados mais vinte anos, o novo CPC unifica o regime, estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Com efeito, o parágrafo único do art. 294 deixa claro que a tutela de urgência é gênero, o qual inclui as duas espécies (tutela cautelar e tutela antecipada)⁵⁴⁶. Já o art. 300 estabelece as mesmas exigências⁵⁴⁷ para autorizar a concessão de ambas.

Mas o legislador de 2015 foi além. Ele deixou claro que a antecipação deverá ocorrer não apenas nos casos de *periculum in mora* (tutela de urgência), como também em todas as situações em que não mais se justifique a espera até o término da cognição (tutela da evidência). O que se pretende evitar com a antecipação da tutela não é mais apenas o perigo da demora, mas também a desnecessidade da espera quando já houver probabilidade e fragilidade da defesa.

Essa nova mentalidade fica demonstrada com a ampliação das hipóteses da tutela da evidência. Com efeito, essa técnica de antecipação já existia no sistema anterior (art. 273, II do CPC/73), mas foi significativamente ampliada para abarcar outras situações, além do abuso no direito de defesa.

Isso é extremamente positivo, na medida em que a demora processual gera uma outra exigência de celeridade: aquela inerente à satisfação dos direitos já evidenciados. Na França, Yves Strickler afirma que, na presença de um direito certo, o juiz deve considerar que a urgência fica ali mesmo demonstrada. Isso porque ela é inerente ao respeito de um direito incontestável⁵⁴⁸.

Pensando dessa forma, é possível perceber que a exigência de celeridade não se restringe ao *periculum in mora*. Ela também se caracteriza pela pressa em se satisfazer um direito que se mostra evidente. Diz-se, nessa medida, que o mero decurso do tempo para um direito evidente e que

⁵⁴⁴ Nesse ponto, ainda que o § 7º do art. 273 tenha previsto apenas a conversão da tutela antecipada em cautelar, a doutrina majoritária concluiu que se tratava de uma fungibilidade de dupla via, permitindo também o caminho inverso.

⁵⁴⁵ Mitidiero, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 163.

⁵⁴⁶ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

⁵⁴⁷ Art. 300 “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”

⁵⁴⁸ STRICKLER, Yves. “Le référé-différend”. Revue de recherches juridiques – Droit prospectif, 2004-3, Puam, Mars 2015, p. 1277-1315.

permanece sem resposta representa, por si só, uma lesão⁵⁴⁹. Essa nova e importante forma de conceber a antecipação da tutela implica em verdadeira *mudança funcional* da proteção provisória. No sistema francês, por exemplo, o instituto de antecipação sem urgência (*référé-provision*) é hoje encarado como uma forma de moralização das relações jurídicas entre credor e devedor⁵⁵⁰.

Esse intuito moralizador ganha destaque quando se percebe que o instituto impede que o devedor de má-fé utilize todos os artifícios do processo. Ele ainda oferece uma solução rápida e eficaz a um litígio que não merece ser decidido de outra forma⁵⁵¹.

A propósito, Dinamarco distingue as situações em que a demora torna inútil o processo daquelas em que a espera, *além do razoável*, gera *sofrimento do titular de direitos*. Nestas últimas, ainda que a prestação da tutela tenha utilidade, torna-se ilegítimo e injusto sujeitar a parte a tanta espera⁵⁵². Como se percebe, a tutela sumária, inicialmente destinada a proteger o direito diante do *periculum in mora*, evoluiu para responder à necessidade social de uma justiça imediatamente eficaz⁵⁵³. Essa outra exigência de celeridade constitui um dos pressupostos da tutela da evidência.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E APLICAÇÃO GENÉRICA DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Tutela da evidência, pensada a partir da ótica dos direitos fundamentais, deve ser aplicada de forma ampla e genérica. Isso significa que sempre que restarem comprovados os fatos alegados pelo autor, for apresentada uma defesa frágil pelo réu e houver a necessidade de continuidade da instrução, a tutela deverá ser antecipada. Isso deverá ocorrer independentemente de previsões típicas do direito material.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, *um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo*⁵⁵⁴. Isso significa que o que caracteriza os direitos evidentes é justamente a percepção de sua existência. E não a menção específica em um rol taxativo.

Tal percepção da evidência decorre de dois fatores conjugados: a probabilidade de um lado e a fragilidade da defesa de outro. Portanto, para a aplicação da tutela da evidência, é necessário o elemento da defesa frágil,

⁵⁴⁹ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309.

⁵⁵⁰ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 516.

⁵⁵¹ VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 36 e 37.

⁵⁵² DINAMARCO, Cândido. O regime jurídico das medidas urgentes. Revista Forense, v. 356, ano 97, julho-agosto de 2001, p. 32.

⁵⁵³ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 521.

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017) 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 282.

inconsistente. Observe-se que essa fragilidade pode já estar demonstrada nos autos (por uma contestação inconsistente, por exemplo) ou ser pressuposta pelo legislador, diante das peculiaridades da relação de direito material. Nesse último caso, há uma evidência fixada *a priori*, na própria lei. É o que ocorre, por exemplo, nas liminares possessórias (CPC, art. 562), na liminar dos embargos de terceiro (CPC, art. 678) e na liminar de despejo por falta de pagamento quando não houver garantias (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º).

Nos casos de direitos evidentes, o que autoriza a satisfação antecipada é justamente o princípio da isonomia. Afinal, um direito já evidenciado não pode ter o mesmo tratamento processual que um direito cujo reconhecimento ainda dependa da produção de provas. A igualdade e a paridade de tratamento entre as partes exigem que se trate de forma igual os iguais e de forma diferenciada as situações diferentes.

Relembre-se que os direitos evidentes já mereciam um tratamento diferenciado no sistema do Código de 1973. A propósito da possibilidade de antecipação prevista no art. 273, II do diploma anterior, Teresa Arruda Alvim afirmava tratar-se de um fenômeno *qualitativamente diferente das medidas de natureza cautelar*⁵⁵⁵.

Em artigo publicado em 1988, Egas Dirceu Moniz de Aragão reconhecia ser possível que a solução final do processo fosse desde logo adiantada, através de medida cautelar atípica⁵⁵⁶, quando a 'existência da obrigação não fosse seriamente contestável', valendo-se da expressão do CPC francês. Dizia, então, que isso poderia ocorrer quando houvesse razoável possibilidade de o beneficiário do adiantamento ganhar o processo principal e fosse possível garantir suficientemente o outro litigante para a hipótese de ocorrer o inverso. Trazia dois exemplos históricos de antecipações de tutela no Brasil. O primeiro, ocorrido em 19 de abril de 1947, quando o Tribunal de Justiça de São Paulo não concedeu mandado de segurança impetrado contra o ato do juiz que mandara separar uma gleba de terras, concedendo desde logo a posse provisória ao comunheiro, em virtude da demora do processo⁵⁵⁷. O segundo, em 1983, quando locatário e locador se desentenderam quanto ao valor do aluguel, tendo ocorrido autorização do juiz para o levantamento dos alugueres consignados nos autos. Isso se deu mediante medida cautelar atípica, sob o argumento da demora do processo e do direito do locador em receber ao menos o valor que o locatário entendia ser devido⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. Nulidades do processo e da sentença (1997). 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 403.

⁵⁵⁶ Naquela época ainda não havia no Brasil a previsão da antecipação da tutela no curso do processo de conhecimento.

⁵⁵⁷ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 57, 1º Trim. 1988, Rio de Janeiro: Forense, p. 51.

⁵⁵⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 57, 1º Trim. 1988, Rio de Janeiro: Forense, p. 51.

Agora, no sistema procesual de 2015, certos valores fundamentais orientam uma leitura do Código⁵⁵⁹ que contemple hipóteses não taxativas de antecipação. Com efeito, os princípios da isonomia (CF, art. 5º, caput), da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e CPC, art. 4º), da efetividade (CPC, art. 6º), da eficiência (CF, art. 37) e do contraditório (CF, art. 5º, LV) servem de fundamento para a antecipação dos direitos evidentes. Todos eles guardam uma relação próxima com o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e com a garantia de acesso adequado ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

Por sua vez, os conceitos jurídicos indeterminados constantes no art. 311, nos incisos I (abuso do direito de defesa ou propósito protelatório) e IV (inexistência de prova capaz de gerar dúvida razoável) permitem uma abertura das situações ali descritas para a tão desejada generalização.

Não é demais lembrar que os direitos fundamentais não podem ser vistos como simples garantia e mero direito de defesa do cidadão em relação ao Estado. Hoje se compreende que se tratam de *direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização*⁵⁶⁰.

Tais princípios constitucionais, as normas fundamentais do próprio Código (art. 4º, 6º, 7º e 8º) e o contraponto da fixação de caução constituem, portanto, as premissas para uma aplicação ampla e genérica da tutela da evidência.

3 ÔNUS DO TEMPO PARA A PROVA E OS EXEMPLOS DA FRANÇA E DA ITÁLIA

A antecipação da tutela dissociada da urgência parte da ideia da distribuição do ônus do tempo para a prova. Ou seja, não basta distribuir o ônus da prova. É preciso também pensar em quem deve suportar o tempo necessário para a prova. Tal concepção vem sendo defendida no Brasil há muitos anos por Luiz Guilherme Marinoni⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Além do art. 311, outros dispositivos do próprio Código de Processo Civil e da legislação extravagante também preveem a tutela da evidência. Alguns exemplos disso podem ser encontrados: nas ações possessórias (CPC, art.562), nos embargos de terceiro (CPC, art. 678), nas ações de despejo por falta de pagamento (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º), nas ações revisionais de aluguel (Lei nº 8.245/91, art. 68, II) e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, § único).

⁵⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org). Processo e Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 05.

⁵⁶¹ Cite-se, apenas a título de exemplo, a seguinte passagem da obra A Antecipação da Tutela, cuja primeira edição foi lançada em 1995: “A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela, 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 138). Antes disso, em 1992, Luiz Guilherme Marinoni já sustentava, amparado por lições de Ovídio Baptista da Silva, que o procedimento ordinário deveria ser utilizado apenas para os casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência do direito de cada parte fosse equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela

Essa forma de conceber o problema do tempo no processo constitui uma realidade na Itália e na França. Em ambos os sistemas é possível antecipar a satisfação dos direitos evidentes, com base na fragilidade da defesa do réu. Tais experiências estrangeiras notoriamente serviram de inspiração para o legislador brasileiro. Essa é a razão pela qual se deve analisar o que veio antes da previsão do Código de Processo Civil de 1973 (art. 273, II) e do Código de Processo Civil de 2015 (art. 311).

Com efeito, no final dos anos setenta, Andrea Proto Pisani, tratava na Itália da chamada *tutela giurisdizionale differenziata* e identificava a existência de procedimentos sumários típicos, os quais podiam oferecer a utilidade prática equivalente (se não idêntica) àquela que se obtinha com a cognição plena e exauriente. Eram os denominados provimentos sumários não cautelares, com cunho claramente satisfativo⁵⁶².

Ou seja, há bastante tempo a doutrina identifica a existência de *duas estradas* para a atuação jurisdicional dos direitos, como bem ilustra a figura de linguagem de Giuliano Scarselli⁵⁶³. De acordo com a primeira, deve-se inicialmente reconhecer de forma plena (com cognição completa e exauriente) quem tem razão para só então proceder à satisfação forçada do direito. Segundo a outra, a satisfação de um suposto direito prescinde da cognição completa e exauriente, podendo ser antecipada, ainda que em um momento posterior se complemente a cognição, inclusive com a responsabilização por eventuais equívocos judiciais e danos.

A *condenação com reserva de exceções*, prevista no sistema italiano, consiste em uma técnica processual que permite a adoção desse segundo caminho, distribuindo-se o tempo de acordo com a necessidade de instrução. Baseando-se na prova suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, aliada à inconsistência das exceções opostas pelo réu, ou ainda na ausência de contestação (fato incontroverso), o juiz pode conceder um provimento condenatório de eficácia imediata, mas sob a condição resolutiva⁵⁶⁴. É o que vem previsto, por exemplo, no art. 65 da Lei nº 1.669, de 14 de dezembro de 1933 (*cambiale*) e no art. 57 da Lei nº 1736, de 21 de dezembro de 1933 (*assegno bancario*). De igual forma, o instituto está contemplado, mais recentemente, nos arts. 35, 36, 648 e 665 do Código de Processo Civil italiano, assim como no art. 1.462 do Código Civil.

Assim, independentemente da urgência, uma vez comprovado o fato constitutivo do direito e, havendo exceções opostas pelo réu que dependam de dilação probatória, o magistrado pode, desde logo, condenar o réu a adimplir a obrigação. Com isso, o autor suporta a duração do processo necessária para a aferição dos fatos constitutivos de seu direito, incumbindo ao réu suportar o tempo restante, para a prova dos fatos que fundamentam suas exceções⁵⁶⁵.

cautelar e tutela antecipatória, (1992), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116).

⁵⁶² PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. Rivista di Diritto Processuale, n. 4, Ottobre-Dicembre 1979, Padova: Cedam, 1979, p. 538.

⁵⁶³ SCARSELLI, Giuliano. La Condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 05.

⁵⁶⁴ PROTO PISANI, Andrea. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”. Revista de Processo, v. 90, Abr-Jun 1998, p. 22-35.

⁵⁶⁵ PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. Sesta edizione aggiornata a cura dell’autore e di Remo Caponi, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 569.

Verifica-se, portanto, a existência de cognição exauriente em relação aos fatos constitutivos do direito do autor e, ao mesmo tempo, uma deliberação sumária quanto à *infondatezza*⁵⁶⁶ das exceções opostas pelo réu⁵⁶⁷. Há, nesse passo, as ideias de probabilidade do direito e fragilidade da defesa.

O instituto da *condanna con riserva* afasta, assim, o princípio de que o juiz deve conhecer todas as exceções apresentadas pelo réu antes de proferir a decisão. Ele ainda liberta o sistema da noção de que somente a urgência pode inverter a ordem das atividades jurisdicionais.

Na França, por sua vez, a tutela provisória é considerada como o instituto que *salvou a honra da justiça*⁵⁶⁸. Trata-se, sem dúvida, de um fenômeno de grande popularidade e aceitação. Tais efeitos se verificam não apenas entre os jurisdicionados, mas também entre os operadores do direito em geral. O procedimento utilizado para tanto, ou seja, o *référé* é considerado uma das feições mais familiares da justiça⁵⁶⁹. Isso se deve, primordialmente, a dois fatores: simplicidade e eficácia. Roger Perrot chega a denominar o instituto de *SAMU judiciaire*⁵⁷⁰, fazendo referência ao serviço de atendimento médico de urgência da França (*Service d'Aide Médicale d'Urgence*). A imagem é perfeita pois, tanto aqui como lá, o atendimento é imediato, superficial e satisfativo. Muitas vezes, o que se pretende é evitar a morte até que ocorra um atendimento mais aprofundado. Em outros casos, a “cura” do paciente se dá no próprio serviço de emergência, não sendo necessário um tratamento hospitalar. Em todas as situações, portanto, garante-se um socorro rápido e eficiente.

O mais interessante é que o *référé* francês, que surgiu como um provimento cautelar e baseado na urgência, ampliou-se para abranger uma medida satisfativa destacada do *periculum in mora (référé-provision)*. Isso se deu com o Decreto 73-1122, de 17 de dezembro de 1973⁵⁷¹, o qual instituiu a possibilidade de uma ordem antecipatória sempre que a obrigação não fosse *seriamente contestável*. Ele está previsto principalmente nos arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil francês.

Tal evolução, de um caráter meramente conservativo para a possibilidade de satisfação antecipada dos direitos, decorre da noção de evidência do direito, construída, por sua vez, a partir da ideia de ausência de contestação séria⁵⁷².

Observe-se que essa mesma concepção de defesa frágil ou inconsistente está presente em todos os incisos do art. 311 do Código de Processo Civil brasileiro.

⁵⁶⁶ O significado é de uma inconsistência, semelhante à ideia de contestação não séria da doutrina francesa.

⁵⁶⁷ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 264.

⁵⁶⁸ NORMAND, Jacques. “Les fonctions des référés”, in Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 87.

⁵⁶⁹ STRICKLER, Yves. Procédure Civile, 8e édition, Bruxelles: Bruylant, 2018, p. 279.

⁵⁷⁰ PERROT, Roger. Institutions judiciaires, Paris: Montchrestien – Lextenso éditions, 2012, p. 107.

⁵⁷¹ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1336.

⁵⁷² DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata. Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 300.

4 A LIÇÃO DE CHIOVENDA: AQUILO QUE NORMALMENTE ACONTECE AO INVÉS DE TUDO O QUE PODE VIR A ACONTECER

Na Itália, ao tempo de Chiovenda e, portanto, antes da reforma de 1990, a execução da sentença só poderia ocorrer após o trânsito em julgado⁵⁷³. Mesmo assim, o sistema admitia exceções a essa regra geral. Para justificá-las, Chiovenda partia da análise do que era mais comum, ou visto por outro lado, da raridade das situações de reforma da sentença já confirmada em grau de apelação. Esse é o ponto que merece destaque: a rara ocorrência de reforma poderia autorizar desde logo a execução. Tal raridade justificava uma autorização do legislador para a execução antes do final do processo.

Admitia-se, então, que o processo pudesse se comportar conforme *o que geralmente acontece*, mais do que conforme o que efetivamente *pode acontecer*⁵⁷⁴. A lógica era claríssima: se grande parte das decisões proferidas pela Corte são mantidas, por que não permitir que tais (prováveis) direitos fossem desde logo realizados? Essa foi a opção feita pelo legislador: valorizar a decisão proferida no julgamento da apelação, concedendo-lhe imediatamente o efeito executivo.

Ainda que Chiovenda tenha tido como foco o interesse geral, partindo então da premissa de que a execução antecipada constituiria um direito do Estado, decorrente de razões estatais quanto ao favorecimento do comércio pelos direitos de crédito (e não do equilíbrio ou equidade entre as partes litigantes)⁵⁷⁵ é de grande importância sua percepção de que o sistema judiciário deveria servir àquilo que normalmente acontece.

⁵⁷³ A generalização da execução provisória das sentenças passou a ser admitida na Itália apenas em 1990, com a edição da Lei nº 353, de 26 de novembro de 1990, a qual alterou a redação do art. 282 para “La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti”.

⁵⁷⁴ “Ma chi intende il processo come un organismo di attuazione del diritto oggettivo e l’azione come un diritto autonomo, comprende più facilmente che il processo, nell’interesse generale, si comporti talvolta secondo ciò che generalmente accade anziché secondo quello che efetivamente può accadere nel caso concreto. É lo Stato che, in considerazione dell’autorità del giudice d’appello e della rarità (in via relativa, cioè di percentuale) delle riforme della sua sentenza, si determina a porre le mani sui beni del convenuto condannato in appello, sebbene no si sappia se sia veramente debitore, e ciò perchè normalmente, il convenuto condannato in appello é veramente debitore, ed è utile, nell’interesse generale del comercio giuridico, considerarlo sempre come tale. Ma questo è um diritto dello Stato (come, in altro campo, è un diritto dello Stato la detenzione preventiva dell’imputato): a questo diritto dello Stato corresponde nel privato una mera azione”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), v. I. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

⁵⁷⁵ A concepção do processo como “coisa das partes”, presente no Código italiano de 1865 por força da influência francesa e especialmente do Código de Napoleão, vigorou na Itália até o início do século XX quando surge a concepção publicista do processo. A partir de então, passou-se a valorizar o poder do juiz e o interesse público na administração da Justiça. Segundo Michele Taruffo, essa nova fase, voltada para o publicismo, tem forte ligação com o ensaio de Chiovenda sobre a ação, em 1903. (TARUFFO, Michele, A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje/Michele Taruffo, Daniel Mitidiero. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 221).

Essa lição é valiosa. O Poder Judiciário, também em virtude do princípio da eficiência, pode e deve agir com base *no que normalmente acontece*. Admitir todas as hipóteses do que *pode vir a acontecer* para impedir a execução imediata é algo que não corresponde nem à lógica, nem ao bom senso.

Saliente-se que o próprio Código de Processo Civil de 2015 já contempla a relevância do que *ordinariamente acontece* para a aplicação judicial das regras de experiência (CPC, art. 375).

A mesma forma de pensar pode e deve ser aplicada à tutela da evidência. Ou seja, para autorizar a antecipação é preciso considerar não tudo o que pode acontecer, mas *o que normalmente acontece*. Se o autor já comprovou o fato constitutivo do seu direito e a defesa do réu é frágil, provavelmente, o pedido será julgado procedente. A tutela da evidência, sob essa ótica, permite uma melhor distribuição do tempo no processo, valendo-se da lição Chiovendiana das coisas que *normalmente acontecem*.

5 UMA NOVA EXIGÊNCIA DE CELERIDADE: O DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO

A duração excessiva do processo é fonte não apenas de injustiça, mas também de descrédito para o Poder Judiciário. Tais efeitos são sentidos pelas partes e pela coletividade. São os chamados efeitos sociais da demora. Eles consistem, por exemplo, na atitude reprovável daqueles que veem consequências positivas no descumprimento da lei. Observe-se ainda a consequência reflexa dessa forma de agir: *as pessoas se veem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas e indevidas vantagens, das mais diversas naturezas*⁵⁷⁶.

A tutela da evidência pode colaborar para a reversão desse quadro. Ao permitir a satisfação imediata de um direito evidente, ela resgata a importância e a eficiência da prestação jurisdicional.

Mas, para tanto, é preciso compreender que existe um verdadeiro dever de antecipação dos direitos evidentes. Afinal, como não ver a necessidade de pronta satisfação do direito do autor quando, após a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, surge uma defesa absolutamente frágil e inconsistente?

Lembre-se que nos casos de inconsistência da defesa do réu (e probabilidade do direito do autor), o julgamento de improcedência do pedido é extremamente raro. Isso porque se os argumentos do réu são frágeis, a tendência é realmente o pronunciamento de um julgamento final favorável ao requerente. Tal juízo de probabilidade justifica e autoriza a concessão da tutela da evidência de forma ampla e genérica, inclusive no Brasil.

A raridade da ocorrência de equívoco ou de reforma da decisão, como sustentava Chiovenda⁵⁷⁷, deve ser um elemento a mais para autorizar

⁵⁷⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 171.

⁵⁷⁷ “Ma chi intende il processo come un organismo di attuazione *del diritto oggettivo* e

a concessão da tutela da evidência. *Aquilo que normalmente acontece* agrega-se à produção das provas para auxiliar a formar (ou melhor, a fortalecer) o juízo de probabilidade. Como se sabe, a inconsistência de defesa do réu normalmente leva à procedência final do pedido do autor. Daí a razão pela qual as hipóteses descritas no art. 311 do Código de Processo Civil, e todas as outras que abrangem a evidência do direito, autorizam desde logo a sua satisfação antecipada.

Essa exigência de celeridade, completamente dissociada do *periculum in mora*, é o que se denomina de *dever de antecipar a tempo*. O uso dessa expressão *a tempo* evita uma confusão indesejada com a noção clássica de urgência (*periculum in mora*) e, de igual forma, mostra que a antecipação da tutela deve ocorrer desde logo, ou seja, no tempo adequado, no tempo propício. *A tempo* significa justamente algo que ocorre no momento certo.

6 A TUTELA DA EVIDÊNCIA ESTIMULA OS ACORDOS E AS CONDUTAS MAIS COLABORATIVAS

Observe-se que a antecipação da tutela dos direitos evidentes produz benefícios não apenas para os litigantes (no que diz respeito à justa distribuição do ônus do tempo no processo⁵⁷⁸), mas também para o sistema judicial. Com efeito, a realização antecipada do direito produz impacto na esfera material e, com isso, gera uma tendência de mudança nos comportamentos processuais.

Tal fenômeno é de fácil percepção. Quando a parte ré sofre os efeitos concretos da decisão antecipada, o que se verifica é que ela deixa de ter razões para adotar condutas protelatórias. A lógica que se estabelece é muito clara: a protelação não consegue mais servir de escudo para evitar a satisfação do direito. Daí porque desaparece o interesse de praticar abusos e de aproveitar o decurso do tempo. Este, que antes pesava para o autor, passa a pesar para o réu. Com isso, inverte-se o eixo de rotação: ao invés de protelar, torna-se mais interessante obter desde logo o pronunciamento final. Nesse sentido,

l'azione come un diritto autonomo, comprende più facilmente che il processo, nell'interesse generale, si comporti talvolta secondo ciò che generalmente accade anziché secondo quello che effettivamente può accadere nel caso concreto. É lo Stato che, in considerazione dell'autorità del giudice d'appello e della rarità (in via relativa, cioè di percentuale) delle riforme della sua sentenza, si determina a porre le mani sui beni del convenuto condannato in appello, sebbene non si sappia se sia veramente debitore, e ciò perchè normalmente, il convenuto condannato in appello é veramente debitore, ed è utile, nell'interesse generale del commercio giuridico, considerarlo sempre come tale. Ma questo è un diritto dello Stato (come, in altro campo, è un diritto dello Stato la detenzione preventiva dell'imputato): a questo diritto dello Stato corrisponde nel privato una mera azione". (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), v. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

⁵⁷⁸ Consoante lição de Luiz Guilherme Marinoni, o qual desde o início dos anos 90 defende o tratamento diferenciado às hipóteses em que o direito aparece como evidente desde logo e a defesa é exercida de modo a protelar sua realização. (MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 48).

a tutela da evidência constitui um importante estímulo para demover as partes de comportamentos protelatórios.

Mas não é só. Os efeitos concretos da antecipação também fazem aumentar o interesse na realização de acordos. Isso porque a derrota no processo se torna uma probabilidade forte. Logo, a parte ré passa a fazer o cálculo do prejuízo que poderá sofrer com o desfecho do processo. Do ponto de vista da análise de custo-benefício, fica claro para o litigante que uma composição amigável pode reduzir o provável prejuízo e gerar vantagens.

Ambos os efeitos da tutela antecipada (estímulo aos comportamentos mais colaborativos e incentivo aos acordos) constituem benefícios gerados para a coletividade como um todo e não apenas para os litigantes. De um lado, os comportamentos processuais adequados facilitam a tramitação processual e evitam o desperdício de tempo e dinheiro na prestação jurisdicional. De outro, a celebração de acordos reduz a carga imensa de demandas, permitindo que os recursos financeiros e humanos sejam realocados dentro do sistema. Isso sem falar na própria promoção da pacificação social, objetivo tão importante para toda e qualquer comunidade. Como bem exposto por Thereza Arruda Alvim, a concepção contemporânea do acesso à justiça exige que se viabilizem mecanismos de resolução que propiciem o tratamento adequado às hipóteses concretas⁵⁷⁹.

Por outro lado, a existência desse interesse público na tutela da evidência pode autorizar sua concessão até mesmo de ofício, mas desde que mediante a consulta à parte em virtude do sistema da responsabilidade civil. Parece claro ser possível admitir a concessão por iniciativa do juiz, desde que a parte esteja de acordo e assuma a responsabilidade pela medida antecipatória. A esfera de atuação individual estará preservada e, ao mesmo tempo, o Poder Judiciário assumirá uma postura proativa, gerando vantagens para todo o sistema.

CONCLUSÃO

A probabilidade do direito do autor, quando associada à fragilidade da defesa do réu, autoriza a antecipação da tutela, independentemente do *periculum in mora*. Isso porque, nas situações de direito evidente, surge uma outra exigência de celeridade, decorrente da própria injustiça da espera.

O raciocínio parte da compreensão de que se o autor já se desincumbiu do seu ônus probatório e se o réu apresentou uma defesa frágil e inconsistente, não existem razões para postergar a satisfação do provável direito.

Uma visão do processo civil baseada nos princípios da isonomia, duração razoável do processo, efetividade e eficiência conduz, portanto, à aplicação ampla e genérica da tutela da evidência.

Além disso, a lógica de que o Poder Judiciário deve pautar sua atuação *naquilo que normalmente acontece*, decorrente da notável lição de Chiovenda, constitui um

⁵⁷⁹ ALVIM, Thereza. O direito de família e o novo Código de Processo Civil Brasileiro, in Revista Ibdfam: família e sucessões, v. 13, jan/fev, Belo Horizonte: Ibdfam, 2016.

elemento importante para autorizar a antecipação. Saliente-se que o próprio Código de Processo Civil de 2015 já contempla a relevância do que *ordinariamente acontece* para a aplicação judicial das regras de experiência (CPC, art. 375).

A aplicação da tutela da evidência, a partir desses novos parâmetros, gerará ainda os benefícios do estímulo às soluções consensuais e às condutas processuais mais colaborativas.

Logo, por todos esses motivos e considerando a raridade das decisões de improcedência nas situações de evidência (fragilidade da defesa e probabilidade da alegação do autor), é possível antever uma outra exigência de celeridade, distinta do perigo da demora: o *dever de antecipar a tempo*. Com efeito, nas situações de evidência do direito, quando se alcança um nível elevado de convencimento judicial, surge a necessidade da satisfação imediata da pretensão do autor.

Tanto na vida, como no direito processual civil, merecem ser lembradas as lições da canção⁵⁸⁰, cuja letra afirma que *esperar não é saber*. A música ensina que *quem sabe faz a hora, não espera acontecer*. Isso vale para a compreensão acerca da cognição processual e da necessidade (ou não) do prévio exaurimento de provas. Afinal, se já existe um convencimento judicial, deve-se antecipar a tutela. Nesse sentido, o processo será efetivo sempre que conseguir evitar tanto o *excesso do muito pouco*, como o *excesso do muito cheio*⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Pra não dizer que não falei das flores, de autoria de Geraldo Vandré.

⁵⁸¹ Como já exposto na abertura desse trabalho, a expressão é de Marie-Anne Frison-Roche: “Ce sont deux notions-cadre qui visent à sanctionner l’excès sous ces deux formes: l’excès du trop peu et l’excès du trop plein”. (FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure. In: Le temps dans la procédure, Paris: Dalloz, 1996, p. 22).

REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org). Processo e Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ALVIM, Thereza. O direito de família e o novo Código de Processo Civil Brasileiro, in Revista Ibdfam: família e sucessões, v. 13, jan/fev, Belo Horizonte: Ibdfam, 2016.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Nulidades do processo e da sentença (1997). 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano, Giuffré, 1979, p. 47, citado por Luiz Guilherme Marinoni, Antecipação da Tutela, 9. ed., revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien. Paris: Dalloz, 2007.
- CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33 édition, Paris: Dalloz, 2016.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), v. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940.
- DINAMARCO, Cândido. O regime jurídico das medidas urgentes. Revista Forense, v. 356, ano 97, julho-agosto de 2001.
- DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata. Milano: Giuffré Editore, 2015.
- FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória, (1992), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela, 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017) 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 57, 1º Trim. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- NORMAND, Jacques. “Les fonctions des référés”. In: Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Bruxelles: Bruylant, 1998.
- PERROT, Roger. Institutions judiciaires, Paris: Montchrestien – Lextenso éditions, 2012.
- PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. Rivista di Diritto Processuale, n. 4, Ottobre-Dicembre 1979, Padova: Cedam, 1979.
- PROTO PISANI, Andrea. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per

ingiunzione nell'ordinamento italiano". Revista de Processo, v. 90, Abr-Jun 1998.

PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. Sesta edizione aggiornata a cura dell'autore e di Remo Caponi, Napoli: Jovene Editore, 2014.

SCARSELLI, Giuliano. La Condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989.

STRICKLER, Yves. Procédure Civile, 8e édition, Bruxelles: Bruylant, 2018.

STRICKLER, Yves. "Le référé-différend". Revue de recherches juridiques – Droit prospectif, 2004-3, Puam, Mars 2015.

TALAMINI, Eduardo. "Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro". Revista de Processo, v. 209/2012.

TARUFFO, Michele, A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje/ Michele Taruffo, Daniel Mitidiero. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisori senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.

VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: AUTONOMIA PARA O FIM DA VIDA

César Ghizoni⁵⁸²

INTRODUÇÃO

A finitude da vida intriga a humanidade desde os seus primórdios. Sempre se buscou meios de evitar e de prorrogar a morte. Os crescentes avanços da medicina, das técnicas e das tecnologias empregadas têm aumentado as possibilidades de prolongamento da vida humana, inclusive com o planejamento do evento morte a partir de comandos médicos.

Superado o paradigma do paternalismo médico e reconhecida a autonomia do paciente na tomada de decisões sobre sua saúde, acirraram-se as discussões éticas e jurídicas acerca da possibilidade de recusa a tratamento médico que possa prolongar a vida dos pacientes.

Sustenta-se, de um lado, a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida, que autorizaria a intervenção médica para salvaguarda da vida do paciente ainda que contra a sua vontade. Lado outro, pontuam-se os direitos à autonomia e à autodeterminação dos indivíduos, conjugados com o princípio da dignidade da pessoa humana, que garantem o direito a uma morte digna e sem a imposição de sofrimentos desnecessários.

Situações em que a vida biológica passa a ser mantida exclusivamente por métodos artificiais, não raras vezes impelem ao paciente tão somente o prolongamento de sofrimento desproporcional, potencializando, ainda, a angústia de seus entes queridos.

Na solução de impasses desse jaez, as diretivas antecipadas de vontade ostentam grande relevo e importância. Constituem-se em manifestações prévias do paciente por meio das quais expressamente indica os cuidados que quer ou não receber no caso de se encontrar sem condições de manifestar livremente a sua vontade. Além de garantir o atendimento dos desejos do paciente, conferem maior respaldo e segurança aos profissionais da medicina para a tomada de decisões em situações conflitantes.

Nessa linha, serão abordadas questões relativas ao direito à vida, à autonomia e autodeterminação e à dignidade da pessoa humana como fundamentos de validade das diretivas antecipadas de vontade. Em seguida, analisa-se o conceito e as espécies de diretivas antecipadas de vontade,

⁵⁸² Juiz de Direito da 2ª Vara de Sucessões do Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná (2019-2020). Juiz Auxiliar da Corregedoria do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (2016). Membro da Comissão Examinadora do Concurso Público para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Paraná (2012, 2013, 2014 e 2019). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNICURITIBA. Endereço para correspondência eletrônica: cegh@tjpr.jus.br.

desenvolvendo-se as hipóteses em que se admitem sua aplicação e as situações em que o médico não deverá dar-lhes cumprimento.

Por fim, é analisada a questão da eutanásia passiva nos casos de não-oferta de suporte vital (NSV), de retirada de suporte vital (RSV) e de ordem de não reanimação mecânica (ONR), bem assim sua conformação jurídica sob o enfoque do direito à morte digna.

1 PATERNALISMO MÉDICO E AUTONOMIA DO PACIENTE

A busca pela preservação da saúde humana acompanha a história da Humanidade⁵⁸³. Desde os primórdios da sua existência, o homem se preocupa com a própria saúde, seja na era primitiva, quando lambia as próprias feridas, seja na atualidade, onde os contínuos avanços tecnológicos propiciam a cura de muitos males, os quais, no passado, levavam reiteradamente à morte⁵⁸⁴.

Dessa preocupação surgiu a medicina, que, no início, tinha um caráter místico e estava nas mãos dos feiticeiros e sacerdotes. O estudo anatômico mesclava-se com a religiosidade, acreditando-se que a saúde e a doença eram simples desígnios da divindade⁵⁸⁵.

Os maiores avanços e desenvolvimentos da medicina ocorreram na Grécia e são creditados a Hipócrates – até hoje considerado o pai da medicina. Foi ele que, há mais de 2.500 anos, arrancou dos deuses a arte de curar e a entregou aos homens⁵⁸⁶. Dentre os escritos que constituem o *Corpus Hippocraticum* estão os famosos Aforismos e o Juramento – declaração solene que leva o seu nome e até hoje é feita pelos formandos nas cerimônias das faculdades de Medicina brasileiras. No Juramento de Hipócrates, os médicos se comprometem a aplicar a medicina para o bem do doente e segundo o seu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

Surge daí a chamada ética hipocrática, fundada no princípio da beneficência, que preconiza o dever dos profissionais da saúde e do investigador de promover primeiramente o bem do paciente e se baseia na regra da confiabilidade⁵⁸⁷. O princípio da beneficência vertical ou impositiva dita que o cuidado e o tratamento do paciente cabem unicamente ao médico, pois é ele o detentor do conhecimento técnico e age visando o bem do paciente⁵⁸⁸. Busca sempre o bem do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considera benéfico para o paciente, atribuindo unicamente ao médico o poder

⁵⁸³ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da saúde. Lisboa: Universidade Católica, 2014.

⁵⁸⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Direito da saúde de acordo com a constituição federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁵⁸⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁸⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁸⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

⁵⁸⁸ BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F; Princípios de ética biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

de decisão⁵⁸⁹. Permite-se ao médico adotar um posicionamento paternalista, definindo ele mesmo o que é o melhor para o paciente e legitimando a intervenção profissional ainda que contra a vontade expressa do enfermo.

A relação médico-paciente seguiu então pautada pela assimetria. O médico era o portador de todo o conhecimento necessário para o tratamento e, portanto, o detentor do destino da vida do paciente. A ele incumbia, unicamente, a escolha dos tratamentos e procedimentos aptos curarem o paciente. Ao paciente cabia confiar no profissional e se submeter às suas indicações, em um modelo conhecido como paternalismo médico⁵⁹⁰. O paciente não era sujeito do seu próprio tratamento, não possuía autonomia ou interação com a prática médica, detentora do verdadeiro saber conformativo do corpo e da moral⁵⁹¹.

Essa concepção somente passou a sofrer modificações com o fim da Segunda Guerra Mundial. Os experimentos nazistas realizados com prisioneiros de guerra nos campos de concentração levaram à elaboração de diretrizes internacionais para a pesquisa científica com pessoas. Dos postulados extraídos do julgamento dos crimes de guerra por um Tribunal Militar Internacional, sediado em Nuremberg, elaborou-se o Código de Nuremberg em 1947. Seu objetivo era garantir que princípios dos direitos humanos – em particular a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade – seriam o ponto de partida de qualquer pesquisa científica envolvendo pessoas⁵⁹², estabelecendo o consentimento informado como requisito para a validade ética das experiências médicas. Considerou-se que intervenções médicas não autorizadas pelo enfermo constituem violação ao direito à autodeterminação individual⁵⁹³, orientações que foram posteriormente incorporadas pela Declaração de Helsinki em 1964.

Passa-se à valorização da autonomia do paciente, diante do seu reconhecimento como sujeito de direitos fundamentais. A relação médico-paciente deixa de ser verticalizada para ser representada de forma horizontal. O paciente não mais se encontra em posição passiva e deixa de ser mero objeto da prática médica, passando a desempenhar ativo papel na tomada de decisões sobre sua saúde e sobre o tratamento médico. A partilha de poder permite que os pacientes cuidem de si mesmos em vez de criar com o médico uma relação de dependência⁵⁹⁴. O princípio da autonomia institui a aceitação de que as pessoas se autogovernem e tomem suas próprias decisões no campo

⁵⁸⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa da Saúde* 2:7, 2004.

⁵⁹⁰ SIQUEIRA, José Eduardo. Considerações éticas sobre a relação médico-paciente. In: BRAGA, Reginaldo; SOUSA, Filipe. (org.). *Compliance na saúde: Presente e futuro de um mercado em busca de autorregulação*. Salvador, Sanar, 2016.

⁵⁹¹ STANCIOLO, Brunello Souza, *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁵⁹² GUILHEM, Dirce; DINIZ, Debora. *O que é ética em pesquisa*, 2008.

⁵⁹³ WANSSA, Maria do Carmo Demasi. *Autonomia versus beneficência*. Revista *Bioética*. Brasília, v. 19, 2011.

⁵⁹⁴ GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*, 2004.

da saúde, visando a resguardar a dignidade e o direito de autodeterminação⁵⁹⁵. Na lição de FACHIN, “o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e a natureza através da razão”⁵⁹⁶.

Como bem pontua SCAFF, “Tal realidade impede que se pense, atualmente, na figura do paciente como um destinatário meramente passivo e subordinado aos atendimentos médicos, ou que tenha a sua opinião e desejos olímpicamente desconsiderados durante o curso do tratamento”⁵⁹⁷, ou ainda que deva se submeter, de maneira absoluta e obediente, às orientações e procedimentos escolhidos unilateralmente pelo profissional da Medicina. Cabe somente ao paciente anuir com determinado tratamento ou exame. Não pode o médico substituí-lo na tomada dessa decisão e impor qualquer espécie de procedimento, ainda que fundado em critérios técnicos.

A autonomia do paciente lhe assegura o direito de assumir o domínio sobre a escolha das terapias a que será submetido, mediante os esclarecimentos prestados pelo médico responsável⁵⁹⁸. Essa autonomia somente será real, todavia, se o consentimento for fruto de uma vontade livre e informada. O consentimento deve ser livre, dissociado de quaisquer influências ou interferências externas e expressado por quem esteja em condições adequadas de discernimento. Deve ser informado, com o conhecimento e a compreensão, pelo paciente, de seu estado de saúde e do procedimento a ser realizado, bem assim as opções terapêuticas, os riscos e as alternativas existentes. Dessa forma, “O consentimento livre e esclarecido é elemento central na relação médico-paciente, sendo resultado de um processo de diálogo e colaboração, visando a satisfazer a vontade e os valores do paciente”⁵⁹⁹.

2 DIREITO À VIDA E LEGITIMIDADE DA RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

2.1 DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo

⁵⁹⁵ CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

⁵⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. Revista EMER, v. 8, n. 31, 2005.

⁵⁹⁷ SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado – contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde, 2010.

⁵⁹⁸ MOUTINHO, Carla. “Os princípios” da autonomia na terminalidade da vida. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulthd (Coord.). Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁵⁹⁹ SÁ, Maria de Fátima Freira de. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

de base para o exercício de uma vida digna⁶⁰⁰. São inerentes à pessoa humana e necessários à sua sobrevivência. Representam, em última análise, a tutela da pessoa humana em suas múltiplas projeções⁶⁰¹. Por essa razão, a doutrina defende que carregam as seguintes características: são essenciais, absolutos, indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e extrapatrimoniais⁶⁰².

Dentre os direitos da personalidade o principal que se apresenta é o direito à vida – pressuposto para o exercício dos outros direitos. A “inviolabilidade do direito à vida” é garantida expressamente no texto constitucional⁶⁰³. Não indica, contudo, que é um dever para consigo mesmo, mas sim um direito, de forma que ninguém pode dele ser privado arbitrariamente. Sua indisponibilidade deve ser entendida no sentido de que a ninguém é dado dispor da vida de outrem. Daí a afirmação de SZTAJN de que “A inviolabilidade da vida tem que ver com terceiros, cuja ação contra a vida alheia é coibida, mas não se pode ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida sobre a duração de sua vida”⁶⁰⁴.

Da mesma forma, necessária a diferenciação entre a renúncia da titularidade dos direitos da personalidade e a renunciabilidade do exercício dos direitos da personalidade. A renúncia à titularidade representa a perda definitiva do direito, ao passo que a renúncia ao seu exercício se insere no campo da autonomia e autodeterminação da pessoa, sendo, assim, válida. Por essa razão, o titular pode renunciar ao exercício de um direito de personalidade, mas não pode renunciar ao direito em si.

A renúncia ao exercício e a disponibilidade de um direito fundamental se justifica quando realizados para a própria realização desse direito, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual⁶⁰⁵. A imposição taxativa da indisponibilidade pode causar impacto sobre outras posições jurídicas fundamentais tuteladas pela Constituição⁶⁰⁶.

Partindo-se da regra geral de que nenhum direito é absoluto⁶⁰⁷, o direito à vida, enquanto direito da personalidade, deve ser considerado

⁶⁰⁰ SÁ, Maria de Fátima Freira de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

⁶⁰¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Diretos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

⁶⁰² GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Dos códigos às constituições: os direitos fundamentais de personalidade*. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice (Coords.). *Direito privado e constituição*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁶⁰³ Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

⁶⁰⁴ SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. São Paulo, Cultural Paulista, 2002.

⁶⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra maioria*. Ed. Coimbra, 2006.

⁶⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Parecer. Rio de Janeiro, 05 de abril de 2010.

⁶⁰⁷ Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ, Rel. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 12/05/1999.

absoluto no sentido de sua oponibilidade *erga omnis*. Encontra limites – à semelhança dos demais direitos fundamentais – na sua própria conformação jurídico-constitucional, ou seja, em seu conteúdo e âmbito de proteção. Como bem assinala BARROSO, “Tais limites imanentes consistem, na verdade, na conformação do conteúdo do direito a fronteiras ditadas pelo sentido das palavras, a convivência com outros direitos constitucionalmente protegidos, a finalidade das normas e um senso geral de razoabilidade”⁶⁰⁸.

Para se estabelecer os contornos do direito à vida e o conteúdo a ser protegido, deve ela ser compreendida em sua complexidade e, principalmente, em sua qualidade, plenitude, intensidade e dignidade, e não somente como um intervalo de tempo ou um fenômeno biológico⁶⁰⁹. Valora-se não apenas a vida como fenômeno biológico, mas também sua qualidade ou, ao menos, sua suportabilidade, na medida em que viver não significa preocupar-se continuamente pela saúde⁶¹⁰.

O direito à vida integra-se aos mais variados povos e, portanto, recebe interpretações diversas em decorrência das diferentes percepções declaradas pelas culturas⁶¹¹. Como bem aponta PITHAN, “O direito à vida inclui o direito de não ser tratado com objeto, além do direito em ter suas opções e vontades atendidas – entre elas a escolha pelo limite da intervenção médica sem perspectivas de benefícios”⁶¹².

A concepção do direito constitucional à vida, interpretado sob o enfoque da dignidade da pessoa humana – núcleo axiológico do ordenamento jurídico –, apenas pode ser entendida como direito à uma vida digna, de forma a restarem preservados, dentre outros, as crenças e valores particulares de cada indivíduo, bem assim sua capacidade de autodeterminação e respeito à autonomia particular.

O conceito de vida digna não pode ser ditado pelo Estado. Está sujeito a inúmeros fatores de ordem subjetiva de cada indivíduo e, por essa razão, imune à uma conceituação uniforme. O pluralismo adotado como um dos fundamentos da Constituição Federal reflete uma multiplicidade das visões do mundo, possibilitando a cada indivíduo construir a própria concepção de bem-estar. É essencial para a própria democracia, porquanto respeita a individualidade e a diversidade. Em um mundo plural, todos têm o direito de construir sua própria ideia de dignidade e de viver de acordo com seus preceitos, exercendo, assim, sua própria individualidade.

⁶⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁶⁰⁹ PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.

⁶¹⁰ JAKOBS, Günter. Suicídio, eutanásia e direito penal. Manole, 2003.

⁶¹¹ FABRIS, Daurý Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁶¹² PITHAN, Livia Haygert. A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

A concretização da dignidade consiste, assim, na atribuição de ampla liberdade aos indivíduos para que construam seus próprios destinos, realizem suas escolhas e necessidades, conduzindo sua existência da forma que entenderem que lhes traga maior realização. De acordo com BARROSO, a grande vagueza do conceito de dignidade da pessoa humana “tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nele a sua própria imagem, seus valores e convicções”⁶¹³.

Pontua FORTES que O respeito pela autonomia da pessoa conjugase com o princípio da dignidade da natureza humana. Respeitar a pessoa autônoma pressupõe a aceitação do pluralismo ético-social, característico do nosso tempo. É reconhecer que cada pessoa possui pontos de vista e expectativas próprias quanto ao seu destino, e que é ela quem deve deliberar e tomar decisões seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando estes diverjam dos valores dos profissionais da saúde ou dos dominantes na sociedade.⁶¹⁴

Dessa feita, em um Estado Democrático de Direito que tem a dignidade e a pluralidade como valores fundamentais, é plenamente possível, por meio de uma escolha autônoma e responsável, que o titular do direito tome decisões autorreferentes, que abranjam os aspectos existenciais da sua vida⁶¹⁵.

2.2 DIREITO À MORTE DIGNA

Como visto acima, a Constituição, ao proclamar o direito à vida, o faz em dupla acepção, ou seja, protege-se não somente o direito de continuar vivo como também o direito de se ter uma vida digna. E a fruição de uma vida digna tem como corolário uma morte digna, sem sofrimentos desnecessários. Assim, a dignidade da pessoa humana compreende não somente a dignidade da vida, mas também a dignidade da morte⁶¹⁶.

Da harmonização dos direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade é que exsurge o direito à morte digna. Não se trata, pois, de colisão entre princípios fundamentais. O choque apenas existe na hipótese interferência negativa de direitos fundamentais de titulares diversos. Quando ambos são titulados pelo mesmo sujeito há um falso problema⁶¹⁷.

⁶¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁶¹⁴ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998.

⁶¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. Revista Brasileira de Direito Civil – RDBCivil, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018.

⁶¹⁶ MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. Morte digna?: direito à vida e autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009

A escolha pela morte digna é, na verdade, o próprio exercício do direito à vida. Direito de morrer dignamente ou autonomia para morrer com dignidade integram o exercício do direito à vida⁶¹⁸.

Dados os avanços da medicina, hodiernamente possibilita-se a manutenção artificial da vida biológica de pessoas em estado de terminalidade, sem perspectivas de cura ou melhora. Irreconhecíveis e inconscientes em razão dos medicamentos e procedimentos a que são expostos, não raras vezes esses indivíduos são submetidos a situações degradantes, desprovidos de qualquer dignidade na fase final de sua jornada.

O retardamento do processo morte por meio de obstinações terapêuticas, com tratamentos fúteis em situações incuráveis, resta apenas por prolongar o sofrimento do enfermo e a angústia de seus entes queridos. A vida perde sentido em razão de sua deterioração. O direito à vida passa ao absurdo de condenar o seu titular a um sofrimento indeterminado⁶¹⁹.

Em situações como tais, “não se pode proibir a disponibilidade sobre a própria vida sem cair em arbitrárias concepções de moral coletiva”, pois só partindo de uma concepção de Estado que subordine os direitos individuais a vagos critérios de moral coletiva ou ao capricho legiferante é que se pode imaginar a proibição de disposição do mais disponível dos bens jurídicos, a tal ponto de pretender obrigar um sujeito a sofrer uma morte dolorosa e renunciar à sua dignidade⁶²⁰.

Nesse contexto, salvo hipóteses excepcionais, não se admite a contraposição do médico à vontade livre e consciente do paciente de recusar determinados tratamentos ou cuidados médicos, ainda que se possa resultar risco de vida, de forma a garantir-lhe o direito a uma morte digna e compatível com sua biografia. A não interferência humana no processo de morte nesses casos, em observância às diretivas do paciente, não representa uma afronta à inviolabilidade da vida, vez que o direito de escolha sobre submeter-se ou não a tratamento é assegurado pela garantia constitucional da liberdade⁶²¹. Na lição de PIOVESAN e DIAS:

A ordem constitucional de 1988, inspirada no princípio da dignidade da pessoa humana a iluminar e a redimensionar todo o universo de direitos – com destaque aos direitos

⁶¹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freira de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

⁶¹⁹ RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo: IOB Thomson, 2006.

⁶²⁰ SILVESTRONI, Mariano H. Eutanasia y muerte piadosa: la relevância del consentimiento de ‘la víctima’ como eximente de la responsabilidad criminal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

⁶²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, volume 100, janeiro de 2013.

à vida e à liberdade –, assegura o direito à morte digna como um direito constitucional implícito, decorrente de seus valores, regime e princípios. No Estado Democrático de Direito, pautado no pluralismo e no secularismo, autoriza ao titular do direito à vida que possa dela dispor, decidindo, livremente, com fundamento em sua concepção de dignidade, sobre a intenção de continuar a viver e o modo como pretende morrer. O reconhecimento constitucional do direito à morte digna decorre dos direitos à liberdade, à autonomia, ao respeito à vida, no marco de um Estado laico, no qual impera a razão pública e secular. Negá-lo é aceitar o paternalismo despótico.⁶²²

De se ressaltar, contudo, que o direito à morte digna não deve estar ligado à antecipação da morte. Igualmente, não conduz a um suposto direito de morrer ou de pedir ajuda para fazê-lo. Está relacionada com o modo de morrer. A morte digna consiste na morte natural, sem sofrimentos decorrentes da obstinação terapêutica e com o alívio dos cuidados paliativos necessários à minoração do sofrimento do paciente, respeitando seus valores e escolhas.

2.3 LEGITIMIDADE DA RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

Ao tratar dos direitos da personalidade, mais precisamente sobre o direito ao próprio corpo, o Código Civil Brasileiro estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”⁶²³. A interpretação *a contrario sensu* desse dispositivo leva à equivocada conclusão de que, ausente risco de vida, poderia haver constrangimento a tratamento médico em contrariedade à vontade da pessoa. A despeito disso, afirma SCHREIBER que “não há dúvida de que compelir pessoa consciente a se submeter, contra a sua vontade, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, mesmo sem risco de vida, é conduta vedada, em regra, pelo ordenamento brasileiro”⁶²⁴.

Embora não trate, expressamente, das situações em que a recusa ao tratamento possa ocasionar ou agravar um risco para a vida, respeita a escolha pessoal do paciente e não consagra a ideia de que a vida deve ser mantida a qualquer custo. Pelo contrário, “confirma que o valor objetivo da vida não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes”⁶²⁵.

⁶²² PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.

⁶²³ Art. 15 do Código Civil Brasileiro.

⁶²⁴ SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁶²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas

A “leitura desse artigo ‘conforme a Constituição’ deve ser: ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, em destacado direito desta Era dos Direitos”⁶²⁶.

De acordo com TEPEDINO, BARBOZA e MORAES:

Na esteira de tais considerações, há de ser interpretado o art. 15: não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação da própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais.⁶²⁷

Interpreta-se referida disposição legal no sentido de se garantir a escolha quanto ao procedimento médico à pessoa que, tendo recebido as informações necessárias, apresente aptidão para a livre tomada de decisão. A recusa a tratamento médico está fundada na proteção à autonomia do paciente, devendo ser respeitada a sua vontade nas mais diversas situações, conforme explanado inicialmente.

Nessa mesma linha, o Estatuto do Idoso⁶²⁸ e a Lei de Transplantes⁶²⁹ garantem aos respectivos pacientes o direito à autonomia para optar pela realização dos tratamentos que repute mais favoráveis, não condicionando a necessidade de consentimento à ausência de risco iminente de morte.

De conformidade com CORRÊA, o direito à autodeterminação inclui o direito do enfermo de recusar determinada terapia em razão dos valores pessoais adotados.

[...] a autodeterminação do paciente inclui o direito de recusar um tratamento, intervenção ou exame médico, por razões íntimas ligadas a crenças religiosas, convicções pessoais, motivos éticos, visão de mundo, ou mesmo desconfiança quanto ao sucesso do tratamento ou da

de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer. Rio de Janeiro, 05 de abril de 2010.

⁶²⁶ RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte, Cadernos Saúde Pública 22:1750, 2006.

⁶²⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 1, 2004.

⁶²⁸ Art. 17, ‘caput’, da Lei n. 10.741/2003.

⁶²⁹ Art. 10, ‘caput’, da Lei n. 9.434/1997.

avaliação de que os riscos e o sofrimento advindos do procedimento médico não compensam seus benefícios.⁶³⁰

Não se pode falar, portanto, em obrigação ou “direito estatal de ‘salvar a pessoa dela própria’, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros”⁶³¹. “A liberdade de um cidadão não pode ser ignorada/vilipendiada sob a frágil alegação de que sua vida será salva; esse fundamento além de não ter consistência jurídica, camufla um preconceito em relação a uma minoria”⁶³². Não se cogita a submissão de alguém contra a sua vontade a praticar uma quimioterapia para tratar câncer, ou a obrigação compulsória de se submeter a transplante de órgão.

De acordo com a conclusão retratada no Enunciado n. 533 da *VI Jornada de Direito Civil*, o paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médico cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

A ressalva final está relacionada apenas às hipóteses de impossibilidade de obtenção do consentimento prévio e informado do paciente. Não se admite a intervenção contra a vontade manifestada pelo paciente mesmo em situações de emergências e no curso de procedimentos cirúrgicos.

Nessalinha, SCHREIBER conclui que “Somente em casos excepcionais, resultantes da ponderação com outros interesses constitucionalmente protegidos, poderá haver a submissão de pessoa a tratamento médico compulsório”⁶³³. Cita-se os casos das campanhas de vacinação obrigatória para prevenir epidemias⁶³⁴ ou, ainda, da internação compulsória imposta judicialmente a criminosos que sofrem de certos distúrbios psiquiátricos, instituídos com foco na tutela do direito à saúde do próprio paciente e da coletividade.

A não interferência humana no processo de morte, em observância às diretivas do paciente, não representa uma afronta à inviolabilidade da vida, vez

⁶³⁰ CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

⁶³¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70032799041, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. 06/05/2010.

⁶³² NERY JUNIOR, Nelson. Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009.

⁶³³ SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁶³⁴ Supremo Tribunal Federal, ARE 1.267.879, Rel. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL, DJe 08/04/2021, com a fixação da seguinte tese: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar” (tese 1103).

que o direito de escolha sobre submeter-se ou não a tratamento é assegurado pela garantia constitucional da liberdade⁶³⁵. Salvo raras hipóteses, não se admite a contraposição do médico à vontade livre e consciente do paciente de recusar determinados tratamentos ou cuidados médicos, ainda que se possa resultar risco de vida, de forma a garantir-lhe o direito a uma morte digna e compatível com sua biografia. Obtempera NERY JUNIOR que:

Se o paciente estiver em condições de manifestar seu consentimento informado quando do momento do tratamento, deve ser instado a fazê-lo e deve-se respeitar sua manifestação. Contudo, caso não esteja em condições de fazê-lo, mas já o tenha manifestado anteriormente de forma inequívoca (por meio de documento escrito e audiovisual, v.g.), essa manifestação prévia vincula juridicamente os profissionais da saúde, que não a podem desrespeitar, sob pena de violar o direito fundamental à autodeterminação. O fato de haver iminente risco de morte não suprime do paciente o direito fundamental à liberdade, incluindo-se aqui o direito de autodeterminar-se, devendo ser obtido seu consentimento informado, se possível, ou respeitado seu consentimento (ou dissentimento) informado previamente manifestado, conforme expressamente assegurado em nosso ordenamento jurídico por meio da “Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde (CDDUS).⁶³⁶

Interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no caso de paciente com pé necrosado e que negava a se submeter a cirurgia de amputação, pois acreditava que, com o pé amputado, não teria uma vida digna. O Ministério Público intentou pedido judicial para compeli-lo à realização da cirurgia de amputação, pois a infecção poderia se alastrar para o restante do corpo e colocar sua vida em risco. O pedido foi negado pelo colegiado, que reconheceu o direito do paciente de não se submeter ao tratamento, assentando que o direito à vida não é absoluto e deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo que viver não é um dever, mas um direito⁶³⁷.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, a despeito de inúmeros julgados no sentido da irrenunciabilidade da vida como direito absoluto, vem aos

⁶³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, janeiro de 2013.

⁶³⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais*. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009.

⁶³⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70054988266*, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 20/11/2013.

poucos apresentando sinais de mudança de paradigmas. Em julgado recente, reconheceu o direito à autonomia do paciente de não se submeter a tratamento ou intervenção médica contra a sua vontade, ainda que disso possa resultar a sua morte. Na ocasião o Desembargador relator concluiu que

[...] não obstante a necessidade de se resguardar a garantia fundamental à vida, assegurada pelo art. 5., *caput*, da Constituição Federal, deve ser observado que, no caso vertente, também estão em discussão outros direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a autonomia da vontade, inviolabilidade da consciência e crença e o direito do enfermo de não se submeter a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica⁶³⁸.

Situação delicada se divisa quando as escolhas do menor, que já apresenta discernimento, forem conflitantes com a dos seus pais. Nesses casos, de acordo com SÁ e MOUREIRA, se não for comprovado o discernimento do menor e sua condição para o exercício de decisão existencial, cabe ao médico preservar-lhe a vida, pois não se sabe se o jovem seguirá futuramente a escolha religiosa dos pais⁶³⁹.

Cabe ao Estado proteger a vida e a saúde da criança e do adolescente e colocá-los a salvo de qualquer negligência⁶⁴⁰, notadamente quando não houver métodos alternativos de tratamento, porquanto não se pode presumir a recusa a tratamento tendente à preservação da vida do indivíduo.

As matérias de cunho personalíssimo, a exemplo da recusa a tratamento médico, podem “ser decididas apenas pela própria pessoa, excluindo-se, portanto, a possibilidade de decisão por parte do representante ou assistente”⁶⁴¹.

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5., VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante⁶⁴².

⁶³⁸ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2178279-13.2019.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles, j. 21/08/2019.

⁶³⁹ SÁ, Maria de Fátima Freira de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

⁶⁴⁰ Art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁴¹ CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

⁶⁴² Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil.

O Superior Tribunal de Justiça analisou questão envolvendo paciente menor de idade que faleceu em decorrência da ausência de transfusão de sangue. Na espécie, os pais da jovem negaram autorização para realização do procedimento em razão de suas convicções religiosas. Apesar de isentar os genitores de responsabilidade, o Tribunal reconheceu a responsabilidade dos médicos, que deveriam “independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte”:

No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepõem sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue⁶⁴³.

Assim, o princípio da proteção prioritária, absoluta e integral da criança e do adolescente predomina sobre a autoridade dos pais para acomodarem a conduta dos filhos às suas próprias convicções morais.

3 FORMAS DE INTERFERÊNCIA NO PROCESSO MORTE

A intervenção humana, ativa ou passiva, no processo morte pode se dar por meio da eutanásia, da ortotanásia, da distanásia e do suicídio assistido.

Define-se a eutanásia como a interrupção da vida com o objetivo de obstar o sofrimento. Consiste no ato de se colocar fim à vida de um enfermo próximo à morte e que assim o solicita, para que deste modo logre encerrar seus sofrimentos e sua agonia⁶⁴⁴. É a morte por piedade, misericórdia ou compaixão, liberando-se o paciente de seu sofrimento e agonia. Antecipa-se o processo morte para privá-lo de uma dolorosa morte natural. Na eutanásia a morte é induzida de forma deliberada. Trata-se de uma conduta que enfoca diretamente a supressão da própria existência de um indivíduo⁶⁴⁵. Embora admitida em algumas legislações alienígenas, é considerada crime de homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado possa se cogitar de causa de redução de pena⁶⁴⁶.

Classifica-se a eutanásia, quanto ao modo de atuação do agente, em ativa e passiva. A ativa consiste em ato comissivo destinado a provocar o resultado morte. Pode se dar tanto por atos médicos diversos como por vias não médicas. Já na passiva o ato é omissivo. Omite-se, intencionalmente, a prestação de cuidados necessários para que o paciente continue vivendo.

⁶⁴³ Superior Tribunal de Justiça. HC 268.459/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 28/10/2014.

⁶⁴⁴ BLANCO, Luis Guilherme. Muerte digna: consideraciones bioéticas-jurídicas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991.

⁶⁴⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: O sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.

⁶⁴⁶ Art. 121, §1º do Código Penal Brasileiro.

O médico deixa de agir para salvar a vida do enfermo quando era possível fazê-lo. A eutanásia passiva não consiste meramente em deixar morrer, mas em fazer morrer por meio de uma conduta omissiva⁶⁴⁷.

Ambas acarretam a supressão antecipada da vida, variando apenas quanto aos meios da conduta – comissiva e omissiva. Nas duas modalidades coincidem os elementos volitivos: vontade livre e consciente de abreviar a vida do paciente. Por essa razão, sustenta DÚRSO⁶⁴⁸ que eventual penalização deve ser idêntica para ambas as hipóteses. Todavia, alerta PHITAN que

O termo *eutanásia passiva*, que se refere à morte de paciente decorrente de uma omissão ou retirada de recurso terapêutico, muitas vezes é utilizado indiscriminadamente sem se avaliar a adequação do tratamento. Porém, há que se observar que em algumas situações os recursos terapêuticos são necessários, podendo trazer benefícios ao doente; já em outras situações, esses mesmos tratamentos não beneficiam o paciente, tornando-se desnecessários, desproporcionais ou fúteis⁶⁴⁹.

Há de se fazer, assim, distinções quanto ao conceito de eutanásia passiva no que se refere aos benefícios dos recursos terapêuticos disponíveis para tratamento da moléstia que acomete o paciente.

Na ortotanásia a morte não é antecipada. Não há conduta comissiva causadora da morte. Não se busca e não se provoca a morte. Há apenas a aceitação de que a vida siga seu curso natural. Deixa-se que a morte certa e inevitável ocorra a seu tempo, evitando-se o prolongamento abusivo da vida pela aplicação de meios desproporcionais e concedendo ao paciente os cuidados paliativos tendentes a propiciar-lhe maior conforto e dignidade em seus momentos finais.

Suprimem-se apenas os tratamentos fúteis, que agridem o paciente e lhe retiram a dignidade. A suspensão de medidas desproporcionais não tem por escopo direto o resultado morte, mas sim evitar sofrimento desnecessário e promover o bem-estar do paciente. Apenas não se prolonga a vida que está próxima ao fim⁶⁵⁰.

Enquanto na eutanásia há o abreviamento da vida por meio de uma intervenção direta, na ortotanásia ocorre apenas uma inação que em nada interfere no processo de morrer. Na primeira, o processo morte ainda não se iniciou⁶⁵¹ e, por essa razão, a omissão a provoca. Já na segunda a morte

⁶⁴⁷ BLANCO, Luis Guilherme. Muerte digna: consideraciones bioéticas-jurídicas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991.

⁶⁴⁸ DURSO, Luiz Flávio Borges. Responsabilidade do médico diante da eutanásia. Doutrina Adcoas, v. 3, n. 7, jul. 2000.

⁶⁴⁹ PITHAN, Livia Haygert. A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

⁶⁵⁰ TORREÃO, Lara. Aspectos éticos na abordagem do paciente terminal em unidade de terapia intensiva pediátrica. 2001. Dissertação. (Mestrado em Ciências Médicas) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

⁶⁵¹ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

é consequência da terminalidade do paciente, evitando-se o prolongamento indevido da vida mediante o abandono de tratamentos inúteis.

Bem conclui GODINHO que “Na eutanásia passiva, há a omissão de tratamentos ou cuidados *proporcionais* que, caso ministrados, poderiam salvar a vida do paciente. Na ortotanásia, omitem-se os tratamentos fúteis, desproporcionais, que nenhum proveito trariam ao paciente e que somente postergariam a sua morte, quando chegada a hora de morrer”⁶⁵².

Ao revés da eutanásia, a ortotanásia é permitida no Brasil e encontra previsão na Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, garantindo-lhes os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

De outro lado, na distanásia opera-se o prolongamento artificial e indevido do processo de morrer, à revelia do conforto e da vontade do indivíduo⁶⁵³. Também conhecida como obstinação ou futilidade terapêutica, por ela busca-se prolongar ao máximo a quantidade de vida humana com a utilização abusiva de todos os recursos médicos disponíveis, independentemente da qualidade de vida, do conforto e do bem-estar do paciente. A futilidade do tratamento consiste na ausência qualquer perspectiva de benefício ao paciente, ou, quando a probabilidade de benefício seja ínfima, essa esteja associada a uma má qualidade de vida⁶⁵⁴.

Ao fundamento de combater a morte a todo custo, a distanásia resta por impor ao enfermo uma morte lenta e com sofrimento desproporcional, impingindo dor e sofrimento a todos os envolvidos. Prorroga-se o sofrimento sem qualquer perspectiva de benefício. A prática afronta o primado da dignidade humana, sendo desprovida de qualquer compaixão com o paciente e com sua família.

Ainda que sob o enfoque do princípio da beneficência, o profissional da saúde não tem a obrigação de prolongar indefinidamente a vida do paciente, gerando a ele sofrimento insuportável e desnecessário. Situação diversa, todavia, se divisa nos casos em que esse for o desejo expressamente manifestado pelo paciente⁶⁵⁵.

Nos casos de doença incurável e terminal, o Código de Ética Médica veda expressamente o empreendimento de ações diagnósticas ou terapêuticas

⁶⁵² GODINHO, Adriano Marteleto. Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: O sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.

⁶⁵³ VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁶⁵⁴ SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de final de vida – uma experiência de limitação de suporte vital em um hospital de alta complexidade. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail Sobral e Luis Fernando Spósito. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). Bioética clínica e pluralismo. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2013.

⁶⁵⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

inúteis ou obstinadas, devendo sempre ser considerada a vontade do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal⁶⁵⁶.

Há, ainda, o suicídio assistido, também conhecido como suicídio eutanásico ou autotanásia, que consiste no comportamento do próprio indivíduo que dá cabo de sua vida sem a intervenção direta de terceiro na conduta que o leva à morte, malgrado com o auxílio de outrem que, por razões humanitárias, lhe presta auxílio material ou moral para a realização do ato⁶⁵⁷.

Diferencia-se do suicídio comum em razão da moléstia que acomete o indivíduo que, para livrar-se do sofrimento, conta com auxílio externo para realizar seu intento. A solidariedade do terceiro é o elemento diferenciador das espécies de suicídio. Para o direito brasileiro, todavia, ambas configuraram o crime de indução, instigação ou auxílio ao suicídio⁶⁵⁸.

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

4.1 GÊNERO E ESPÉCIES

As diretivas do paciente podem ser manifestadas pessoalmente ao médico no momento da intervenção e registradas no respectivo prontuário⁶⁵⁹. Podem, igualmente, ser manifestadas de forma prévia, de forma a garantir a realização de seus desejos ainda que no futuro se encontre incapacitado de fazê-lo.

A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM) define as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade⁶⁶⁰.

Diretivas antecipadas de vontade, conforme conceituação de RODRIGUES:

são determinações prévia dadas por certas pessoas – estando elas ou não na condição de pacientes no momento de sua elaboração –, que devem ser cumpridas, ante uma situação na qual elas se tornem incompetentes para decidir o cuidado de si mesmo, indicando suas preferências de tratamento ou até mesmo autorizando uma terceira pessoa a tomar decisões por ela⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Art. 41, parágrafo único, do Código de Ética Médica.

⁶⁵⁷ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves De Souza; SANTORO, Luciano De Freitas. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos. 3. ed. Rio de Janeiro/RJ: Atheneu, 2018.

⁶⁵⁸ Art. 122 do Código Penal Brasileiro.

⁶⁵⁹ Art. 2º, § 4º da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

⁶⁶⁰ Art. 1º da Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

⁶⁶¹ RODRIGES, Renata de Lima apud MOREIRA, Mayana Sales. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao corpo, à saúde e à vida digna. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). Dos hospitais aos

Sua existência e validade foram reconhecidas na *V Jornada de Direito Civil*, cujo Enunciado 528 foi assim redigido:

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de não se encontrar em condições de manifestar a sua vontade.

Preservam a autonomia e a autodeterminação do indivíduo que, baseado em seus valores e crenças, manifesta previamente a recusa a se submeter a práticas e tratamentos médico-hospitalares na eventualidade de não poder expressar livremente sua vontade. Garantem a liberdade e a dignidade da pessoa humana mesmo nas hipóteses de incapacitação, sendo importante instrumento na concretização do direito fundamental à vida e à morte digna.

Têm origem nos Estados Unidos da América (EUA) que, na década de 90, aprovaram a *Patient Self-Determination Act* (PSDA) – primeira lei federal reconhecendo o direito à autodeterminação do paciente na forma das diretivas antecipadas. A edição da normativa decorreu do forte clamor público gerado por casos emblemáticos como o de Nancy Cruzan, que, vitimada por um acidente automobilístico, permaneceu em coma permanente e irreversível. O caso foi julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1990, com a determinação para que o hospital cumprisse a vontade da família do paciente e desligasse os aparelhos que a mantinham viva.

As diretivas antecipadas de vontade podem ser materializadas por meio do testamento vital ou do mandato duradouro, devendo ser formuladas preferencialmente pela forma escrita e contar com o livre e informado consentimento de seu subscritor. São aplicadas a situações específicas como de doenças terminais ou danos irreversíveis, produzindo efeitos quando o paciente estiver incapacitado de decidir acerca de seus cuidados médicos.

O enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional da saúde estabelece que:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Para a plena eficácia das diretivas antecipadas, não basta a afirmação genérica do paciente de que não deseja submeter-se a tratamentos fúteis.

É preciso de indique da forma mais específica possível quais os procedimentos e tratamentos que recusa ou admite a suspensão⁶⁶².

Tendo em conta que a recusa a procedimentos de saúde pode implicar a perda da vida – direito personalíssimo primordial –, a elaboração das diretivas antecipadas deve contar com o auxílio e aconselhamento médico para que, dessa forma, o consentimento seja devidamente informado e esclarecido. Enfatiza AGUIAR JUNIOR que “quanto mais grave o resultado da ação ou da omissão médica, maior o cuidado com o dever de informar [do médico]”⁶⁶³. A ausência do profissional não invalida, por si só, o negócio, ainda que possa constituir indício de que não a vontade não era consciente e que o indivíduo não tinha ciência dos ricos e consequências da recusa manifestada.

As diretivas antecipadas constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro⁶⁶⁴.

Configura-se testamento vital o documento redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais por meio do qual exara sua vontade quanto aos tratamentos e cuidados a serem ou não empregados caso não possa, no futuro, expressá-la livremente. Segundo DADALTO, é um documento por meio do qual um indivíduo capaz, “manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quanto o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade”⁶⁶⁵.

Por meio desse documento o sujeito define diretamente os tratamentos que deseja ou para si, manifestando sua vontade de não ser mantido vido em condições que considere indignas. Pode incluir ou excluir procedimentos como ressuscitação cardiopulmonar, ventilação mecânica, alimentação e nutrição artificial, dentre outros.

Constitui modalidade de negócio jurídico e, como tal, tem sua validade condicionada à capacidade do agente⁶⁶⁶. Essa capacidade está relacionada à capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente⁶⁶⁷ por se tratar de questão personalíssima.

O testamento vital compre dupla finalidade. Garante que os desejos do paciente sejam atendidos no momento de terminalidade de sua vida e proporciona ao médico maior respaldo e segurança para a tomada de decisões em situações conflitantes.

⁶⁶² DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

⁶⁶³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 84, v. 718, ago. 1995.

⁶⁶⁴ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

⁶⁶⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶⁶⁶ Art. 104, inciso I do Código Civil Brasileiro.

⁶⁶⁷ Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil.

Já o mandato duradouro, conforme NAVES⁶⁶⁸, consiste na outorga de procuração referente aos cuidados com a saúde em que se nomeia representante para tomar as providências cabíveis em nome do paciente, não apenas em situações de terminalidade.

Enquanto no testamento vital são estabelecidas condutas a serem observadas no futuro, no mandato duradouro o indivíduo nomeia um procurador para auxiliar os médicos na tomada das decisões relacionadas aos tratamentos e cuidados na eventualidade de estar incapacitado de manifestar seu desejo. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente⁶⁶⁹, de modo a se fazer necessário que “a intimidade do decisor substituto com o paciente seja suficiente profunda e relevante para que o julgamento reflita os objetivos e as opiniões do paciente”⁶⁷⁰.

A utilização do instrumento levanta a questão acerca da (im)possibilidade da admissão de representação nas matérias de cunho personalíssimo, que, por essa razão, somente podem ser decididas pelo próprio titular do direito em razão das características da irrenunciabilidade e intransmissibilidade. Entretanto, a moderna doutrina dos direitos da personalidade sustenta que “a autolimitação do exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade de seu titular”⁶⁷¹.

Não se trata de renúncia ou de transmissão de direitos personalíssimo. Cuida-se de verdadeira representação voluntária de direitos da personalidade, que já ocorre, por exemplo, na hipótese de casamento por procuração. Configura autolimitação válida ao exercício dos direitos da personalidade relativos à saúde, preservando os seus direitos privados do titular em momentos em que não lhe for possível autodeterminar-se⁶⁷².

4.2 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

DADALTO, TUPINANABS e GRECO⁶⁷³ apontam existirem estados clínicos genéricos em que é possível falar em tomada de decisões antecipadas sobre o fim de vida: doença terminal, estado vegetativo persistente e demências avançadas.

Patologia terminal é aquela fora de possibilidades terapêuticas atuais de cura, aliada com a iminência da morte. É a doença avançada, progressiva e incurável em que a morte sobrevirá em curto espaço de tempo independente

⁶⁶⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Feire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In. SÁ, Maria de Fátima Freira de (Org). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v.1.

⁶⁶⁹ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 5. Ed: Editora Foco, 2020.

⁶⁷⁰ BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F; Princípios de ética biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

⁶⁷¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁷² DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 5. Ed: Editora Foco, 2020

⁶⁷³ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

de intervenção médica. Exige avaliação médica razoável, segundo o julgamento de um ou mais profissionais.

O Estado Vegetativo Persistente (EVP) é definido como uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante, com preservação das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral. Não há qualquer interação com o próximo ou resposta voluntária a estímulos externos. Como o paciente não está ligado a aparelhos, o único tratamento que pode ser suspenso para propiciar a abreviação da sua vida é a nutrição e a hidratação artificial (AHA).

Os quadros de demência são caracterizados pela perda parcial da função cerebral, alterando a própria personalidade do enfermo, com problemas cognitivos, de raciocínio e memória. A demência crônica avançada é incurável e incapacitante, subtraindo a capacidade de discernimento do paciente. É uma das patologias que mais acomete dos idosos e se caracteriza pelo declínio progressivo e global da memória, associada ao déficit de uma ou mais funções cognitivas.

Incluem-se ainda dentre as hipóteses de utilização das diretivas antecipadas de vontade as situações emergenciais, como as ordens de não reanimação (ONR) e de não recebimento de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová.

4.3 LIMITAÇÕES

Aponta a doutrina situações em que as declarações prévias para o fim da vida sofrerão limitações e que o médico não deverá cumpri-las. São elas a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamentos que já estejam superados pela medicina⁶⁷⁴.

Ainda que diante de diretivas expressas do paciente, é direito do médico recusar a realização de atos que, embora permitidos em lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Pode o profissional da medicina deixar de observar as diretivas do paciente quando baseado em razões éticas, morais, religiosas ou de foro íntimo. Não se admite, contudo, a recusa injustificada. Deve o profissional da saúde externar os motivos pelos quais não dará cumprimento às disposições do paciente e, incontinentemente, encaminhá-lo para outro médico.

Como todo negócio jurídico, não se admite que o objeto das diretivas antecipadas seja contrário ao ordenamento jurídico. Não podem conter disposições relacionadas à prática de eutanásia, de suicídio assistido ou de qualquer outra considerada ilícita no direito pátrio.

Os largos e constantes avanços da medicina podem fazer com que o cenário e os tratamentos existentes no momento da elaboração das diretivas do paciente não mais espelhem a realidade. Doenças tidas por incuráveis, quadros até então irreversíveis e tratamentos caracterizados como fúteis podem ser

⁶⁷⁴ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 5. Ed: Editora Foco, 2020.

alterados ao longo do tempo. A alteração substancial do contexto em que manifestada a vontade do indivíduo autoriza o seu descumprimento sempre que verificada a estrita vinculação do consentimento com as circunstâncias que não mais subsistem. O “papel dessa limitação é evitar que haja a suspensão do esforço terapêutico em casos que não mais se caracterizam como obstinação terapêutica, vez que surgiram nos tratamentos ordinários, inexistentes à época da realização do testamento vital”⁶⁷⁵.

Além dessas situações, pode-se apontar também os casos em que a ausência de tratamento puder acarretar danos a terceiros ou risco à saúde pública. Nessas situações o direito à autodeterminação do paciente é mitigando para a preservação do direito à vida de terceiros e da própria coletividade. Pontua NERY JUNIOR que:

Situação muito distinta seria a recusa de determinado cidadão a se sujeitar a tratamento médico para curar enfermidade que, se não tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese é possível visualizar que a conduta desse cidadão acarreta danos a terceiros, em virtude da qual é possível uma intervenção judicial na esfera de atuação desse particular⁶⁷⁶.

Exemplo atual dessa excepcionalidade é a obrigatoriedade de tratamento médico compulsório para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus⁶⁷⁷, porquanto, na espécie, o direito à autonomia e autodeterminação cede espaço ao maior interesse do resguardo à vida e à saúde pública.

4.3.1 Eutanásia passiva

Questão que gera grande controvérsia é a eficácia das diretivas antecipadas às situações de eutanásia passiva, ou seja, quando a equipe médica se abstém de manter a vida do paciente por meios omissivos. Sustenta-se que nesses casos a conduta direta da equipe de saúde ocasiona o abreviamento da vida e configura a figura penal do homicídio. Pode ocorrer nos casos de não-oferta de suporte vital (NSV), de retirada de suporte vital (RSV) e de ordem de não reanimação mecânica (ONR).

A retirada de suporte vital (RSV) consiste na suspensão de mecanismos

⁶⁷⁵ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 5. Ed: Editora Foco, 2020.

⁶⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009

⁶⁷⁷ Art. 3º, III, 'e', da Lei nº 13.979/2020.

artificiais de manutenção da vida, como sistemas de hidratação e de nutrição artificiais ou, ainda, de ventilação mecânica. Já na não-oferta (NSV) esses mecanismos não são empregados. A ordem de não reanimação mecânica (ONR) é caracterizada por uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória.

BARROSO e MARTEL⁶⁷⁸ defendem que são partes integrantes da limitação consentida de tratamento e que devem ser observadas pelos profissionais da saúde. Não se trata, assim, de eutanásia propriamente dita, pois “O mero prolongamento quantitativo da vida, pelo preço da dependência da medicina intensiva, é concebido frequentemente como um desacordo com a dignidade do falecimento”⁶⁷⁹.

Ainda que alguns consideram que o desligamento de aparelhos e a suspensão de tratamentos consistam em conduta ativa⁶⁸⁰, a doutrina majoritária entende que a suspensão de suporte vital é conduta passiva, “de interrupção do tratamento ou do recurso artificial e, caso tal suspensão se dê porque tal medida se mostra infrutífera, não deve o agente ser punido como se houvesse realizado o homicídio”⁶⁸¹.

O que deve ser sopesado, no caso concreto, é a utilidade ou a futilidade das medidas omitidas ou suspensas. Se eram proporcionais e poderiam beneficiar o paciente, sua omissão ou suspensão intencionais com vistas à antecipação da morte caracterizam a conduta vedada. De outra sorte, quando não apresentam utilidade ao enfermo, servindo apenas para prolongar artificialmente o processo de morte já em curso, encontram respaldo nos primados da autonomia, da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana.

A existência de diretivas expressas nesse sentido isenta o médico de responsabilidade, “pois inexistente o dever de garantia nesses casos, já que a proteção da vida não pode ser feita contra a vontade do interessado”⁶⁸², notadamente quando se trata de fase terminal, de enfermidades graves e incuráveis e quando não existem mais perspectivas de melhora.

Concluiu MAHUAD que

o termo eutanásia passou a ser aplicado somente àquela que era conhecida como forma ativa, enquanto a conduta que caracterizava a eutanásia passiva deixou

⁶⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da EMERJ, v. 13, n. 50, 2010.

⁶⁷⁹ KRESS, Hartmut. Ética médica: Ed. Loyola, 2008.

⁶⁸⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: Introdução crítica. São Paulo; Saraiva, 2001.

⁶⁸¹ VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.

⁶⁸² SOUZA, Sporleder de. Direito penal médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

de ser visualizada como antiética, para constituir-se em manifestação da autonomia do paciente e no dever de respeito por parte da equipe médica⁶⁸³.

Nesse contexto, a limitação consentida de tratamento nos casos de terminalidade é medida que tutela o direito à morte digna. Permite escolha quanto à extensão e à intensidade dos procedimentos a serem aplicados e viabiliza a recusa do prolongamento excessivo da vida⁶⁸⁴.

CONCLUSÕES

A evolução constitucional dos direitos da personalidade conferiu novos contornos a temas como autonomia e autodeterminação dos indivíduos. A relação médico-paciente passa a ser representada de forma horizontal, conferindo ao enfermo o desempenho de ativo papel na tomada de decisões sobre sua saúde mediante consentimento livre e informado.

A concepção do direito constitucional à vida, interpretado sob o enfoque da dignidade da pessoa humana – núcleo axiológico do ordenamento jurídico –, apenas pode ser entendida como direito à uma vida digna, de forma a restarem preservados, dentre outros, as crenças e valores particulares de cada indivíduo, bem assim sua capacidade de autodeterminação e respeito à autonomia particular.

O direito à vida inclui o direito de não ser tratado com objeto, além do direito em ter suas opções e vontades atendidas – entre elas a escolha pelo limite da intervenção médica sem perspectivas de benefícios. Da harmonização dos direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à autodeterminação exsurge o direito à morte digna, sem sofrimentos desnecessários.

Dessa forma, salvo hipóteses excepcionais, não se admite a contraposição do médico à vontade livre e consciente do paciente de recusar determinados tratamentos ou cuidados médicos, ainda que se possa resultar risco à vida, de forma a garantir-lhe o direito a uma morte digna e compatível com sua biografia.

As diretivas antecipadas de vontade desempenham importante papel no resguardo da autonomia do paciente em situações em que não detém condições de expressar livremente sua vontade. Por elas, são indicados previamente os cuidados e os tratamentos que o paciente deseja ou não se submeter no futuro caso venha a ser acometido por doença terminal, esteja em estado vegetativo persistente ou com demências avançadas.

Via de regra, o paciente renuncia tratamentos extraordinários e

⁶⁸³ MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. Morte digna? direito à vida e autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da EMERJ, v. 13, n. 50, 2010.

desproporcionais que prolonguem abusivamente a vida, requerendo sejam mantidos apenas cuidados paliativos tendentes a propiciar-lhe maior conforto e dignidade em seus momentos finais. Podem conter ainda o desejo de não-oferta de suporte vital (NSV), de retirada de suporte vital (RSV), ordem de não reanimação mecânica (ONR) e de não recebimento de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová.

Nessas hipóteses, a observância às diretivas expressas do paciente isenta o médico de responsabilidade, não podendo se falar em prática ilícita de eutanásia, porquanto a limitação consentida de tratamento nos casos de terminalidade é medida que tutela o direito à morte digna.

O médico somente pode deixar de observar as diretivas do paciente nas situações de objeção de consciência, contrariedade ao ordenamento jurídico, contraindicação à patologia, superação do tratamento e nos casos em que possa acarretar danos a terceiros ou risco à saúde pública.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 84, v. 718, ago. 1995.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. 2. ed. v. 1: Introdução, as pessoas, os bens. Coimbra, 2000.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa da Saúde* 2:7, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer. Rio de Janeiro, 05 de abril de 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da EMERJ, v. 13, n. 50, 2010.
- BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F; Princípios de ética biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- BLANCO, Luis Guillermo. Muerte digna: consideraciones bioéticas-jurídicas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991.
- CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 100, janeiro de 2013.
- DIAS, Maria Berenice. Testamento Vital. In: DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3. ed., rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 5. ed: Editora Foco, 2020.
- DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.
- DALDALTO, Liciania; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). Dos hospitais aos tribunais. Belo Horizonte, 2013, p. 48.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DURSO, Luiz Flávio Borges. Responsabilidade do médico diante da eutanásia. Doutrina Adcoas, v. 3, n. 7, jul. 2000.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da saúde. Lisboa: Universidade Católica, 2014.
- FABRIS, Daurcy Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. Revista EMERJ, v. 8, n. 31, 2005.
- FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Ética e saúde: questões éticas,

- deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. Bioética: poder e injustiça, 2004.
- GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Dos códigos às constituições: os direitos fundamentais de personalidade. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice (Coords.). Direito privado e constituição. Curitiba: Juruá, 2009.
- GUILHEM, Dirce; DINIZ, Debora. O que é ética em pesquisa, 2008.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: O sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.
- JAKOBS, Günter. Suicídio, eutanásia e direito penal. Manole, 2003.
- KRESS, Hartmut. Ética médica: Ed. Loyola, 2008.
- LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves De Souza; SANTORO, Luciano De Freitas. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos. 3. ed. Rio de Janeiro/RJ: Atheneu, 2018.
- MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. Morte digna?: direito à vida e autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MOUTINHO, Carla. “Os princípios” da autonomia na terminalidade da vida. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulthd (Coord.). Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Feire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freira de (Org). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v.1.
- NERY JUNIOR, Nelson. Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra maioria. Ed. Coimbra, 2006.
- PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.
- PITHAN, Livia Haygert. A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não ressuscitação”. Porto Alevre: EDIPUCRS, 2004.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: Introdução crítica. São Paulo; Saraiva, 2001.
- RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Direito da saúde de acordo com a constituição federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RIBEIRO, Dialuas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- RIBEIRO, Dialuas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte, Cadernos Saúde Pública 22:1750, 2006.

- RODRIGES, Renata de Lima apud MOREIRA, Mayana Sales. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao corpo, à saúde e à vida digna. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). Dos hospitais aos tribunais. Belo Horizonte, 2013.
- SÁ, Maria de Fátima Freira de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998. p. 42.
- SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal.* Curitiba: Juruá, 2010.
- SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado – contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de final de vida – uma experiência de limitação de suporte vital em um hospital de alta complexidade. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail Sobral e Luis Fernando Spósito. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). Bioética clínica e pluralismo. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2013.
- SIQUEIRA, José Eduardo. Considerações éticas sobre a relação médico-paciente. In: BRAGA, Reginaldo; SOUSA, Filipe. (org.). Compliance na saúde: Presente e futuro de um mercado em busca de autorregulação. Salvador, Sanar, 2016.
- SILVESTRONI, Mariano H. Eutanasia y muerte piadosa: la relevância del consentimiento de ‘la victima’ como eximente de la responsabilidad criminal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Direito penal médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STANCIOLI, Brunello Souza, Relação jurídica médico-paciente. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SZANIAWSKI, Elimar. Diretos da personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- SZTAJN, Rachel. Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido. São Paulo, Cultural Paulista, 2002.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. Revista Brasileira de Direito Civil – RDBCivil, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 1, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 39, p. 3-17, jul./set. 2009.
- TORREÃO, Lara. Aspectos éticos na abordagem do paciente terminal em unidade

de terapia intensiva pediátrica. 2001. Dissertação. (Mestrado em Ciências Médicas) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Autonomia versus beneficência. Revista Bioética. Brasília, DF, v. 19, 2011.

PARA ALÉM DA PRISÃO: ALTERNATIVAS PARA O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO A PARTIR DA VISÃO INTERNACIONAL

Aline Albieri Francisco⁶⁸⁵

Vladimir Brega Filho⁶⁸⁶

INTRODUÇÃO

O Brasil apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, aumentando a cada ano e com grande quantidade de presos provisórios - aqueles que estão aguardando julgamento ou o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Aury Lopes Jr. e Caio Paiva (2014, p. 163) afirmam que o “contexto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares.”, sendo necessário refletir sobre a redução de presos cautelares.

A prisão preventiva também aparece – equivocadamente - como cumprimento de pena antecipado. Sobre isso, Luiza de Souza (2020) destaca que essa medida está perdendo sua essência “(...) ao passo que vem sendo aplicada como termômetro de controle da suposta indignação social em face de um delito, concluindo-se que sua aplicação está mais para uma antecipação de pena sem julgamento do que medida acauteladora processual”.

Brevemente, há diferentes momentos da prisão: a prisão cautelar e a prisão pena. A primeira é aquela durante a fase processual ou investigativa, podendo ser prisão em flagrante, temporária ou preventiva. A prisão pena ocorre após sentença condenatória, na fase de execução ou cumprimento da pena, como o próprio nome sugere. Para cada uma dessas modalidades de prisões existem as respectivas alternativas possíveis.

Sobrevém que o uso excessivo da prisão, incluindo a prisão preventiva, impacta na quantidade de reclusos e, conseqüentemente, contribui para a superlotação e precarização do Sistema de Justiça Penal no Brasil. Esses problemas do encarceramento são tamanhos que o assunto se tornou tema de interesse da sociedade internacional, que diante desse caos busca alternativas.

⁶⁸⁵ Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP, pós-graduada lato sensu em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito, graduada em Direito pelo UNIVEM, membro do grupo de pesquisa “Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil” (UENP) e “Interveps” (UENP). Bolsista Capes e Fundação Araucária. Endereço para correspondência: E-mail: alinealbieri@hotmail.com

⁶⁸⁶ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Líder do grupo de pesquisa “Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil” (UENP). Endereço para correspondência: Av. Manoel Ribas, 711, Jacarezinho PR, Brasil. E-mail: vladimir@uenp.edu.br

Nesse contexto, pretende-se analisar a posição da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre as medidas não privativas de liberdade ou alternativas a prisão. Por uma opção metodológica, o estudo será restrito mais especificamente as posições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos expostas em relatórios relacionados a América, ao Brasil e as Regras das Nações Unidas de Tóquio e de Bangkok. A partir dos documentos selecionados será possível identificar as recomendações ou posicionamentos sobre as medidas alternativas à prisão, com enfoque internacional, empregando o método dedutivo, pesquisa bibliográfica e documental.

Antes disso, é importante compreender que a OEA é uma organização internacional regional e a ONU tem caráter global e apesar de serem organizações independentes, cada qual com seus próprios órgãos, Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 16) observa que são sistemas “coadjuvantes e complementares.”. Inclusive, alguns tratados apresentam conteúdos similares, e da mesma forma as observações e posicionamentos sobre as medidas não privativas de liberdade podem ser coincidentes ou complementares.

Escolheu-se analisar os relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante Comissão ou CIDH, pois é um dos principais órgãos da OEA. Dentre as várias atribuições e competências da Comissão Interamericana, nesta pesquisa mais interessa aquelas relacionadas à elaboração de relatórios, estudos, visitas *in loco*, recomendações aos Estados, conforme art. 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A Organização das Nações Unidas, por sua vez, surge no mundo pós Segunda Guerra Mundial com preocupações relacionadas à manutenção da paz, segurança internacional e direitos humanos. Celso Lafer (1995) afirma que ela “(...)tem a capacidade de dar rumo para a correção dos desequilíbrios mais graves relativos à paz, ao desenvolvimento e aos direitos humanos.”. Nesse aspecto, inclui-se os direitos das pessoas privadas de liberdade e a utilização da prisão e medidas alternativas.

Ressalta-se que nenhuma dessas organizações funcionam como um “Estado supranacional”, mas seus posicionamentos, materializados em relatórios e tratados internacionais, servem como indicador da visão da sociedade internacional sobre o uso da prisão preventiva e de alternativas à ela. Além do mais, o Brasil é um Estado membro da OEA e da ONU, comprometeu-se com os objetivos dessas organizações, especialmente sobre proteção e promoção dos direitos humanos.

Dito isso, passa a analisar alguns documentos da Comissão Interamericana relacionados a medidas alternativas a prisão, no exercício de suas competências de realizar estudos, visitas *in loco* e elaborar relatórios. Posteriormente, serão destacadas as Regras da ONU, relativas ao tratamento de pessoas privadas de liberdade, medidas alternativas à prisão, em especial as Regras de Tóquio e de Bangkok.

1 AS VISITAS REALIZADAS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA AO BRASIL E AS ALTERNATIVAS RECOMENDADAS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos através de visita *in loco* pode investigar, inspecionar se achar necessário e conveniente e, posteriormente, elaborar um Relatório com as observações e recomendações ao Estado.

Em respeito à soberania do Estado e ao pronunciamento feito pelo Brasil em relação aos artigos 43 e 48, alínea d, da CADH, que não conferem direito automático de visita pela Comissão, a CIDH somente pode realizar a visita *in loco* com a anuência ou a convite do respectivo Governo (art. 18, f, Estatuto da CIDH e art. 48, CADH).

Foram realizadas duas visitas *in loco* no Brasil, uma de 27 de novembro a 8 de dezembro de 1995 e outra de 5 a 12 de novembro de 2018⁶⁸⁷. A primeira foi com a anuência do Estado e a segunda a convite do Governo Brasileiro. Nessas oportunidades, a Comissão coletou informações, visitou diversas cidades e locais, incluindo unidades penitenciárias brasileiras.

Em ambas as visitas da Comissão ao Brasil a situação do sistema penitenciário e da administração da justiça foram alguns dos temas observados pela Comissão, bem como problemas de discriminação histórica e estrutural, concentração de riqueza, séria desigualdade social, vulnerabilidade de determinados grupos (como pessoas afrodescendentes) e as condições das pessoas sob custódia do Estado.

Essas visitas resultaram, até o momento, em um Relatório da visita publicado em 1997 e observações preliminares referente a visita de 2018. Dentre o vasto conteúdo desses documentos, abrangendo a situação dos direitos humanos no Brasil, limitar-se-á às informações e recomendações relacionadas ao uso da prisão e das medidas alternativas.

O capítulo IV do Relatório de 1997 versa especificamente sobre as condições de detenção e tratamento no sistema penitenciário brasileiro. Neste, a Comissão observou a superpopulação e lotação carcerária, o déficit de vagas, as condições precárias de higiene, saúde, alimentação, vestimentas, assistência judicial, a visita de familiares, a falta de oportunidade de trabalho e lazer no interior do cárcere, entre outros tópicos.

Em relação à realidade carcerária brasileira, a Comissão entendeu que o Brasil tinha conhecimento sobre os problemas do *congestionamento* do cárcere, inclusive o Governo brasileiro manifestou intenção de propor legislação para introduzir sentenças alternativas a prisão para os crimes não violentos e incentivar a agilização dos procedimentos judiciais com intuito de reduzir o número de detentos e a espera pela sentença (CIDH, 1997, p.2, item 8).

A Comissão obteve informação que o Poder Executivo Federal enviou projeto de lei ao Congresso Nacional para ampliar as penas alternativas

⁶⁸⁷ Para esta pesquisa, a visita de 2018 será considerada como visita *in loco*.

à privação de liberdade. Naquele contexto, as penas alternativas eram admitidas apenas para condenados à pena de até um ano de prisão e o projeto seria para alcançar os condenados à pena de até cinco anos de prisão (CIDH, 1997, p. 2, item 11).

Reclamações sobre a lentidão dos trâmites de benefícios para progressão de regime ao semiaberto e aberto, remissão de pena e alvará de soltura para os reclusos que cumpram suas respectivas condenações chegaram até a Comissão (CIDH, 1997, p. 4, item 19). Os presos que se reuniram com a Comissão indicaram que grande parte dos reclusos já poderiam progredir de regime (80% cumpriram o requisito temporal para progressão para o semiaberto e 50% para o regime aberto) ou obter a liberdade condicional, mas não conseguiram e continuam presos por carência de assistência jurídica para o trâmite processual (CIDH, 1997, p. 4, item 20).

Depois das informações coletadas e observações, ao final do Capítulo IV do Relatório, a Comissão elaborou recomendações sobre a aplicação de medidas de prisão, condições carcerárias físicas, higiene e saúde nos estabelecimentos penitenciários, alimentação e roupas, assistência judicial, separação de detentos por categorias, mecanismos de sanções disciplinares, a quantidade e formação dos agentes penitenciários, a alocação de recursos financeiros e materiais, manejo das situações de violência.

Dentre as recomendações, estão: para que sejam aplicadas efetivamente como norte as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e Recomendações relacionadas as Nações Unidas; seja acelerado os processos judiciais que mantêm a reclusão a réus não condenados e sejam postos em liberdade aqueles que tenham cumprido a pena máxima legalmente autorizada; seja consagrado efetivamente a legislação referente ao cumprimento de penas alternativas (CIDH, 1997, p.7-8).

Referente à visita de 2018, por sua vez, foi publicado um documento contendo as observações preliminares da Comissão, nas quais reconheceram os esforços do Brasil para reduzir a prisão preventiva, com implementação de audiências de custódia, aplicação de medidas alternativas, tais como a prisão domiciliar (CIDH, p. 19).

O Estado de São Paulo, estado que mais prende no país, foi pioneiro na implementação da audiência de custódia através do Provimento n.3/2015, do Tribunal de Justiça de São Paulo em parceria com CNJ e o Ministério Público (PEREIRA, 2019, p. 91-92). Em nível nacional, a audiência de custódia foi uma inovação legislativa pela Lei 13.964 de 2019, modificando o artigo 310 do Código de Processo Penal. A implementação da audiência de custódia foi elogiada pela Comissão Interamericana.

Brevemente, a audiência de custódia no Brasil, também chamada de audiência de apresentação, é a oportunidade em que o preso em flagrante deve ser apresentado à autoridade judiciária competente, no prazo máximo de 24 horas da comunicação do flagrante (CORDEIRO, COUTINHO, 2018, p. 87). Ao final da audiência, o magistrado pode decidir: I) relaxar a prisão (se ilegal), II) decretar a prisão preventiva (se inadequadas ou insuficientes

outras medidas cautelares), III) conceder a liberdade provisória (com ou sem fiança), IV) estabelecer outra medida para preservar direitos do preso. Observa-se que a concessão da liberdade não exige obrigatoriamente a fixação de medidas cautelares cumulativamente.

Não obstante, a Comissão destacou a grande população carcerária no Brasil e a alta taxa de superlotação nos estabelecimentos. A CIDH chamou atenção para a predominância de afrodescendentes no sistema penitenciário e o grande crescimento da população carcerária feminina.

Nas observações preliminares de 2018, a Comissão afirmou que o Brasil adotou uma política criminal que privilegia o encarceramento, provocando o aumento da população restrita de liberdade e a superlotação. Sobre isso:

A CIDH reitera que não há nenhuma evidência empírica que demonstre que as políticas baseadas em maiores restrições ao direito à liberdade pessoal tenham um impacto real na redução da criminalidade e da violência, ou resolvam em um sentido mais amplo os problemas de segurança pública.” (CIDH, p. 21).

De certa forma, a CIDH criticou o encarceramento no Brasil, que aumenta a cada ano, sem nenhuma evidência de melhora na criminalidade ou redução da violência de modo eficaz. Fato esse que corrobora para a necessidade de avistar medidas alternativas à prisão. Nesse sentido, Carlos Masi (2015) também traz críticas sobre a cultura de encarceramento no Brasil e a necessidade de incentivar audiências de custódia.

A Comissão observou o uso excessivo da prisão preventiva, representando 40% da população carcerária em 2017. Para ela, a implementação da audiência de custódia é uma boa prática, que permite reduzir as taxas de prisão preventiva em casos de flagrância (CIDH, p. 21). Também dispôs de informações sobre a falta de tribunais suficientes para audiência de custódia e sobre a manutenção da prisão preventiva fundamentada na gravidade do crime, pelo registro criminal da pessoa e ordem pública.

A Comissão expressou sua preocupação com os números que indicam a falta de investigação e acompanhamento das alegações de maus-tratos e tortura durante a detenção, apresentadas durante as audiências em questão (CIDH, p. 20).

Foi constatado pela CIDH que alguns Estados, com o objetivo de reduzir o uso da prisão preventiva, implementaram o uso de processos abreviados ou imediatos, com a diminuição dos prazos processuais, pela confirmação de sentenças em um menor lapso de tempo e pelo oferecimento de oralidade. Ocorre que esses processos abreviados costumam afetar o devido processo legal e resultam em imputações arbitrárias, com base em processos sumários, sem garantias eficientes e sem uma defesa adequada. Para ela, ter um processo abreviado ou imediato não resultam em medidas eficazes para enfrentar o problema da superlotação, pois na verdade sucedem o aumento do número de pessoas condenadas de maneira arbitrária.

Ademais, foi novamente enfatizado pela Comissão a situação do cárcere, em condições deploráveis, com falta de estrutura e baixa quantidade de agentes penitenciários de custódia preocupantes. Diversos outros aspectos foram observados para além do uso excessivo da prisão, tais como questões de saúde, alimentação e visita de familiares.

Ao final das observações preliminares de 2018, a CIDH elaborou sete recomendações no que diz respeito às pessoas sob custódia do Estado. Dentre elas: I) aplicar a prisão preventiva de acordo com os princípios da excepcionalidade, legalidade, proporcionalidade e necessidade, II) promover a aplicação de medidas alternativas a privação de liberdade, inclusive sob a perspectiva de gênero e prisão domiciliar, III) estabelecer mecanismos permanentes de revisão da execução das sentenças, para promover aplicação dos benefícios da libertação da prisão (CIDH, p. 42-43).

Nesse sentido, Mateus Fedato e Luiz F. Kazmierczak (2020, p. 510): “Não se deve admitir medidas inadequadas, desnecessárias ou extremamente gravosas, devendo-se observar as circunstâncias concretas do fato, sendo incabíveis motivações genéricas e abstratas.”. E Guilherme Nucci (2020) observa os requisitos da necessidade e da adequação para decretar medidas cautelares, que não são medidas automáticas, pois não deixa de “representar um constrangimento à liberdade individual” – ainda que menor em comparação a prisão provisória.

Nota-se tanto em 1995 quanto em 2018 alguns problemas envolvendo pessoas privadas de liberdade são comuns e apontados pela Comissão, particularmente a superlotação, as condições precárias no cárcere, a permanência de pessoas privadas de liberdade quando poderiam estar em outra condição (progressão de regime ou em liberdade).

Em suma, a Comissão observou problemas no cenário brasileiro e apontou algumas recomendações, especialmente para a aplicação de medidas alternativas à prisão, evitando o uso excessivo do encarceramento e da prisão preventiva.

2 AS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO NOS RELATÓRIOS INTERAMERICANOS DE 2013 E 2017

Além das visitas in loco, outra competência da Comissão é a elaboração de relatórios temáticos. Dentre os publicados, há o Relatório sobre Medidas para reduzir a prisão preventiva (2017), um Guia Prático para Reduzir a Prisão Preventiva e o Relatório sobre o uso da prisão preventiva (2013) e, a partir desses relatórios, é possível extrair alguns posicionamentos da Comissão sobre uso das prisões e de medidas alternativas.

No Relatório sobre o Uso da Prisão Preventiva nas Américas elaborado em 2013, a CIDH (2013, p. 3) foi expressa sobre o uso excessivo da prisão ser um problema complexo, com diversas causas - como o desenho legal, a deficiência estrutural dos sistemas de administração da justiça, ameaças à independência judicial, tendências enraizadas na cultura e práticas, entre outros pontos.

Nesse documento, a CIDH referiu-se ao Relatório da Reunião de Peritos de Alto Nível da América Latina e Caribe sobre a revisão das Regras

Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, realizada de 3 a 05 de agosto de 2011, em Santo Domingo, República Dominicana, destacando a tendência de “ordenar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite, em vez de recorrer a outras medidas” (CIDH, 2013, p. 1). Questão grave que indica a necessidade de pensar nas alternativas à prisão. Da mesma forma, afeta a reincidência, tal como João B. Herkenhoff (2011, p. 3) destaca:

A resposta a novo processo, no conjunto dos duzentos e sete casos que compreenderam todos os indivíduos beneficiados por medidas liberalizantes, apresentou um percentual (15,4%) bastante inferior à reincidência dos egressos de prisões fechadas (67%), conforme estudos realizados no Brasil e no Exterior. A ocorrência de novo processo, no grupo dos que não estiveram presos, apresentou o baixo percentual de 7,7%, correspondendo a um terço do verificado no grupo dos que tinham sido encarcerados.

O Relatório indica que o problema do encarceramento não é exclusivo do Brasil, mas presente na América e para a aplicação das medidas alternativas à prisão é necessário modificar o pensamento dos agentes envolvidos, de todo o sistema de administração da justiça, com colaboração entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em todos os níveis de governo.

A Comissão analisou a situação da prisão preventiva na América, com atenção para as razões pelas quais a medida não é utilizada de maneira excepcional; apontou como os Estados dão ênfase às políticas criminais de maior nível de encarceramento, com reformas legais para maior aplicação da detenção preventiva (CIDH, 2013, p. 9, item 23-24). Acrescentou que o uso da prisão preventiva representa altos custos financeiros para “o Estado, para o detento e seus familiares e para a sociedade em seu conjunto” (item 24).

Ao final do Relatório, a Comissão elaborou recomendações, dentre as quais: o Estado deve adotar medidas para “corrigir a excessiva aplicação da prisão preventiva, garantindo que essa medida seja de caráter excepcional e se encontre limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade, proporcionalidade, evitando assim seu uso arbitrário, desnecessário e desproporcional” (CIDH, 2013, item 326, A.1.).

Da mesma forma, a Comissão recomendou erradicar o uso da prisão preventiva como controle social ou pena antecipada, reorientar as políticas públicas de modo que o uso da prisão preventiva seja excepcional, aumentar a utilização de medidas não privativas de liberdade.

A Comissão destinou um item, com seis recomendações sobre a aplicação de outras medidas cautelares diferentes da prisão preventiva. Dentre elas, recomendou o uso de tipos de medidas cautelares com caráter menos restritivo, tais como: a obrigação do comparecimento periódico ante o juiz ou autoridade designada, a proibição de sair sem autorização prévia de determinado território, o abandono imediato do lar no caso de violência doméstica e a vítima

conviver com o acusado, a vigilância do acusado por dispositivo eletrônico de rastreamento, a prisão em seu próprio domicílio ou de outra pessoa, entre outras descritas no Relatório.

Tal como Sérgio Ferreira (2017, p. 199) observa, há medidas cautelares que recaem sobre o patrimônio (chamadas de cautelares reais ou assecuratória) e as que recaem sobre as pessoas (chamadas de medidas cautelares diversas da prisão). Neste momento, restringe-se as cautelares pessoais, diversas da prisão.

No tocante ao marco legal e aplicação da prisão preventiva, a Comissão recomendou que as pessoas detidas provisoriamente sejam submetidas a julgamento sem demora indevida (CIDH, 2013, letra C, item 2). E as legislações que estabeleçam prazo máximo devem ser interpretadas de maneira restritiva, sendo a prisão preventiva excepcionalmente prorrogada e o fato de ter prazo fixado em lei não impede o reexame regular da necessidade de manter a prisão. Acrescentou:

A aplicação da prisão preventiva deverá ser decidida em audiência oral, com a intervenção de todas as partes, incluindo as vítimas, garantindo os princípios do contraditório, imediatidade, publicidade e celeridade. Em determinadas condições este requisito poderá ser satisfeito com o uso de sistema de videoconferência adequado. (CIDH, 2013, letra C, item 9).

A respeito do Relatório sobre Medidas para reduzir a prisão preventiva de 2017, a Comissão notou avanços e desafios sobre aplicação da prisão preventiva e das medidas alternativas.

Em particular, a Comissão reiterou que um dos principais avanços para reduzir seu uso – e que representa uma boa prática em nível regional – é a implementação de audiências de custódia. Essas audiências podem permitir a redução da taxa de determinação da prisão preventiva em casos de flagrância. Inclusive, há um item do Relatório sobre as audiências de custódia no Brasil.

Não obstante, a Comissão advertiu sobre a predominância do uso da prisão preventiva, com legislações que restringem a possibilidade de aplicar medidas alternativas. Concluiu-se que as reformas legislativas para aumentar o encarceramento são acompanhadas por mensagens midiáticas e políticas que influenciam a opinião pública e dificultam a racionalização do uso da prisão preventiva (CIDH, 2017, item 226 e 227).

No Relatório de 2017, a Comissão se preocupou, em especial, com os grupos de risco - mulheres, pessoas afrodescendentes, indígenas, LGBTI, idosos, pessoas com deficiências - que sofrem com violência e discriminação durante a prisão preventiva.

A Comissão insistiu na excepcionalidade da prisão preventiva, recomendou a diminuição de sua aplicação, o fomento do uso de outras medidas cautelares e erradicar o uso da prisão preventiva como pena antecipada. Da mesma

forma que no Relatório de 2013, recomendou regulamentar o uso e aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva, tais como obrigação de se apresentar periodicamente ao juiz ou outra autoridade designada, entre outras.

A Comissão recomendou aplicação de medidas menos danosas que a prisão preventiva, considerando as perspectivas de gênero, idade, raça, etnia, orientação sexual, além de promover mudança da cultura e práticas jurídicas para o uso da prisão preventiva de maneira excepcional e promover medidas alternativas (CIDH, 2017, p. 155); a criação de programa de tratamento de drogas supervisionados judicialmente como alternativas para o encarceramento de pessoas detidas por uso ou posse de drogas (CIDH, 2017, p. 158); a realização de audiências prévias para procedência da prisão preventiva, na qual o magistrado deve examinar a aplicação de medidas alternativas à prisão preventiva (CIDH, 2017, p. 160-161), entre outras recomendações.

Junto com o Relatório das Medidas para Reduzir a Prisão Preventiva de 2017, a CIDH elaborou o Guia Prático para Reduzir a Prisão Preventiva, a partir das principais Recomendações feitas. O Guia é organizado em quatro seções: I) medidas de caráter geral relativas a políticas estatais, II) medidas alternativas à prisão preventiva, III) outras medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva e IV) mulheres e outras pessoas pertencentes a grupos em situação especial de risco.

Esse Guia contém referências a boas práticas adotadas pelos Estados da região. Dentre elas, o Brasil é citado pela criação de um programa de gestão para monitoramento através de tornozeleiras eletrônicas com a Portaria nº 42 de 2015 do Ministério da Justiça, “A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil”, de 2015; “Diretrizes para tratamento e proteção de dados na monitoração eletrônica de pessoas”, de 2016; e “Planos Educacionais para Monitoração Eletrônica de Pessoas”, de 2017 (CIDH, 2017, p. 28).

A experiência com a implementação no Brasil (conforme Resolução do CNJ de 15 de novembro de 2015) foi brevemente exposta como exemplo de boa prática para evitar prisões desnecessárias e promover medidas alternativas à prisão preventiva (CIDH, 2017, p. 41). Com o auxílio do juiz Luís Geraldo S. Lanfredi, que implementou as audiências de custódia no Brasil, a Comissão destacou como esta audiência serve para paralisar o “ingresso desenfreado e sem critério de pessoas em estabelecimentos prisionais” e transformou os juízes em “guardiões da integridade física das pessoas presas”.

Além disso, a criação de política especial de atenção a pessoas em prisão preventiva pela Defensoria Pública de São Paulo (CIDH, 2017, p. 16), políticas públicas restaurativas (CIDH, 2017, p. 31) e políticas públicas destinadas a mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do sistema prisional (CIDH, 2017, p. 45) foram apontadas como boas práticas.

Tanto no Relatório sobre Medidas para reduzir a prisão preventiva de 2017 como no Guia Prático, a Comissão se preocupou com o tratamento dado ao consumo de drogas, que impactou no aumento do encarceramento. Para ela, o consumo e a posse de drogas para uso próprio, bem como os delitos menos graves vinculados a esses, precisam ser enfrentados a partir do enfoque

de saúde pública, com políticas de tratamento, evitando que essas pessoas sejam privadas de liberdade e a aplicação automática da prisão preventiva.

Outro assunto comum nos relatórios foi a importância de garantir o devido processo legal e a celeridade processual - especialmente para os presos preventivos - bem como a publicação de dados, registros, produção e análise estatísticas sobre pessoas privadas de liberdade.

Diante disso, é possível afirmar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se preocupa com o excesso de prisão preventiva na América e propõe o uso das medidas alternativas, reconhecendo como alternativas o monitoramento eletrônico, processos de justiça penal restaurativa, mudanças na legislação e na política criminal, na mentalidade dos agentes envolvidos. E recomenda a audiência prévia para o juiz analisar a prisão preventiva ou aplicar medidas alternativas.

3 AS REGRAS MÍNIMAS DA ONU ACERCA DAS MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Há diversos tratados internacionais relacionados ao direito dos encarcerados, sobre prisão e medidas alternativas. Em âmbito da ONU há, por exemplo, as Regra Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), para Elaboração de medidas não Privadas de Liberdade (Regras de Tóquio), para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privadas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok), para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim) e para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude ONU Direitos Humanos (Regras de Beijing).

Dentre as diversas Regras das Nações Unidas, por uma opção metodológica, restringe-se o estudo às Regras de Tóquio e de Bangkok, as quais são direcionadas a adultos privados de liberdade e expõem sobre prisões preventivas e medidas alternativas à prisão. Ambas são Resoluções da Assembleia Geral da ONU, representando entendimento dessa organização.

As Regras de Tóquio têm como um de seus princípios gerais e objetivos fundamentais o equilíbrio adequado entre o direito dos infratores, das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e prevenção do crime, como também reduzir o encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, respeitando os direitos humanos, as exigências da justiça social e necessidades de reabilitação dos infratores (Regra 1.4 e 1.5, respectivamente).

Há Regras aplicáveis em circunstância anterior ou posterior a sentença - durante a acusação, julgamento ou execução de sentença. Quando anterior ao julgamento, as Regras de Tóquio são claras sobre a prisão preventiva ser medida de último recurso e como devem ser aplicadas o mais cedo possível as medidas substitutivas à prisão (Regra 6.1 e 6.2, respectivamente).

No mesmo sentido, durante a aplicação de pena: “Qualquer forma de libertação de um estabelecimento penitenciário que conduza a medidas não privativas de liberdade deve ser considerada o mais cedo possível.” (Regra 9.4). Assim, as Regras de Tóquio apresentam a prisão como último recurso

e a liberdade como regra, que deve ser concedida sem demora, seja na fase pré ou pós a sentença.

Além do mais, conforme a Regra 2.3 o sistema de justiça criminal deve ter grande variedade de medidas não privativas de liberdade na fase pré-julgamento ou pós-sentença, as quais devem guardar as devidas proporções e coerência da pena, com a gravidade da infração, personalidade e antecedentes do infrator, proteção da sociedade.

Em caso de julgamento, as Regras de Tóquio preveem treze medidas não privativas de liberdade, que as autoridades competentes podem adotar (Regra 8):

- (a) Sanções verbais, como a censura, a repreensão e a advertência;
- (b) Acompanhamento em liberdade antes da decisão do tribunal;
- (c) Penas privativas de direitos;
- (d) Sanções econômicas e pecuniárias, como multas e multas diárias;
- (e) Ordem de confisco ou apreensão;
- (f) Ordem de restituição à vítima ou indenização desta;
- (g) Condenação suspensa ou suspensão da pena;
- (h) Regime de experiência e vigilância judiciária;
- (i) Imposição de prestação de serviços à comunidade;
- (j) Envio a um estabelecimento aberto;
- (k) Prisão domiciliar;
- (l) Qualquer outra forma de tratamento não institucional;
- (m) Uma combinação destas medidas.

Dentre as medidas não privativas de liberdade, a Regra 13.1 prevê que o tratamento ocorrerá conforme as necessidades do infrator, podendo ser terapia de grupo, tratamentos especializados, estudos de caso, programas de alojamento.

Caso essas medidas sejam desrespeitadas, elas podem ser modificadas ou revogadas, assegurando o direito de o infrator recorrer à autoridade judicial ou outra autoridade competente, de modo que o desrespeito às medidas não significa que a prisão seja automaticamente imposta (Regra 14). Inclusive, a Regra 14.4 prevê que “a autoridade competente deve se esforçar para encontrar uma solução substituta adequada”, portanto, está claro a preferência pelas medidas não privativas de liberdade.

Referente a aplicação da pena, a Regra 9.2 indica as medidas de autorização de saída, processo de reinserção, libertação para trabalho ou estudo, liberdade condicional, remissão de pena, indulto. Curiosamente, essas medidas se assemelham a algumas existentes na Lei de Execução Penal brasileira (Lei 9.210/1984).

Além disso, há disposições sobre execução das medidas não privativas de liberdade, sua supervisão, duração, condições e processo, o treinamento de pessoal envolvido, totalizando 23 Regras.

No tocante às Regras de Bangkok, elas não substituem as Regras de Mandela ou as Regras de Tóquio. Elas, na realidade, são um complemento das Regras de Tóquio, pois trouxeram proteções específicas às mulheres - sejam elas presas provisórias ou condenadas, de caso civil ou penal, no estágio pré-julgamento, sentença ou cumprimento de pena.

A perspectiva da mulher no sistema penitenciário e medidas alternativas aplicáveis a elas tem importância se justifica ao passo que o encarceramento de mulheres no Brasil cresceu 656% entre os anos de 2000 e 2016, sendo 45% presas preventivas e relacionadas ao tráfico de drogas (DE SOUZA, 2020).

O conjunto das setenta Regras de Bangkok considera as especificidades das mulheres, refletindo nos cuidados e serviços de saúde, revista pessoal, disciplina, sanções, instrumentos de contenção, capacitação de funcionários penitenciários, regime prisional, medidas não restritivas de liberdade, entre outras, conferindo maior proteção as mulheres e consideram a responsabilidade de cuidado, amamentação dos filhos.

A Regra 2.2 de Bangkok é explícita sobre a possibilidade de suspender a medida privativa de liberdade por um período, para que a mulher (que ingressaria na prisão) possa tomar as providências necessárias observando o melhor interesse da criança que está sob sua guarda.

Além da preocupação com as relações familiares e de cuidados, a Regra de Bangkok (nº 56) complementa as Regras de Mandela (Regras 84 a 93) para garantir a segurança das mulheres em condições de presas cautelarmente ou esperando julgamento, com adoção de medidas normativas e práticas pelas autoridades competentes.

No tocante às medidas não restritivas de liberdade, as Regras de Tóquio se aplicam às mulheres, sendo complementadas pelas Regras de Bangkok, a qual conferem uma nova perspectiva, especialmente a Regra 57 que trata sobre o desenvolvimento, no sistema jurídico do Estado, assim expresso: “(...) opções para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras (...)”. No mesmo sentido, a Regra 58 de Bangkok indica sempre que possível e apropriado a aplicação de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão (inclusive a prisão cautelar).

As medidas não privativas de liberdade aplicadas às mulheres infratoras podem ser combinadas com intervenções terapêuticas, orientações, tratamentos, programas educacionais, por exemplo, conforme Regra 60 de Bangkok. Além dessas disposições supracitadas, chama atenção a Regra de nº 64 de Bangkok:

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo

melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

Essa regra é claramente direcionada às mulheres gestantes, com filhos e/ou dependentes, em casos de crimes sem violência ou grave ameaça, transformando a prisão das mulheres nessas condições em extrema exceção.

Além do mais, as Regras de Tóquio e de Bangkok fazem parte da série “tratados internacionais de direitos humanos” publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2016, junto com as respectivas apresentações. Nesses documentos, o CNJ incluiu, após as Regras de Bangkok, o precedente do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 126.107/SP) e os votos dos ministros Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski, no qual concederam a imediata substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar à mulher gestante de risco, em coerência com as Regras das Nações Unidas para Tratamento de Mulheres Presas e medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras.

O Min. Ricardo Lewandowski também reconheceu que o Governo Brasileiro participou ativamente das negociações para elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, todavia, há carência de políticas públicas e implementação dessas normas no cárcere (CNJ, 2016, p. 12).

Diante disso, é possível compreender que a Organização das Nações Unidas, através das Regras de Tóquio e Regras de Bangkok, manifesta reiteradas vezes a preferência pelas medidas não privativas de liberdade, inclusive elencando algumas delas, de modo que o encarceramento é o último recurso, não sendo aplicado automaticamente a todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos documentos analisados, percebe-se a posição da Organização dos Estados Americanos, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e das Nações Unidas nas Regras de Tóquio e Bangkok.

Verificou-se que a Comissão Interamericana, em relação as visitas *in loco* ao Brasil, observou a grande quantidade de presos provisórios, o uso excessivo do encarceramento, além da situação precária das unidades penitenciárias brasileiras, superlotadas e com pessoas privadas de liberdade quando poderiam estar em outra condição.

Apesar de ter reconhecido esforços do governo brasileiro entre 1995 a 2018, a Comissão manteve as recomendações sobre aplicação da prisão preventiva conforme princípios da excepcionalidade, legalidade, proporcionalidade e necessidade, além de estimular as medidas alternativas a privação de liberdade, promover benefícios de libertação em sede de execução penal.

Semelhantemente, a Comissão nos Relatórios sobre Medidas para reduzir a prisão preventiva (2017), no Guia Prático para Reduzir a Prisão Preventiva e no Relatório sobre o uso da prisão preventiva (2013), observou que o uso excessivo da prisão é um problema presente no Brasil

e na América, bem como a tendência de ordenarem a prisão em vez de recorrer a outras medidas.

De modo coerente, nos Relatórios a Comissão recomendou aumentar o uso das medidas não privativas de liberdade, visando erradicar o uso da prisão preventiva como pena antecipada ou controle social, sendo a prisão medida excepcional, devendo ser reduzido o uso das medidas privativas de liberdade. Portanto, esta posição da CIDH se apresenta consolidada.

Inclusive, a Comissão Interamericana indicou a audiência de custódia adotada no Brasil como exemplo de boa prática na América – apesar de também reconhecer as limitações práticas. E tal como evidenciado pela CIDH, a rapidez dessa audiência não deve significar arbitrariedades, a inobservância do devido processo legal ou desrespeito a princípios e direitos humanos.

Dessa forma, é possível concluir que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um dos principais órgãos da OEA, indica reiteradamente a necessidade de aplicar medidas alternativas não privativas de liberdade, de combater o excesso do encarceramento, adequando os sistemas nacionais aos padrões internacionais.

No que se refere as Regras de Tóquio e de Bangkok, elas representam a posição das Nações Unidas e servem como paradigma para medidas alternativas ao superencarceramento, que deveriam nortear a política no Brasil e outros Estados membros da ONU.

Em resumo, ambas as Regras trazem exemplos de medidas alternativas a prisão, como as penas privativas de direito, sanções pecuniárias, serviço comunitário, prisão domiciliar, tratamento, regime aberto, entre outras. Constatou-se ainda que as Regras de Bangkok fornecem uma perspectiva de gênero, indicando a prisão domiciliar como alternativas ao encarceramento da mulher gestante, mãe ou responsável de crianças ou pessoas com deficiências em determinadas situações.

Inclusive, essas Regras foram replicadas pelo Conselho Nacional de Justiça (2016), adquirindo visibilidade em âmbito interno, com apresentação do Min. Ricardo Lewandowski, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a ausência de políticas públicas e implementação das Regras no cárcere brasileiro.

Após analisar esses documentos, é possível afirmar que a visão internacional é além da prisão, pois tanto as Nações Unidas quanto a Organização dos Estados Americanos são favoráveis às medidas alternativas à privação de liberdade, distanciando do aprisionamento em massa, observando a proporcionalidade.

A expansão das medidas diversas da prisão não é imune a críticas, no sentido de ser novas formas de controle e do poder punitivo (BORGES, DE OLIVEIRA, 2014). Não obstante é um caminho para reduzir o encarceramento excessivo, se devidamente aplicadas, sendo menos custoso e danoso, em consonância com a perspectiva internacional.

REFERÊNCIAS

- BALLESTEROS, Paula R. Implementação das audiências de custódia no Brasil: Análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/isedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf/view>. Acesso em: 16 dez. 2020.
- BORGES, Clara Maria Roman; DE OLIVEIRA, João Rafael. A Expansão Do Controle Por Meio Das Medidas Cautelares Pessoais Diversas Da Prisão. Revista Da Faculdade De Direito UFPR, Curitiba, v. 59, n. 3, p. 225-247, 2014.
- CAZABONNET, Brunna Laporte. A recepção das medidas cautelares diversas da prisão preventiva pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revista Videre, Dourados, v. 10, n. 20, p. 140-160, 2018.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Relatório Sobre O Uso Da Prisão Preventiva Nas Américas. 2013. <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Guia prático para reduzir a prisão preventiva. 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/11/CIDH-Observa%C3%A7%C3%B5es-preliminares.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Coordenação Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos.
- CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 10, n. 1, p. 76-88, 2018.
- DE SOUZA, Luiza Catarina Sobreira. Mulher, prisão preventiva e tráfico de drogas: Medidas alternativas para o não encarceramento. Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública, v. 8, n. 3, p. 990-1003, 2020
- FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das

decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 483-514, 2020.

FERREIRA, Sérgio Henrique Gontijo. Qual o termo final das medidas cautelares diversas da prisão?. *Revista Amagis Jurídica*, v. 2, n. 14, p. 197-212, 2016. Forense, 2020.

HERKENHOFF, João Baptista. Crime, tratamento sem prisão? *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias, COPEN*, v. 1, n. 2, 2011, p. 1-7. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-02/15%20-%20D.N.%20-%202%20edicao%20-%20crime%20tratamento%20sem%20prisao.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, p. 169-185, dez. 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&rm=iso. Acesso em: 16 jan. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata Apresentação do Preso ao Juiz Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* ano 5, v.9, maio/ago. 2014. Porto Alegre: DPE, 2014. p. 154-210.

MASI, Carlos Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, v. 960, p. 77-120, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2002. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/manuais/MANUALDEPENASALTERNATIVAS.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Observatorio Interamericano de Seguridad. Disponível em: <http://www.oas.org/IOS/countriesdetails.aspx?lang=es&country=BRA>. Acesso em: 10 nov. 2020.

PEREIRA, Bianca Vettorazzo Brasil. A audiência de custódia como instrumento de inibição da tortura: um estudo dessa iniciativa na cidade de São Paulo. 2019. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/handle/handle/22906>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. “Punir menos, punir melhor”: Discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. 2014. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. *IBCCRIM*, ano 24, n. 283, p. 5-6, jun. 2016.

VIANNA, Túlio. Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 2, n. 3, p. 157-165, 2008.

TIPOLOGIA DE CASOS E TÉCNICAS DECISÓRIAS

TIPOLOGY OF CASES AND DECISION-MAKING TECHNIQUES

Tiago Gagliano Pinto Alberto ¹

INTRODUÇÃO

É comum e já se tornou corrente a classificação de casos como i) fáceis, quando podem ser solucionados por intermédio da metodologia dedutiva; e ii) difíceis, quando não encontram no silogismo o seu manancial decisório de rotina. Esta forma de entrever as situações conflituosas remonta aos ensinamentos de Ronald Dworkin e é a ele atribuída quanto à sua difusão nos ambientes acadêmicos e jurisdicionais de atuação². Ocorre que, dada a pluralidade e ineditismo de questões atualmente controvertidas levadas ao exame judicial, esta classificação se tornou insuficiente para açambarcar a multiplicidade de vertentes fáticas e as suas necessárias correlações jurídicas. Parece, então, diante desse panorama, que a tipologia dos casos deva sofrer releitura, de sorte a que, apresentando variações da inaugural maneira com a qual externados os conflitos, possa melhor se conformar às atuais e incrivelmente plurais realidades descobertas a cada dia da manifestação do ser humano enquanto vivente neste planeta.

E, admitindo-se como necessária a utilização de nova classificação para a já não tão inédita tipologia de casos, seria de se questionar o motivo pelo qual tal se afiguraria útil. Afinal, alterar uma classificação somente parece ter sentido se de alguma forma puder facilitar ou bem a compreensão do caso, ou bem a sua resolução, sob pena de se converter em mero exercício retórico de congraçamento intelectual³. Sob este prisma, parece razoável reconhecer a existência de conexão entre a forma como são visualizados e a utilização de técnicas decisórias empreendidas. Da mesma maneira, assim como os casos fáceis são associados à técnica silogística para a sua resolução e os casos difíceis em geral apontam para recomendações principiológicas de atuação, outras

¹ Pós-doutor em Direito pelas Universidade de León/ES e PUCPR. Pós-doutor em Psicologia cognitiva na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-doutorando em Filosofia (Ontologia e Epistemologia) pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doutor pela UFPR e Mestre em Direito pela PUCPR. Juiz de Direito. Professor de teoria do direito e filosofia jurídica na PUCPR e em cursos de teoria da decisão judicial. Endereço: Curitiba-PR, Brasil. E-mail: tiagogagliano@hotmail.com.

² Dworkin, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira). 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 07-08 e 241. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

³ utilidade das classificações pode ser notada, principalmente, sob o ponto de vista da lógica e da semiótica. Não abordarei este tema aqui, mas, para os interessados, faço algumas referências: BARTHES, Roland. Elementos de semiologia. Tradução de Izidoro Blikstein. 16.ed. São Paulo: Cultrix, 2006. CARNAP, Rudolf. O caráter metodológico dos conceitos teóricos. Coletânea de textos. Traduções de Luiz João Baraúna e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultura, 1980.

classificações podem sugerir a utilização de técnicas diversas, compatíveis com as dificuldades, particularidades e nível de detalhamento jurídicos e afins que se deixam entrever pelas situações que recebem classificação diversa da tradicional.

Compreender, dessa forma, que a classificação de casos pode estar associada às técnicas utilizadas para a sua solução pode oferecer uma utilidade para a tipologia, facilitando a operacionalização da Justiça quando instada por aqueles que a demandam. De outro modo, não parece haver qualquer utilidade em identificar, classificar e pôr rótulos em conflitos, adjetivando-os como fáceis, difíceis, ou o que mais vier à mente, pois serviria apenas para o regozijo intelectual de quem elabora e oferece uma nova forma de ver muitas vezes a mesma coisa já vista de antanho.

Este artigo pressupõe a utilidade da classificação de casos, correlacionando-a com as respectivas técnicas decisórias. Nessa trilha, será revisitada a tradicional classificação popularizada por Dworkin para, em seguida, será apresentada maneira diferente de trabalhar temas conflituosos específicos, já reconhecidos como tais pela literatura especializada. Em seguida, serão demonstradas algumas técnicas decisórias praticadas em diversos ambientes jurisdicionais, nacionais ou não, com o fito de atrelá-las à nova tipologia tratada em momento antecedente. As técnicas apresentadas, é bem de ver desde já, são sugeridas de maneira aberta, *numerus apertus*, sem qualquer pretensão de esgotamento.

Se a hipótese deste artigo estiver correta, ou seja, de que a tipologia de casos se correlaciona necessariamente com técnicas decisórias úteis para o desate das correspondentes questões controvertidas, então, ao fim, o leitor poderá perceber que a argumentação jurídica incrementará, por meio das técnicas sugeridas, o nível de racionalidade que se espera diuturnamente do pronunciamento jurisdicional sobre todo e cada um dos temas que lhe sejam postos à cura⁴.

A metodologia utilizada para este artigo é a exploratória, com desenvolvimento dedutivo. Quanto às fontes de pesquisa, foram utilizadas referências bibliográficas nacionais e estrangeiras, ademais de material obtido diretamente da rede mundial de computadores.

Ronald Dworkin difundiu e popularizou nos ambientes acadêmico e judicial a classificação de casos como fáceis e difíceis. Narrando o caso *Riggs Vs Palmer*, em que Elmer Palmer havia assassinado o seu avô com o intento de passar a ser proprietário dos bens do autor da herança, a New York Court of Appeals em 1889 aplicou, a despeito da inexistência de legislação específica acerca da possibilidade da exclusão da herança do neto homicida, princípio jurídico para compreender, atrelando o óbvio ao jurídico, que o sujeito ativo de conduta criminosa não poderia dela se valer para obter qualquer proveito que fosse, patrimonial ou não (DWORKIN, 2010).

A partir da utilização da técnica principiológica para a resolução de casos para os quais o sistema normativo não oferecia uma regra cujo fato trazido à tona no ambiente social estivesse previamente gestado em seu elemento antecedente-

⁴ Sobre a necessidade de racionalidade na argumentação jurídica, inter plures: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 3. ed., 2003.

descriptor, deu-se, então, a popularização da utilização dos princípios para situações dessa natureza, causando a posterior e quase esperada evolução desse mesmo ideário aos conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e toda a orbe de inovações normativas que escapassem da tradicional visão “Se F, então P”. Ou seja: estabeleceu-se uma espécie de consenso segundo o qual os casos que ostentassem resposta pronta, porque produto de subsunção do fato à regra, seriam classificados como fáceis e, como tais, encontrariam terno repouso na metodologia dedutiva para a sua eliminação do cenário conflituoso; por outro lado, em todas as demais testilhas em que a dedução não encontrasse *locus* apropriado, não haveria outra solução senão a apropriação de princípios enquanto técnica de imprescindível utilização para a resolução destas situações mais dificultosas, isto é, dos casos tidos como difíceis.

Tornando a proposta de Dworkin um pouco mais visual:

TIPOLOGIA DO CASO	TÉCNICA DECISÓRIA CORRESPONDENTE
CASOS FÁCEIS	TÉCNICA DEDUTIVA
CASOS DIFÍCEIS	TÉCNICA PRINCIPiolÓGICA

Ocorre que, talvez por capricho do destino, ou como decorrência da complexidade que vivenciamos enquanto seres habitantes este planeta, até mesmo os casos difíceis se encontram superados em sua definição semântica de origem. Existissem somente as perspectivas dedutivo e principiológicas para desate de controvérsias mais curiais ou dificultosas no ambiente jurisdicional, creio poder dizer que nos encontraríamos em uma confortável situação, demandando pouco da elasticidade do sistema jurídico e, bem assim, do desenvolvimento de novas técnicas decisórias para fazer frente aos desafios sempre perenes que nos são postos, querendo ou não, pela pluralidade de novas facetas das mesmas realidades anteriormente visualizadas, qualificadas e adjetivadas por requisitos inéditos; estes, aliás, que lhes conferem muitas vezes ares de verdadeiras novas estruturas fáticas que descabem em anteriores, empoeirados e consolidados ambientes de valorações antropológicas, sociais e jurídicas já desgastadas pelo passar do tempo. Daí porque outra solução não se nos apresenta senão o incremento da tipologia outrora considerada inédita, assim como o enlevo de técnicas decisórias que se revelem compatíveis com as agruras fáticas anunciadas.

1 UMA NOVA TIPOLOGIA DE CASOS: ENUNCIÇÕES PRIMÁRIAS

1.1 CASOS FÁCEIS COM CONSEQUÊNCIAS DIFÍCEIS

Uma primeira releitura que se pode empreender é que os casos fáceis podem oferecer dificuldade não na extração da conclusão enquanto elemento que é garantido pelas premissas que lhe antecedem, em ordem a propiciar a formação de um argumento tido como logicamente sólido⁵. Muitas vezes,

⁵ Para compreensão a estrutura do argumento tido como sólido: COPI, Irving Marmar. Introdução

a conclusão é de fato achegada nos limites e de acordo com a formatação silogístico-dedutiva, ocorrendo que a problemática que reclama deliberação judicial não se encontra propriamente na etapa de reconhecimento e aplicação do resultado final concebido como decorrência da subsunção do fato à norma, senão, em realidade, aos *efeitos* da conclusão que foi propiciada pela dedução. Esta, por poder se revelar escabrosa e fatal ora sob o ponto de vista jurídico, ora econômico, ou ora social, merece tratamento em separado e, bem por isso, a utilização de técnica decisória que a trate de maneira independente.

Vou me valer de um exemplo para aclarar o que até agora foi mencionado.

Por oportunidade do julgamento da ADIn nº. 2.240-BA, o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade da lei de criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, como decorrência do desmembramento do município de Barreiras (Lei Estadual Baiana nº. 7.619/2000). Argumentava-se que a lei criadora não obedecera aos trâmites destacados e exigidos pela Constituição da República no art. 18, §4º, e, como tal, outra coisa não se poderia esperar senão a sua proscrição como decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade. O julgamento, em si, obedeceu ao critério dedutivo, sendo a premissa normativa, o parâmetro de aferição referencial, a Constituição da República, que, tendo a norma que exigia uma formatação específica para a elaboração de leis criadoras de Municípios violada, então outra solução não se afiguraria adequada senão a efetivação do efeito ablativo, consistente na retirada da lei eivada de inconstitucionalidade do ambiente jurídico-normativo positivo. A situação foi conhecida como do “Município putativo”⁶.

A problemática poderia ser enquadrada, em exame prefacial, na categoria de “caso fácil”, uma vez que a dedução se revelou suficiente para resolução da casuística. O paralelismo, no entanto, sobrevém à conclusão: o que fazer, e qual eficácia esperar, após a proclamação da inconstitucionalidade da lei criadora do Município? Sabendo que o efeito ablativo se opera após a proclamação do resultado do julgamento pelo STF, no instante seguinte a que este se verificasse, em qual realidade se encontraria o Município cuja lei criadora fora afastada do ambiente jurídico?

Uma de duas conclusões adviria, inexoravelmente: a) a mais provável - a decisão judicial seria solenemente ignorada pelos habitantes do Município, muitos dos quais decerto até mesmo desconhecariam a existência de um Supremo Tribunal Federal com competência para analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos; ou b) acaso observada na íntegra e com todos os seus efeitos, a decisão produziria um total e absoluto caos entre os municípios e a Administração Pública.

Como nenhuma das duas soluções se apresentava adequada, outra teve que ser a saída pela Suprema Corte, que, levando em consideração a importância do tema e, sobretudo, a possibilidade de os efeitos da sua decisão serem defenestrados pela pujança da conformação da realidade social, optou

à lógica. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

⁶ Íntegra da notícia e apreciação jurídica disponíveis em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/stf-criacao-municipio-luis-eduardo-magalhaes-bahia>. Acesso em: 3 jul. 2019.

por manter a vigência da lei eivada por inconstitucionalidade pelo prazo de 24 meses, até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento.

O caso poderia ser inicialmente classificado como fácil, porque para a sua solução bastava a metodologia dedutiva. Identificando-se a premissa normativa, a fática e a conclusão, alcançava-se a proscrição do ato normativo que desobedeceu aos ditames da Carta Maior em seus elementos formais exigidos. O problema não estava aí, mas na questão de como tratar dos efeitos da inconstitucionalidade reconhecida; e, ainda, por meio de qual técnica. A opção do STF foi a utilização de técnica conhecida como “Apelo ao legislador”⁷, mas outras também poderiam ser invocadas, figurando entre tais: a técnica da decisão estruturante e a teoria do compromisso significativo, adiante abordadas.

Temos, então, um caso que, embora fácil, apresenta consequências difíceis e, por isso, pode ser exatamente assim denominado: *caso fácil com consequências difíceis*, demandando técnicas decisórias que se afastem da metodologia dedutiva tradicional.

1.2 CASOS TRÁGICOS

Da mesma forma que os casos fáceis com consequências difíceis não se encontram alinhados à tradicional classificação proposta por Dworkin e, por isso, não encontram seguro embasamento nas técnicas dedutiva e principiológicas, outra será a conformação diante de situações em que não se verifique inicialmente qualquer solução cabível minimamente proveitosa a quaisquer dos envolvidos na trama materializada em expediente judicial. Esta é a sede dos casos tidos como trágicos, em que, infelizmente, qualquer solução postulada, advogada ou proposta, não ostenta o mínimo de efeito positivo para os contendores e aqueles que, direta ou indiretamente, encontrem-se atrelados aos meandros fáticos da problemática delineada⁸.

Imagine, caro leitor, o seguinte exemplo: uma criança é retirada do seio familiar, em virtude da alegação de um suposto abuso por parte de algum parente/

⁷ Acerca da referida técnica: MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: apellentscheidung: na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. Íntegra disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175956>. Acesso em: 3 jul. 2019.

⁸ Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral” ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 226. Também acerca da conceituação de casos trágicos: TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação jurídica e a justificação das decisões contra legem. In: DIREITO E PRÁXIS, v. 3, n. 02, 2011, p. 154 - 171. ARIZA, Santiago Sastre. Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. In: DERECHO Y OPINIÓN, p. 295 - 306, 199; e, ainda, LA FUENTE, Oscar Pérez de. Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos. Madrid: Universidad Carlos III. In: CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO, n.15, 2007 (14 p.) e LARIGUET, Guillermo. Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica: en torno a algunas ideas de Manuel Atienza. In: ISONOMÍA, n. 24, abril 2006, p. 93-113.

representante, contando com a criminosa omissão de outro, que igualmente ostenta o poder familiar sobre o menor. A criança é abrigada por força de ordem judicial e lá permanece, em primeiro momento de maneira temporária e depois definitiva, à vista da condenação criminal dos envolvidos e diante da ausência de quaisquer outros familiares que possam se responsabilizar pela guarda.

Na situação narrada, não se verifica qualquer solução efetiva à agrura materializada no processo. Efetivamente, todas as soluções, para todos os envolvidos, serão péssimas, variando desde a criança já encontrada em situação de abuso e, posteriormente, institucionalizada⁹, até o Estado, na contingência legalmente imposta de assumir para si, com os correspondentes custos, a guarda e cuidado de um ser humano; e, ao final, também aos familiares, que, por culpa de suas ações e omissões, foram correta e legalmente desprovidos da companhia do menor que ultimaram por lastimar e ferir.

Em tal situação, a tipologia correta da classificação não pode ser a de caso difícil, uma vez que este, conquanto apele às técnicas principiológicas, apresenta alguma forma de solução, ou vislumbre nesse sentido. Na literatura temática, debate-se se as soluções para os casos difíceis seriam plúrimas, ou unívoca¹⁰, mas uma coisa é certa e não se debate: haveria algum tipo de solução, ou ao menos o arremedo de alguma.

Nos casos trágicos, no entanto, simplesmente não há solução integralmente boa ou estável o suficiente a ser considerada como completamente adequada. Todas são ruins e os rumos perseguidos são: i) prevenção imediata quanto a ulteriores violações de direitos; ii) distributivo-reparatória, punindo-se os agressores à ordem jurídico-normativa; e, finalmente, iii) preventiva protraída no tempo, cuidando para não serem perpetradas outras lesões. No fundo, entretanto, a despeito dos objetivos colimados, uma vez consumado o prejuízo, situado no mais fundo e recôndito meandro da subjetividade, a reparação não passará de uma onírica ilação.

Em casos tais, não há sequer como cogitar da aplicação da metodologia dedutiva e, por outro lado, a principiologia somente calhará bem para resolver questões pendentes incidentais, como a retirada em si da criança do convívio familiar e outras conexas; mas não a problemática como tal¹¹. Outra, portanto,

⁹ Entregue aos cuidados do Estado, que velará muitas vezes apenas pela sua manutenção, desprovendo-a da segurança e do conforto psicológico do seio familiar (em que, obviamente, não fosse abusada) e ainda a inserirá no sistema de adoção, para o qual de repente não logrará obter a recolocação familiar, alcançando uma situação de desabrigamento compulsório ao atingir a maioridade, em que será inserida no contexto social decerto com lacunas inconscientes e deficiências psicológicas e de formação.

¹⁰ Por todos: PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y límites de la ponderación. In: REVISTA DOXA: CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, n.26. Universidad de Alicante, 2003.

¹¹ Há uma importante diferença que pouco a pouco vem sendo construída, delineada e fixada pela teoria da argumentação jurídica a respeito da diferença entre as resoluções i) do processo; e ii) do caso. Ambas são diversas em natureza e se pode dizer que o conflito está realmente solucionado quando esta é conseguida. O assunto demanda maiores digressões e, por isso, não poderá ser abordado neste momento.

deve ser a técnica almejada para alcançar tal intento, ou, ao menos, para arrefecer as nefastas consequências produzidas pela dura realidade para os envolvidos. Em poucas palavras: regras e princípios não ajudam se não se está buscando uma solução, mas diversas soluções para inúmeros eixos do mesmo problema. Qual, então, deverá ser a técnica buscada? Haverá mais de uma técnica cuja utilização se revele interessante ao caso? Adiante veremos.

1.3 ENFIM, OS CASOS DILEMÁTICOS

No alcance de uma tipologia proposta a cobrir algo substancial da realidade complexa apresentada, impõe-se examinar o extremo oposto ao caso anteriormente tido como trágico: situação para a qual as soluções se revelam plurais, inúmeras, todas capazes de viabilizar, de forma igualmente aceitáveis sob o ponto de vista jurídico, o desate da questão controvertida.

A teoria da decisão judicial denomina casos desta envergadura como “dilemáticos”, ou “dilemas constitucionais”, porque em geral se apresentam na formatação de conflitos de direitos constitucionalmente previstos, ambiente em que não se pode, desde logo, perceber a primazia de um sobre o outro e, quando se decide em favor de um, o outro resta total e absolutamente aniquilado, afastado em sua inteireza¹².

Desde logo se pode constatar não se tratar de um caso clássico de ponderação de princípios constitucionais, na medida em que neste o confronto dos princípios se resolve na dimensão do peso, de maneira a atribuir um peso argumentativo maior na inversa proporção de que a eficácia do outro princípio é verificada. Nos dilemas, entretanto, o reconhecimento e aplicação de um princípio afasta, defenestra, proscree totalmente o outro, não viabilizando, com isso, qualquer espaço para a sua atuação. A técnica da ponderação será cabível em situações de conflito entre princípios no modo clássico, uma vez reconhecido um caso difícil, mas não nesta, em que não se trata de ponderação, senão de aplastamento de um sobre o outro. Sendo assim, não se deve falar em técnica de ponderação, porque disto não se trata.

Explicarei por meio de dois exemplos.

Mary e Jodie, duas irmãs siamesas de Manchester, nasceram ligadas pelo baixo-abdômen. Infelizmente, Mary, que nasceu sem coração ou pulmões, mantinha-se viva através da irmã, Jodie. O caso foi judicializado, porque a recomendação médica era que as duas fossem separadas, já que os órgãos de Jodie não seriam capazes de viabilizar a vida para ambas. Os pais, católicos fervorosos, acreditavam que o destino de ambas deveria ser decidido

¹² Interessante debate acerca da conceituação de dilemas constitucionais pode ser lido e apreciado no seguinte trabalho: ZUCCA, Lorenzo; LARIGUET, Guillermo; ZORRILLA, David Martínez; ÁLVAREZ, Silvina. Dilemas Constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales. Madrid: Marcial Pons, 2011. Entre todas as definições, reputo mais acertada a exposta por Lorenzo Zucca, segundo a qual nos dilemas as alternativas competem em força e são incomensuráveis, ou seja, não admitem relativização.

unicamente por Deus. Ao final de grande embate jurídico, repercutido de maneira forte na sociedade inglesa, o Poder Judiciário determinou a realização da complexa cirurgia de separação, dando opção de vida à Jodie e, necessariamente sacrificando Mary¹³.

Elizabeth Joice, uma norte-americana de 26 anos, descobriu em 2010 um câncer e, em virtude dos tratamentos, não podia ter filhos, conquanto este fosse o seu sonho. Um mês após a notícia, viu-se grávida, tendo que optar pelo tratamento, ou pela criança. A sua decisão foi ter o bebê e, como consequência, ver o câncer crescer e arrebatar a sua saúde pouco a pouco, enquanto a gestação se desenvolvia. Ao final do período gestacional, nasceu a pequena Lily, que conviveu com a mãe por poucos dias, que sucumbiu ao câncer¹⁴.

O que há de comum nos dois casos? É que, entre outras situações, o direito à vida foi ao mesmo tempo protegido e sacrificado; e ambos em sua inteireza. Não houve ponderação, relativização, ou qualquer tipo de dimensão de peso capaz de revelar, em proporções inversas, a salvaguarda de um princípio ao tempo em que o outro fora relativizado. Não! Ao contrário, ambos foram sacrificados e protegidos em todo o grau possível, sem qualquer tipo de meio termo. Extraí-se, então, que a técnica da ponderação não se revelaria capaz de solucionar a celeuma, porque não se trata de ponderar, senão de optar, com amparo jurídico, por algum princípio em detrimento de outro.

Daí porque o caso não é simplesmente difícil, senão dilemático. Quaisquer soluções estariam corretas; as alternativas competem em força e são incomensuráveis. Na primeira situação, estaria tão correto realizar a cirurgia, como não a fazer; e, no segundo, submeter-se aos tratamentos quimioterápicos que afastariam a possibilidade de levar a gestação a termo, como não os realizar, dando preferência à gravidez. E mais, as duas situações tratam do mesmo princípio em jogo, a vida, que, de forma nada binária, é ao mesmo tempo protegido e sacrificado.

Ora, se não se tem um caso com alguma solução correta e não se tratando de ponderação, mas de exercício integral de um princípio e prejuízo integral de outro, qual(is) técnica(s) poderia(m) ser utilizada(s) para análise do caso e sua correspondente solução de maneira racional sob o ponto de vista argumentativo; isto é, sem que a conclusão seja produto de escolha subjetiva, íntima e irracional (com falta de controle)? É o que se verá em seguida.

1.4 TIPOLOGIA PROPOSTA

Eis, então, a tipologia proposta:

i) casos fáceis;

¹³ Íntegra da notícia pode ser obtida em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2309200016.htm>. Acesso em: 3 jul. 2019.

¹⁴ Íntegra da notícia pode ser obtida em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/americana-morre-ao-desistir-de-tratamento-contra-cancer-para-preservar-saude-da-filha-12044423.html>. Acesso em 3 jul. 2019.

- ii) *casos fáceis com consequências difíceis;*
- iii) *casos difíceis;*
- iv) *casos trágicos;*
- v) *casos dilemáticos.*

Agora cuidemos das correspondentes técnicas decisórias.

2 TÉCNICAS DECISÓRIAS PROPOSTAS

2.1 UMA ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA

Inicialmente, advirto ao leitor ser a proposta de técnicas decisórias, conforme a tipologia dos casos, meramente exemplificativa; e, obviamente, não se pode arvorar em tomar para si o esgotamento do tema.

Outra advertência: as explicações das técnicas decisórias neste espaço serão realizadas de maneira panorâmica. Assim, não pretendo verticalizar quaisquer dos temas afetos às técnicas mencionadas, cada qual capaz de gerar um artigo autônomo; e, por outro lado, sugiro ao leitor interessado verificar as referências aludidas no desenvolvimento do texto como forma de aprofundar a pesquisa e o estudo sobre o tema.

2.2 CASOS FÁCEIS COM CONSEQUÊNCIAS DIFÍCEIS – TÉCNICAS CORRESPONDENTES

a) A técnica do provimento estrutural (*structural injunctions*)

Os provimentos judiciais decisórios conhecidos como estruturais apresentam a característica de adjudicarem direitos, mas, ao mesmo tempo, programarem e efetivarem a execução do decidido. Independentemente da fiel observância ao quadrante normativo positivado, com frequência vão além, estabelecendo a forma da execução, ademais de normatizarem, por vezes, todo um setor ou segmento social.

Sérgio Cruz Arenhart (ARENHART, 2013, p. 7), em trabalho justamente intitulado “Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro”, destaca que as decisões estruturais podem ser compreendidas como aquelas “(...) que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.”.

Owen Fiss assim esclarece acerca da conceituação das decisões em foco:

Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values. Structural reform - the subject of this essay - is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning

to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central - maybe the central - mode of constitutional adjudication.¹⁵

No Brasil, talvez o exemplo mais candente de decisão estrutural possa ter sido evidenciado por oportunidade do julgamento da ação popular que impugnava a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em que o Supremo Tribunal Federal adicionou à parte dispositiva do acórdão 19 (dezenove) cláusulas condicionantes, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena a ser realizada no país a partir de então¹⁶. Prolatou-se o que se vem denominando “sentença aditiva”¹⁷, que, por sua natureza, contém determinações abstratas e genéricas a regular determinado ponto omissis capaz de obstar o cumprimento de cláusulas constitucionais.

Esta técnica decisória parece lidar com os casos fáceis com consequências difíceis com desenvoltura mais adequada, uma vez que, de fora parte as questões alusivas à legitimidade de o Poder Judiciário se imiscuir na seara de outros Poderes constituídos¹⁸, cuida não apenas da adjudicação do direito, levado a cabo pela metodologia dedutiva, mas também pela sua resolução de maneira plena, com o efetivo encerramento da problemática que o envolve.

b) A técnica do compromisso significativo (*meaningful engagement*)

Outra técnica que pode ser considerada e utilizada no âmbito dos litígios caracterizados como fáceis, porém com consequências difíceis, é a do compromisso significativo (*meaningful engagement*). Se a técnica da decisão

¹⁵ FISS, Owen, op. cit., p. 2. Outros autores, a exemplo, de Rodger Citron – CITRON, Rodger. The case for a structural injunction to improve indigent defense services. In: The Yale Law Journal – v. 101: 481, CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard law review, v. 89, n. 7, mai. 1976., além de Mark Tushnet: TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. NUJS law review. 177, abr. 2011 também vêm estudando a temática ora tratada.

¹⁶ Todas as cláusulas podem ser verificadas no excelente trabalho desenvolvido por Ana Sinara Fernandes Camilo, com especial realce à cláusula 17. CAMILO, Ana Sinara Fernandes. O STF, a Condicionante n°. 17 do caso “Raposa Serra do Sol” e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará. Íntegra do trabalho disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹⁷ Para Leandro Paulsen, sentença aditiva é aquela “decisão que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei, adita e adéqua-lhe à interpretação da Constituição. Em verdade, a sentença aditiva manipula a norma que reputa inconstitucional, por insuficiência do seu enunciado, estendendo o seu alcance, ou seja, ampliando o seu âmbito de incidência, com o escopo de torna-la constitucional.” PAULSEN, Leandro. A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade. Texto disponível na íntegra em: http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33. Acesso em 17 janeiro 2013.

¹⁸ Não trabalhadas e/ou enfrentadas neste momento.

estruturante pode parecer algo invasiva da esfera de atribuições de outro Poder, o compromisso significativo, de outro lado, situa-se na zona intermediária entre o cumprimento coercitivo do provimento decisório e a usurpação das atribuições alheias, ao menos para quem assim eventualmente a considere.

Esta técnica surgiu na Corte Constitucional sul-africana por oportunidade das decisões proferidas nos casos *i) Grootboom*; e *ii) Olivia Road*; e *iii) Joe Slovo*. No caso *Olivia Road*, em que ficou mais pontuada e esclarecida, debatia-se a efetivação de ordem de desocupação direcionada a mais de 400 (quatrocentos) ocupantes de prédios na Cidade de Johannesburgo. A Corte, ao revés de determinar a desocupação pura e simplesmente, emitiu ordem provisória para a Cidade e os ocupantes se comprometerem significativamente a: *i) resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição*; *ii) aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis*; e *iii) reportar os resultados do compromisso*¹⁹.

Note-se, diferentemente das *structural injunctions*, não ter havido determinação haurida do Poder Judiciário já no sentido do cumprimento da decisão por um ou outro modo, não podendo o provimento ser criticado por supostamente invadir seara de atribuição de outro Poder constituído. Ao contrário, o que ocorreu foi simplesmente a fixação de um compromisso, de teor coercitivo e não meramente recomendatório, para alinhamento das condutas estatais ao determinado pela Corte. Esta forma de lidar com a questão das consequências difíceis de casos fáceis oferece uma riqueza de detalhamentos e possibilidades sem precedentes para o manejo do cumprimento da decisão sem o trauma institucional possivelmente gerado pela ordem pura e seca emanada das deliberações das Cortes de Justiça, muitas vezes sem o mínimo de visualização dos meios e modos administrativos por intermédio dos quais seria obedecida.

Se ao ler o parágrafo anterior você se lembrou daqueles casos tão corriqueiros em que determinada entidade de direito privado postula a rescisão de um contrato celebrado para fins habitacionais, geralmente com população de baixa renda, e, em antecipação de tutela, a reintegração na posse de imóvel como resultado do inadimplemento das prestações assumidas, saiba

¹⁹ JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromissos significativos: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. In: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Íntegra do texto disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 1 jul. 2019. Também podem ser consultados os seguintes trabalhos: PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015 e, do mesmo autor: Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo". In: Revista de Direito Ambiental, n. 72, out/dez 2013. Há também uma interessante dissertação de mestrado sobre a temática: NETO, Gentil Ferreira de Souza. A Força Normativa da Constituição, a judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo. Íntegra disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2446/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Gentil%20Ferreira%20de%20Souza%20Neto_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 jul. 2019.

que esta é uma boa situação em que a teoria do compromisso significativo poderia ser utilizada. Isso porque a resolução do caso se enquadra facilmente na metodologia dedutiva – afinal, o contratante descumpriu o contrato que lhe dava direito à posse no imóvel –, mas as consequências do cumprimento de uma ordem de reintegração geralmente não são dimensionadas, ou sequer buscadas; ou, ao contrário, a entidade Autora informa para onde irão as pessoas que integram a família que deverá sair do imóvel? Em casos tais, as consequências se revelam dificultosas e calharia bem, antes do cumprimento da ordem, fazer como deliberou a Corte sul-africana no caso *Olivia Road* e fixar um compromisso significativo de realocação das famílias afetadas para, só então, cumprir-se o determinado judicialmente.

2.3 CASOS TRÁGICOS E CORRESPONDENTE TÉCNICA

Esta tipologia se caracteriza pela ausência de soluções corretas, ou, dito de forma mais técnica, por conflitos cujos meandros fáticos não ostentam, com a adjudicação de direitos, resolução definitiva; ou, ainda, em que a atividade substitutiva da vontade enredada pelo Poder Judiciário não terá o condão de eliminar os aspectos nodais da controvérsia, funcionando mais bem no ambiente da prevenção de efeitos decorrentes da violação aos direitos envolvidos na questão.

Em assim sendo, considerando que se está tentando evitar o incremento de efeitos nocivos decorrentes da violação à ordem jurídico-positiva, talvez também nesta esfera deva ser procurada a técnica decisória mais adequada ao manejo da causa. Note-se que não estou mencionando resolução do conflito, já que a decisão se circunscreverá a minimizar os seus efeitos, mas, em realidade, manejo da questão conflituosa, sede adequada em que a decisão poderá obrar efeitos e externalidades que poderão vir a fazer diferença na conformação do ponto nodal em litígio à moldura constitucional de referência.

Neste ponto as técnicas voltadas à busca por eficiência no contexto da adjudicação de direitos, ou aquelas conexas ao mesmo ideário, podem ser úteis, porque mais bem direcionadas à concretude da efetivação de direitos e menos à sua percepção em abstrato. Faço específica referência a seguinte, em *numerus apertus*, evidentemente: técnica do interesse premente, também conhecida como do perigo real e imediato, ou, ainda, perigo claro e presente.

A teoria do perigo real e imediato (ou perigo claro e presente - *clear and present danger*), fundamentada na ideia de interesse premente, ficou assim intitulada desde o julgamento dos casos *Abrams* e *Schenk Vs. EUA*, pela Suprema Corte norte-americana, consistindo em um exame contextualizado da situação de urgência e a necessidade ou não de, diante do quadro apresentado, medidas excepcionais serem adotadas, ainda que em afronta à coerência externada por precedentes, ou derrotando regras²⁰. A teoria em foco

²⁰ O caso, relatado por Oliver Wendell Holmes Jr., em 1919, consistiu, muito resumidamente, no exame da legalidade da conduta de distribuição de panfletos socialistas, inicialmente por Jacob

permite trazer à concretude das situações conflitivas a ideia de consequência da decisão para a análise do melhor direito a ser realizado no caso em debate. Assim, por exemplo, na necessidade de institucionalização de crianças, o perigo real e imediato poderá ser utilizado para aferir qual o interesse mais premente em jogo; e, uma vez identificado, o que fazer para resguardá-lo da maneira juridicamente mais viável.

A fundamentação deverá ser lançada não apenas com a tônica de observância de princípios abstratos como o do melhor interesse da criança, preservação da família, ou conexos – podendo fazer colapsar o contexto de justificação como fruto de um entimema subjetivo a gerar, por consequência, uma decisão *ad hoc*, cabível para qualquer conflito –, mas, de outro modo, considerando a identificação de qual deverá ser o interesse premente a ser resguardado do perigo real e imediato e, por consequência, quais as vantagens concretas, naquele caso, apontadas de maneira discriminada, da sua salvaguarda para o titular desse interesse.

Algo próximo a isso foi tentando pelo direito positivo com o advento da Lei n.º. 13.655/2018, que, introduzindo artigos na LINDB – Lei de introdução às normas do direito brasileiro, fez referência aos conceitos de consequências práticas (art. 20), jurídicas e administrativas (art. 21) da decisão²¹. Os artigos e as expressões não foram muito bem utilizados, porque, entre outras razões, confundem consequências (critério deontológico), com impactos (critério fático), mas já se prestam a demonstrar duas coisas: a) a possibilidade de se trabalhar com a ideia de consequências no plano da *definição* de direitos; b) a imperativa necessidade de justificação desta consequência adotada como razão justificadora da decisão.

Conquanto a regra se circunscreva, no âmbito de sua incidência, aos conflitos que envolvam questões afetas às decisões e/ou atos administrativos tizados, nada obsta que se possa adotá-la, ainda que analogicamente, no espaço de aferição de elementos causais e fáticos inerentes à definição do i) interesse premente envolvido na espécie; ii) na definição, detalhamento e discriminação objetiva da forma de proteger o interesse tido como premente no caso.

2.4 CASOS DILEMÁTICOS E TÉCNICA SUGERIDA

Nos casos dilemáticos, ou de dilemas constitucionais, todas as soluções buscadas estão situadas no plano da viabilidade jurídica; ou, de outra forma, não há soluções que se pretendam inadequadas. Reitero que, diversamente do que se poderia imaginar, não se trata de ponderação entre princípios afetados

Abrams, em aparente malferimento às leis publicadas durante o período da Primeira Guerra Mundial, em 1918. A condenação considerou as circunstâncias da Primeira Guerra Mundial e a relativização à liberdade de expressão que o “perigo claro e presente” ensejava e devia ser considerado para fins de estabilização política do país. Notícia dos casos pode ser encontrada em: http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/personality/landmark_abrams.html. Acesso em: 3 jul. 2019.

²¹ Íntegra da lei disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 3 jul. 2019.

em seu âmbito de aplicação; mas de decisão com base em um princípio que, por sua aplicação, aplastará totalmente a vertente de aplicação do outro, afastando-o do quadro jurídico para aquela específica situação. E, ademais, duas particularidades podem ainda ser destacadas: a) em geral, trata-se do mesmo princípio envolvido (por exemplo: o direito à vida, como na infeliz situação das gêmeas Mary e Jodie); e b) ainda que se tratem de princípios diversos, qualquer deles pode ser tido como correto ao momento da decisão do caso.

Diante deste panorama, não se aplicando técnicas referentes à solução de antinomias principiológicas (como a ponderação, a razoabilidade, diálogo de fontes e até mesmo as tradicionais técnicas referentes às antinomias de regras, como os critérios cronológico, da especialidade e hierarquia), outras devem ser as buscadas para auxiliar no desate do ponto. Sugiro, sem prejuízo de outras tantas, a técnica derivada da teoria do segundo melhor²².

A teoria do segundo melhor, de autoria de Carlos Santiago Nino, advém da concepção do Autor pela observância de considerações de ordem moral hauridas do que denomina “dimensão ideal da Constituição”, ou seja, um feixe de princípios morais que podem ser obtidos da chamada Constituição histórica de cada país²³. Em casos de dúvidas acerca de quais valores escolher para embasar uma decisão que orbite na pouco clara área da aferição do melhor princípio a ser utilizado, deverá o julgador optar por reproduzir os *valores epistêmicos* da Constituição histórica, consagrando a decisão que fora outrora coletivamente adotada na escolha de valores democráticos. O julgador deverá vir a abrir mão da sua escolha, que seria a primeira melhor, mas adotará a seguinte (a segunda melhor), porque oriunda do balizamento de valores levados a cabo pela escolha democrática dos valores epistêmicos constitucionais fundamentais (NINO, 1999, p. 181).

Rememorando o caso Mary e Jodie e de Elizabeth Joice e da pequena Lily, ambos pontuados como dilemáticos. Nas duas situações, a observância do direito à vida de um (Mary, ou Elizabeth) produziria lesão definitiva à vida do outro envolvido (Jodie, ou Lily). Como decidir com base na teoria do segundo melhor, então? A recomendação de Nino é que a Constituição histórica nos fornece uma carga de valores epistêmicos que se presta a gerar princípios morais de base, compulsoriamente observados, sob pena de violação à concepção de democracia, porque a preferência individual terá maior força axiológica às escolhas traçadas pelos legitimados constitucionalmente a tanto.

Tendo em linha de conta esta ideia, deverá ser verificado qual valor epistêmico envolvido no caso possui preferência pelo sistema. No caso de Mary

²² C.S. NINO, Richard Lipsey y Kelvin Lancaster em: “The General Theory of the Second Best” (1956).

²³ (...) “las acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, o pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales”. NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1999, p.70.

e Jodie, os valores epistêmicos envolvidos são: vida (de ambas) e religião (escolha dos pais pela não intervenção); e, no caso de Elizabeth e Lily, os valores epistêmicos envolvidos são: vida (de Elizabeth e Lily) e liberdade individual (escolha de Elizabeth). Deverá o decisor, então, diante destes valores epistêmicos identificados, perscrutar o ordenamento constitucional para verificar, deliberar e argumentar no sentido da prevalência de um ou outro, tanto nos conflitos externos (vida-religião; e vida-liberdade individual), como nos internos (vida-vida). A resposta não é apriorística e caberá a cada um. Adianto, contudo, a minha opinião e utilizo o caso de Elizabeth para tanto, por ser de mais fácil visualização.

Entendo que no conflito externo (vida-liberdade individual), prevalece como valor epistêmico a vida, já que sem ela a liberdade individual não poderá ser exercida. Este é, pois, o valor epistêmico predominante para este grau de conflito e, por isso, deve ser a baliza para o interno. No conflito interno (vida de Elizabeth e vida de Lily), compreendo que o direito de Lily deve ser salvaguardado, porque inserto no quadro protetivo do melhor interesse da criança definido como prioridade constitucional e, por isso, valor epistêmico predominante geral. Assim, acaso quest ionada judicialmente a decisão de Elizabeth de não se submeter ao tratamento quimioterápico para viabilizar o prosseguimento da gestação, não veria como afastar a sua decisão, já que fundada em valor tido como predominante sob o ponto de vista epistêmico. Poderia até mesmo discordar da decisão, concebendo que a minha deliberação fosse diversa acaso estivesse inserido no mesmo contexto (esta seria a melhor opção, a primeira, de que trata a teoria), mas a tomada de posição da Constituição histórica pela prevalência do melhor interesse da criança definiria o caso (esta seria a segunda melhor opção, consoante pontuado pela doutrina) e, portanto, não haveria como decidir de outra forma sem a adoção de posicionamentos morais individuais discrepantes das escolhas constitucionais.

Repito que não há, obviamente, escolha única; a própria tônica de casos dilemáticos aponta neste sentido. Isso, contudo, não afasta a possibilidade de uma metodologia para que se possa chegar a uma decisão que atenda ao contexto da justificação e, portanto, afaste-se de meras escolhas morais, subjetivas e, como consequência, irracionais, *ad hoc*. Claro que existe forte carga subjetiva na percepção dos valores epistêmicos predominantes, do quadro constitucional em que inseridos e, ainda, da conformação e interação entre direitos de idêntica estatura. O que, sem embargo, está em questão não é a subjetividade na escolha, que não poderia jamais ser afastada da aplicação do direito, mas a maneira de justificá-la de modo racional, credenciando a decisão como legitimada sob o ponto de vista argumentativo.

3 QUADRO ILUSTRATIVO FINAL

Em assim sendo, sem prejuízo de outras tantas tipologias de casos que possam ser adotadas como classificações úteis; e, ainda, da enorme multiplicidade de técnicas decisórias correspondentes, sugiro a seguinte

correlação, que acredito poder auxiliar na resolução de casos, tornando a decisão racional e legitimada.

TIPOLOGIA DO CASO	TÉCNICA DECISÓRIA
CASOS FÁCEIS	TÉCNICA DEDUTIVA
CASOS FÁCEIS COM CONSEQUÊNCIAS DIFÍCEIS	A) TÉCNICA DO PROVIMENTO ESTRUTURAL (STRUCTURAL INJUNCTIONS); B) TÉCNICA DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO (MEANINGFUL ENGAGEMENT)
CASOS DIFÍCEIS	TÉCNICAS NÃO DEDUTIVAS – PRINCÍPIOS (PONDERAÇÃO, RAZOABILIDADE, DIÁLOGO DE FONTES ETC)
CASOS TRÁGICOS	TÉCNICA DO INTERESSE PREMENTE (PERIGO CLARO E PRESENTE - CLEAR AND PRESENT DANGER)
CASOS DILEMÁTICOS	TÉCNICA DO SEGUNDO MELHOR

CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou, em um primeiro momento, revisar a tipologia de casos outrora tradicionalmente identificados como i) fáceis; e ii) difíceis. Esta classificação não mais se adequa à pluralidade de situações conflituosas apresentadas no contexto social atual. Por isso, colimou-se investigar o acerto da hipótese de trabalho mencionada na introdução, isto é, que tipologia de casos se correlaciona necessariamente com técnicas decisórias úteis para o desate das correspondentes questões controvertidas.

Neste sentido, pontuada a correlação *tipologia de casos-técnicas decisórias*, cuidou-se de exemplificar algumas das técnicas decisórias que mais bem se adequariam à tipologia previamente apresentada, elaborando-se, ao final, quadro esquemático.

Em assim sendo, o artigo apresentado é descritivo ao ponto em que mencionadas a tradicional classificação de casos e a existência das técnicas decisórias delineadas; e propositivo ao momento em que constatada a insuficiência da tipologia tradicional, apresentando nova classificação, e, ainda, sustentando a correlação da nova tipologia com as técnicas outrora descritas.

Repiso que não há qualquer pretensão de i) resolução definitiva de casos, ii) esgotamento de técnicas decisórias existentes; ou, o que seria mais pernicioso na compreensão da leitura do artigo, iii) aprisionamento do direito e/ou da realidade fática à tipologia dos casos, por meio, respectivamente, das técnicas decisórias e da classificação. Se o artigo for interpretado de uma destas três maneiras, o leitor assim estará procedendo por sua opção, ou, para terminar com algo argumentativo, *ad hoc* e sem amparo no contexto de justificação.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Jospelia. Decisão, inédita na Justiça britânica, foi descrita como “dolorosamente difícil”, pois uma das gêmeas vai morrer: Juízes confirmam separação de siamesas. *Revista de São Paulo*, São Paulo, 23 set. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2309200016.htm>. Acesso em: 3 jul. 2019.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 38, n. 225, p. 389 - 410, 2013.
- ARIZA, Santiago Sastre. Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. *Derecho y Opinión*, Espanha, v. 1, n. 1993, p. 295 - 308, 1993.
- ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 238. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino.
- BARTHER, Ronald. Elementos de Semiologia. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 120. Tradução de Izidoro Blikstein.
- BRASIL Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 3 jul. 2019.
- CAMILO, A. S. F. O STF, a condicionante nº 17 do caso ‘Raposa Serra do Sol’ e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará. In: XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós- Graduação- CONPEDI, 2010, Fortaleza. XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós- Graduação- CONPEDI, 2010. v. XIX.
- CARNAP, Rudolf. O caráter metodológico dos conceitos teóricos. São Paulo: Abril Cultura, 1980. Traduções de Luiz João Baraúna e Pablo Rubén Mariconda.
- CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 89, n. 7, p. 1281 - 1316, maio 1976. JSTOR. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1340256>.
- CITRON, Rodger. (Un)Luckey v. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services. *The Yale Law Journal*, [s.l.], v. 101, n. 2, p. 481 - 504, nov. 1991. DOI: JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/796807>.
- COPI, Irving Marmer. Introdução à lógica. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 281. Tradução de Álvaro Cabral.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010. p. 592. Tradução Nelson Boeira.
- DWORKIN, Ronald. O Império do direito. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 536. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 610. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira).
- KONKOLY, Toni. Abrams v. United States (1919). 2006. Disponível em: https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/personality/landmark_abrams.html. Acesso em: 3 jul. 2019.
- LAFUENTE, Oscar Pérez de. Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Madrid, v. 15, p. 1 - 15, 2007. Universidad Carlos III de Madrid.
- LARIGUET, Guilherme. Conflictos Trágicos Genuinos, Ponderación y Límites de La Racionalidad Jurídica: en torno a algunas ideas de manuel atienza. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, v. 24, p. 93 - 113, 24 abr. 2006.

- LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. A criação de municípios e a jurisprudência do STF. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-10/stf-criacao-municipio-luis-eduardo-magalhaes-bahia>. Acesso em: 3 jul. 2019.
- LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review Of Economic Studies*, [s.l.], v. 24, n. 1, p. 11 - 32, 1956. Oxford University Press (OUP). DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/2296233>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: Apellentscheidung: na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175956>. Acesso em: 3 jul. 2019.
- NINO, Carlos Santiago. *La Constitucion de La Democracia Deliberativa*. Espanha: Gedisa, 1999. p. 304.
- PAULSEN, Leandro. A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade. Disponível em: http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalle.asp?ID=33. Acesso em: 17 jan. 2013.
- PARDO, David. Compromisso significativo. *Correio Braziliense*, 14 set. 2015,00:00. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/impreso/2015/09/2665200-compromisso-significativo.html>. Acesso em: 3 abr. 2021.
- PRADO, David. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 72, out/dez 2013.
- PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 26, p. 225 - 238, 2003. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. DOI: <http://dx.doi.org/10.14198/doxa2003.26.12>.
- SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. A força normativa da constituição, a judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo. 2018. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2446/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Gentil%20Ferreira%20de%20Souza%20Neto_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 jul. 2019.
- TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem / Legal reasoning and justification of contra legem decisions. *Revista Direito e Práxis*, [s.l.], v. 2, n. 3, p. 154 - 171, 15 dez. 2011. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2011.1877>.
- TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. *Nujs Law Review, India*, v. 4, n. 2, p. 177 - 187, 2011.
- UNKNOWN. Americana morre ao desistir de tratamento contra câncer para preservar a saúde da filha. 2014. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/americana-morre-ao-desistir-de-tratamento-contracancer-para-preservar-saude-da-filha-12044423.html>. Acesso em: 3 jul. 2019.
- VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 1 jul. 2019.
- ZUCCA, Lorenzo et al. Dilemas constitucionales: Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales. Espanha: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011. p. 152.

O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL DO MUNDO ANTIGO, REVISITADO SOB ENFOQUE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS QUE DEFINEM O ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO: PROCESSOS A QUE SE SUBMETERAM JESUS DE NAZARÉ E SÉRVIO SULPÍCIO GALBA – O QUE MUDA E O QUE REMANESCE

THE ANCIENT WORLD'S CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, REVIEWED FROM THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES THAT DEFINE THE CONTEMPORARY DEMOCRATIC STATE: PROCESSES SUBMITTED TO NAZARÉ AND SERBIAN JESUS THAT RESCUE THE HUMAN RESPECT OF THE GALA

Domingos Thadeu Ribeiro da Fonseca²⁴

INTRODUÇÃO

A temática aqui desenvolvida incide, pontualmente, sobre dois dos mais emblemáticos processos penais dos antigos romanos: o de que foi réu Sêrvio Sulpício Galba, magistrado nomeado pretor na Hispânia (fase da República, entre 151-150 a.C.²⁵), absolvido conquanto haja violado o valor da *fides* e chacinado milhares de lusitanos; e o de Jesus de Nazaré, o Cristo, condenado à morte mediante crucificação (fase do Principado, à volta do ano 30 d.C.) por Pôncio Pilatos, Prefeito da Judéia, sob imputação de haver pregado a paz autoproclamando-se “herdeiro dos céus”, “filho de Deus” e “Rei dos Judeus”.

São marcos históricos incomparáveis em relevância, pois, enquanto aquele respeita à gênese de uma nação, este repercute incessantemente na cultura, nas crenças, nas tradições, nos padrões morais e nas manifestações intelectuais ao longo da História da civilização humana.

Certo! Medeiam-se quase dois séculos entre eles, mas são exemplos frisantes de atividade jurisdicional a simbolizar a cedência de alguns julgadores ante o peso e a intensidade da *vox populi*. Em ambos os casos a conduta punível, como tal imputada, perdeu prestígio em relação às condições particularíssimas do incriminado, prevalentes, essas, como fator determinante e conducente aos respectivos desfechos. O interesse na confrontação dos processos cifra-se, aí, na forma de transposição dos termos e atos culminados — desaprumados entre si — conquanto advindos de um *iter* semelhante.

Pesem embora as sólidas noções de direitos e garantias hodiernamente crismados, mundo afora, em constituições e outros diplomas legais, ainda ecoam as influências sob as quais sucumbiram os juízes romanos. Não raro se estampam, no cotidiano de telejornais, posicionamentos que instigam massas populares e

²⁴ Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Especialista em História do Direito na mesma Instituição e em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Desembargador no TJPR.

²⁵ Nome comum a muitos nobres romanos, um dos quais Imperador entre junho de 68 a janeiro de 69 d.C. - GONÇALVES, Pedro Correia. Aulas práticas de Direito Romano. Cascais: Príncipia, 2012, p. 135.

estas, a seu turno, pré-julgam, pressionam decisões judiciais que deturpam fatos e polarizam atenções direcionadas a particularidades atribuídas a réus.

Jesus foi deixado por Pilatos e Caifás à sanha da turba insuflada; com Galba, os ministrantes da justiça ajoelharam-se sob o peso de um latente sentimento popular a incidir sobre o sucesso de um rico magistrado conquistador de terras e de escravos, o que lhe permitiu infringir regras formais de relações exteriores conferindo-lhe, *pari passu*, a prerrogativa de sobrepujar a *fides* decorrente de um pacto estipulado com bárbaros no estrangeiro.

Muito mudou e muito permanece, eis o cotejo a ser sopesado.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO INSTRUMENTAL

1.1 A ASCENSÃO DE ROMA

Sobreleva atentar, de início, que qualquer alusão ao Direito de Roma implica ter-se em mente a ponderosa advertência de GILISSEN: “a história do Direito Romano é uma história de 22 séculos, do século VIII a.C. até ao século VI d.C., no tempo de Justiniano, depois prolongada até o século XV no Império Bizantino” (GILISSEN, 1986, p. 80).

O Estado romano já emerge organizado, politicamente, como um estado-cidade (*civitas* ou *πόλις*)²⁶, modelo esse mantido até por volta do c. III d.C. A *urbs* romana aprumava-se em boa liga com a *polis* grega, ambas com vistas ao mesmo caráter cívico-religioso de um Estado onipotente a subjugar o indivíduo: “o rei, um pontífice; o magistrado, um sacerdote; a lei, uma fórmula sagrada” (REALE, 1977, p. 20). Observa SEBASTIÃO CRUZ, compunha-se de “um agrupamento de homens livres, estabelecidos sobre um pequeno território, todos dispostos a defendê-lo contra qualquer ingerência estranha e sobretudo onde todos detêm uma parcela de poder” (CRUZ, 1984, p. 58-59).

²⁶ Importa atentar, nas marginais deste ensaio, para a transposição histórica dos períodos correspondentes à Monarquia (754 a.C.-509 a.C.), à República (509 a.C.-27 a.C.), ao Principado (27 d.C.-284 d.C.) e à Monarquia Absoluta, ou Dominado (284 d.C.-476 d.C.) - GONÇALVES, Pedro Correia. Aulas práticas de Direito Romano. Cascais: Príncípa, 2012, p. 135

O estatuto dos homens livres – assim no Digesto²⁷ como nas Institutas²⁸ – era marcadamente distinto daquele inerente à escravatura.²⁹

No Direito antigo³⁰, o brocardo *homo liber* não se coadunava com a singela

²⁷ Do Digesto, “V- De statu hominum”: 1.5.3: “Summa itaque de iure personarum divisio haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi” (“e, assim, a principal divisão do direito das pessoas é a que todos os homens ou são livres ou são servos”); 1.5.4: “Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quid vi aut iure prohibetur” (“liberdade é a faculdade natural de fazer o que a cada um apraz, a não ser que isto seja proibido pela força ou pelo Direito”); 1.5.4.1: “servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur” (“a servidão é uma constituição do Direito das Gentes pela qual alguém é contra a natureza submetido ao poder alheio”); 1.5.5.1: “servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est. Iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur” (“os servos são submetidos ao nosso domínio ou pelo Direito Civil ou pelo Direito das Gentes: pelo Direito Civil, se alguém maior de vinte anos deixou-se incorrer numa venda para participar do preço. São nossos servos pelo Direito das Gentes os que são capturados dos inimigos ou os que nascem das nossas escravas”) - JUSTINIANO I (Imperador do Oriente, 483 - 565). Digesto de Justiniano, Liber Primus: introdução ao Direito Romano. Trad. Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 57 - 58.

²⁸ Das Institutas, “L. I, Tít. III - De iure personarum”: “§ 1.º - Liberdade, de onde vem a denominação ‘liberi’ (livres), é a faculdade natural daquele a quem é lícito fazer tudo quanto deseja, a não ser que seja impedido pelo Direito”; “§ 2.º - Escravidão é o instituto do Direito das gentes, pelo qual alguém é, contra a natureza, sujeito ao domínio de outrem”; § “3.º - Os escravos são, assim, chamados servos porque os generais costumavam vender os prisioneiros e, por isso, os conservavam ao invés de matá-los. São também chamados ‘mancipius’, porque são aprisionados pela mão dos inimigos”; “4.º Os servos ou nascem assim ou se tornam. Nascem, assim das nossas escravas, tornando-se escravos, ou nascem pelo Direito das Gentes, isto é, pelo cativo, ou pelo Direito Civil, quando um homem livre, maior de 20 anos, consente em vender-se para participar do preço.” Cfr. JUSTINIANO I (Imperador do Oriente, 483-565). Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. Trad. direta do original latino J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. ampl. e rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

²⁹ Até o séc. VI d.C. o Império do oriente era ainda pleno de influências helênicas. Como medida política destinada à “manter viva a idéia do Império Romano”, o Imperador bizantino buscou reflorescer a fase áurea do Direito ocidental determinando, para tanto, fosse compilado e adotado o grande acervo jurídico produzido em Roma. Tanto o Digesto, a obra central (uma compilação de textos de jurisconsultos clássicos que remontava a República ocidental), quanto as Institutas (um manual para estudos jurídicos na escola de Constantinopla) passaram a vigor, juntos, a 30 de dezembro de 533 - MEIRA, Sílvio. Curso de Direito Romano. ed. fac.-sim. São Paulo: LTr. Editora, 1996, p. 167 - 172.

³⁰ O Antigo Direito compreende um período que remonta os séculos VIII a.C. ao III a.C. Num primeiro momento (do século VIII ao VII), a organização romana era arrimada na natureza clânica das grandes famílias – “as *gentes*” –, nas quais o respectivo chefe ostentava uma autoridade “quase ilimitada”. Era, portanto, predominantemente consuetudinário e calcado nos usos e costumes de cada clã até que comessem a surgir costumes próprios da cidade (na República). Direito e religião ainda se confundiam e o manejo de ambos estava afeto aos sacerdotes, tanto que, na fase da Realza, as leis reais, conquanto eventualmente expressassem regras alusivas a Direito Privado e a Direito Penal, eram fundadas em decisões de caráter religioso. A partir do século V a.C., com o despontar da República, Roma experimentou significativas mudanças, conferindo-se, então, um papel mais expressivo a plebeus e estrangeiros, aos quais gradualmente foi-se oportunizando o uso do mesmo Direito Privado (que prevaleceu, afinal, em relação à até então ainda vigente solidariedade clânica) atribuído aos patrícios. Só aí a *lex*, como ato “emanado de autoridades públicas e formulando regras obrigatórias” representativa de “uma ordem geral do povo e da plebe”, passa, finalmente, a concorrer com o costume como fonte de Direito – GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel

noção de “homem livre”; tampouco designava o *paterfamilias*. É que o vocábulo *homines* encerrava uma carga pejorativa quando dirigido a um cidadão romano, sendo frequentemente empregado como designativo exclusivo a plebeus ou a não-romanos desprovidos, que eram, de cidadania (classificados, estes, entre *homines servi* e *homines liberi*) (VERA-CRUZ PINTO, 2006, p. 206 – 207). O homem livre apresentava-se, assim, *extra commercium* e *extra patrimonium*. Não podia, dessarte, ser objeto de direitos reais ou de crédito. E mesmo o não-livre ostentava – diferenciando-o dos animais – seu valor moral dotado de relevância jurídica.

A noção de liberdade correspondia à prerrogativa de, em não sendo o indivíduo escravo, poder ele gozar direitos políticos (votar, nomear ou desempenhar a função de magistrado, sacerdote, etc). Assim, o *status* de homem livre remetia diretamente à condição de sujeito de direitos e obrigações em sua participação na cidade, não se distinguindo o dúplici caráter da liberdade: o público, como súdito, e, o privado, como direito inerente à personalidade humana.

A liberdade romana tinha, em suma, natureza civil e política. Cada membro pertencia, de corpo e alma, à sua cidade, cumprindo-lhe, para mais, exercitar-se e fazer-se fisicamente apto a defendê-la quando concitado (COULAGES, 2011, p. 297 – 298).

Somente na época de Cícero (séc. I, a.C.) o termo *libertas* perdeu precisão no sentido jurídico, ganhando colorido mais filosófico, abstrato e de cunho nacionalista. Famosa é esta sua peroração (apud PEREIRA, 2009, p. 378 – 379):

Outras nações podem suportar a servidão, mas a *libertas*, essa é apanágio do povo romano” (...) “nada há de mais detestável que a desonra, nada de mais torpe do que a servidão. Nascemos para a honra e para a *libertas*: ou haveremos de as possuir, ou de morrer com dignidade.

1.2 NÓTULAS SOBRE A REPRESSÃO PENAL EM ROMA

A convivência humana é assegurada por um conjunto de regras sociais preexistentes, cuja infringência acarreta imposição de sanções iminentes, necessárias e, assim, coletivamente aceitas. Tal mecanismo de controle culmina reforçado através de meios dissuasórios materializados via coação estatal³¹. Nesse ponto avulta a norma penal, cuja missão é definir as transgressões de maior potencialidade lesiva – traduzidas pelo “pior que os homens fazem uns aos outros” – e fixar os devidos meios de intervenção, que serão também

Macaísta Malheiros. 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 84 - 85.

³¹“Sin embargo, el orden social no puede asegurar por si mismo la convivencia de las personas en la comunidad. Aquél debe ser completado, perfeccionado y reforzado por el Ordenamiento jurídico” (...) “El Derecho Penal asegura, em última instancia, la inviolabilidad del Ordenamiento jurídico a través de la coacción estatal”. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5. ed., corregida y ampliada. Trad. espanhol, Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002, p. 2.

os mais rigorosos: “a coação, a força, a acusação pública e a condenação, a privação da liberdade” etc. Segue-se daí que entre normas penais e outras, de conduta, há uma correlação de mútua dependência. O controle social que delas deflui é, portanto, “condição irrenunciável da vida em sociedade” (HASSEMER2005, p. 414- 415).

Direito Processual Penal e Direito Penal compunham, no mundo antigo, uma unidade indissociável, sendo certo que, em boa medida, a evolução da disciplina adjetiva precedeu a de índole substantiva.

Da vingança privada ao talião, passando pela composição à multa, os romanos, tal como outros povos da antiguidade, valorizavam costumes e tradições orais, tudo prenhe de significação religiosa. A repressão penal estatal avançou apenas quando definidos os precisos contornos da norma penal, destacando-se o fato reputado delituoso de outros valores consuetudinariamente agregados.

Reatus (o réu) podia figurar num processo que versasse sobre a prática de condutas ilícitas (*crimen*) passíveis de persecução pública e/ou extraordinária, ou de natureza privada abarcadas, no período Clássico, pelo *ius civile* (*delictum*). Tais expressões, contudo, na sequência passaram a confundir-se. Lesões patrimoniais tornaram-se, em geral, objeto da jurisdição civil (*iudicium privatum*), não penal.³²

Com o advento da Lei das XII Tábuas (em 450 a.C.), a discricionariedade dos magistrados restringiu-se a ponto de facultar-se, aos cidadãos, o direito de contraporem-se (*provocatio ad populum*, perante assembleias populares) à imposição de sanções graves – como, *v.g.*, a pena capital (*supplicium* e *poena capitis*, ou *capitalis*) ou a multa grave.

Diferentemente do grande avanço no campo privado, o Direito Penal romano permaneceu relegado às suas fórmulas de antanho até o colapso da República. Experimentou recorrente impulso com as edições das *lex Corneliae* e *Iuliae*, sob Silla, César e Augusto, dando azo às reformas que viriam a consolidar um arcabouço jurisprudencial, estabelecer princípios e tipificar condutas elidindo conotações sacrais que habitualmente acompanhavam a imputação criminal.

O poder de vida e morte do *paterfamilias* (*ius vitae ac necis*) sobre os seus ainda permaneceu, mas a jurisdição pública sobrepôs-se às demais consolidando-se, assim, o *ius puniendi* do Estado. A prática de um *crimen*, daí para diante, reclamaria reação pública frente ao potencial antissocial decorrente da conduta (surtem os *iudicia publica legitima* para persecução aos *reatus* submetidos, de então, a penalidades públicas). A função judicante desloca-se a cargo de uma assembleia constituída ou de órgãos estatais.³³

³² “Como aconteceu com o furto (*furtum*), o roubo (*rapina*) a injúria (*iniuria*), com o dano injustamente causado (*damnum iniuria datum*), denominados *delicta*, em contraposição aos *crimina*” (TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo e Bushatsky Editor, 1976, p. 16 - 17).

³³ Evidente é a dificuldade em perscrutarem-se 22 séculos de tradição jurídica e – corolário elementar – suas respectivas estruturas jurisdicionais. Sob um olhar conglobante, contudo, é permitido considerar-se afeta, a magistrados extraordinários, a incumbência de conhecer dos crimes de lesa-pátria,

2 A ABSOLUÇÃO DE SÉRVIO SÚLPÍCIO GALBA, GENOCIDA DOS LUSITANOS

A brutalidade e a guerra eram indissociáveis do *ethos* romano. Igualmente indissociável era o respeito devotado às instituições jurídicas que, através dos séculos, conformaram o corpo do Direito aplicado desde a cidade de Roma até os limites do Império. São elementos que bem ilustram o caráter e a identidade coletiva daquele povo antigo.

O processo criminal de que foi réu o magistrado Sêrvio Sulpício Galba simboliza um escaldante excesso dos seus julgadores. Longe de visualizarem a efetiva solução do litígio em estrito questionamento sobre condutas e fatos, revelaram cumplicidades e manobras astuta e raposeiramente praticadas no exercício das funções judicantes.

Em 151 a.C. Galba foi nomeado pretor da Hispânia Ulterior, cumprindo-lhe prosseguir à guerra contra os rebeldes lusitanos—já sublevados, empobrecidos pela invasão e vítimas de sucessivos descumprimentos de acordos de paz. Empregando táticas de guerrilha, estes evitavam combates em campo aberto e impuseram baixas expressivas ao invasor. Na primavera de 150 a.C. o pretor retaliou. Desencadeou violentas manobras destinadas à aniquilação absoluta da resistência “bárbara”. Subjugados diante da implacável superioridade inimiga (militar, logística, etc), os lusitanos enviaram embaixadas invocando termos de pactos outrora firmados. Bem recebidos, fora-lhes assegurada a paz e a concessão de extensões de terra férteis para assentamento das tribos. Depostas as armas na expectativa de cumprimento da promessa, culminaram divididos em acampamentos, na sequência sitiados e milhares deles passados no fio da espada; outros muitos capturados e vendidos como escravos e uns tantos conseguiram escapar, dentre eles Viriato, herói da resistência lusitana contra a invasão romana.³⁴ Com tal agir os conquistadores precipitaram a resistência

cumprindo aos questores a perseguição do parricídio. Num processo de judicium pública ordinária, v.g., o magistrado limitava-se a proclamar a votação levada a efeito por um conselho de sentença; já na cognitio extra ordinem, entretanto, toda a função judicante tocava ao Senado, ao príncipe e seu consilium ou às cortes judicantes imperiais compostas de agentes públicos com funções delegadas. Durante a República Romana o Senado funcionava como consilium do cônsul em questões de natureza penal, ora procedendo como Senatusconsultum ultimum, ora declarando alguém inimigo do Estado (hostis publicus). Na fase do Principado o Senado atua como órgão judicante, tocando-lhe a cognitio senatus com competência para decidir sobre acusações formuladas contra seus próprios membros, além de crimes contra o Estado, a administração pública etc. O processo deflagra-se mediante acusação pública, formalmente deduzida através da postulatio ou delatio (GIORDANI, Mario Curtis. Direito Penal romano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 107 - 109. Cf., por igual, VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. Curso de Direito Romano. v. I. Cascais: Príncípa Editora, 2009.

³⁴ Viriatus ou Príncipe Viriato. Chefe guerreiro da tribo celtibera dos Lusitanos que, ao ostentar essa qualidade, usava o bracelete indicativo do poder virias, ou “torque”. Figura mítica da história de Portugal, foi assim versejado na poesia de FERNANDO PESSOA: “Se a alma que sente e faz conhece / Só porque lembra o que esqueceu, / Vivemos, raça, porque houvesse / Memória em nós do instinto teu. // Nação porque reincarnaste, / Povo porque ressuscitou / Ou tu, ou o de que eras a haste – /

“moral e obstinada até a morte dos lusitanos, simbolizada por Viriato”³⁵, fulminando pretextos de que se lhes cumpria libertar e civilizar a Lusitânia — argumento legitimante de expropriações como prerrogativas naturais em contraposição à noção de pilhagem e latrocínio quando, vistas de ângulo diverso, praticadas pelos “bárbaros”.

Ao determinar o massacre durante tratativas de rendição frente a um inimigo de mãos nuas, Galba levou ao descrédito as relações jurídicas entabuladas pelo Estado que representava, restringindo perspectivas de expansão da romanidade por meios diversos do uso da força e fazendo recair, sobre os seus concidadãos, a pecha de desonrados e sem palavra. Passou a ostentar a reputação de avaro, mentiroso e perjuro — tornando-se, todavia, um dos homens mais ricos de Roma.

Culminou processado. Foi-lhe imputada infringência à garantia jurídico-política da *fides publica* — o dever de ser fiel à palavra dada em nome do povo de Roma, componente fundamental dos juramentos solenes —, vínculo fiduciário inerente às funções de magistrado³⁶. Incorreu num *crimen maiestatis*³⁷ no qual próprio povo de Roma figurava como titular do direito lesado, punível com a pena capital³⁸.

Assim se Portugal formou. // Teu ser é como aquela fria / Luz que precede a madrugada, / E é já o ir a haver o dia / Na antemanhã, confuso nada” - “Viriato”, in Mensagem, 12. ed., Ática, 1978

³⁵ VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *Judicium Galbae: As Campanhas de Sérvio Sulpício Galba Contra os Lusitanos, em 151-150 A.C. e o Direito Romano*. Studia Iuridica 70 - Colloquia 11 (Jornadas Romanísticas). Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 159.

³⁶ Como já se escreveu, a “permanência em Roma de um magistrado que tivesse violado uma jura de cumprimento de um acordo com outro povo, feita em nome de Roma, era inaceitável por razões religiosas, e a solução era a *deditio*, com entrega do incumpridor, pelo “Estado” romano, à vítima. Só que o respeito pela *fides publica* não podia ser garantido, em caso de incumprimento de acordo “internacional”, por resolução contratual salva *fide*, implicando o magistrado e descomprometendo Roma, que, assim, fugia “legalmente” ao compromisso feito em seu nome. A preocupação em encontrar uma solução interna aceitável, nos planos religioso e jurídico, esbarrava com as dúvidas dos tribunos da plebe e a necessidade de a impor pela força, já que era normalmente rejeitada pelos destinatários da *fides*. Para a solução ser juridicamente aceitável era necessário a verificação de alguns elementos, aqui ausentes” - VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *História do Direito Comum da Humanidade. Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* v. I, t. II. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2006, p. 435.

³⁷ *Crimen maiestatis imminutae*: sob esse conceito recaíam todas as condutas que atingissem a dignidade da magistratura, assim considerados os delitos graves para os quais a mera coerção, à guisa de reprimenda, era medida insuficiente - MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. trad. P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 353.

³⁸ Para MOMMSEN, “es evidente que toda violación sería de la Constitución por parte de un magistrado, por ejemplo, el dar comienzo a una guerra sin previa autorización, (...) por ser ellos tan diversos como distintas eran las obligaciones que el cargo público llevaba anejas, y porque variando las penas que podían imponerse desde la capital hasta una multa moderada y dependiendo completamente del arbitrio del tribunal que conocía de la acusación la medida de la pena, es claro que desde el punto de vista penal no podía hacerse una enumeración de todos los casos singulares que podían ocurrir, aun cuando sí fuese posible hacerla desde los puntos

À altura inexistiam, em Roma, tribunais regulares e permanentes criados por lei com jurisdição criminal ordinária³⁹, tampouco acusação e julgamento atrelavam-se a qualquer reserva legal ou necessidade de tipificação de conduta para imposição da reprimenda correspondente.⁴⁰ Dada a natureza política – pois versava sobre crime praticado por magistrado perjuro contra o nome de Roma – o processamento foi atribuído, mediante delegação de poderes, ao tribuno da plebe Lúcio Escribônio Libão, apoiado por Marco Catão⁴¹ (também proposto um projeto de lei sugerindo a libertação

de vista histórico y político” - in Derecho Penal Romano. trad. P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 352

³⁹ Na ensinaça de Vera-Cruz Pinto, “O processo de Galba parece ter sido o último antes do estabelecimento, por lei (Lex calpurnia de repetundis, de 149 a.C.), de tribunais regulares e permanentes (quaestiones perpetuae), como formas de jurisdição criminal ordinária. A repressão eficaz dos repetundae, devida à frequência dos atos ilícitos de extorsão e abuso de poder praticados pelos magistrados na província requeria uma definição legal até aqui inexistente” - VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *Judicium Galbae: As Campanhas de Sérvio Sulpício Galba Contra os Lusitanos, em 151-150 A.C. e o Direito Romano*. Studia Iuridica 70 - Colloquia 11 (Jornadas Romanísticas). Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 180.

⁴⁰ À altura do julgamento examinado, os termos e atos do procedimento independiam da prévia tipificação legislativa sobre a conduta de que dimanava a acusação, tampouco uma praxis judiciária na respectiva repressão penal. A própria natureza da responsabilidade criminal – crimen maiestatis decorrente da infringência às funções de magistrado romano – conferia ao *populus romanus* a titularidade do direito de demandar pelo respeito às normas constitucionais da República, particularmente, nesse caso, à *fidelis publica* como diretriz de relações externas definida pelo Senado de Roma. Ofendera ele, portanto, a *res publica* e à *maiestas populus*. Tratando-se de crime político – e, pois, à conta do estatuto de magistrado do réu –, a competência para processamento apud *populum* fora cometida ao tribuno da plebe (dele a *provocatio*, como requisito de procedibilidade, e do pretor a *cognitio*, na prossecução instutória). Com efeito, “em el procedimiento penal hubo de introducirse este concepto, sin duda a consecuencia de la posición adquirida por los presidentes de la plebe, o sea por los jefes de la agrupación formada por los ciudadanos no nobles; pues tales presidentes no pertecían al orden de los magistrados de la comunidad romana, pero estaban quiparados a ellos. (...) “Cuando luego los tribunos del pueblo, de directores de la plebe pasaron a ser realmente magistrados de la comunidad, la fórmula antedicha continuó subsistiendo; pero su significado ahora ya era más amplio, puesto que por ella quedaban sometidos a la amenaza penal correspondiente, en concepto de ofensa a la *maiestas Populi Romani*, no solo los atentados contra el derecho de los plebeyos, sino también toda falta de respecto o reverencia a la comunidad romana” - MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. trad. P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 341.

⁴¹ Roberto Lyra oferece-nos o seguinte excerto da prédica acusatória formulada por Catão: “...os gemidos de uma nação inteira, cujo patrocínio aceitei, me chamaram a esta tribuna. Uma longa queixa se levantou contra um dos vossos generais. Em nome da fé jurada, em nome da majestade sem mácula da cidade romana, fazei julgar e condenar este homem, para arredar de vós a responsabilidade de sua bárbara perfídia” [...]” Mas, dizem os amigos de Galba, a ação, que se lhe imputa, não prejudica a República, pois ele não massacrrou cidadãos e apenas subjugou os lusitanos. Então, Romanos, não prejudica à República mostrar ao povo, que ela combate, que jamais terá paz sólida e que palavras de perdão poderão sempre ocultar subentendidos de extermínio e de carnificina? Galba, em pessoa, não massacrrou cidadãos, é verdade, mas, levando ao desespero povos bárbaros, causou

dos escravos lusitanos vendidos à Gália, pois faziam jus à proteção do *Populus Romanus*). Em causa, portanto, a conduta punível, não a pessoa do acusado.

Agarrado aos filhos, Galba valeu-se da sua eloquência num lacrimoso discurso de autodefesa com apelo a recursos emocionais e piegas — acrescido, consta, de um presumido escoamento de parte de suas riquezas revertidas em ilícitos proveitos aos seus julgadores. A tese de defesa parece ter sido a de “legítima defesa preventiva”, admitida no *ius bellum* romano. Absolvido, viu sua carreira prosperar, enriqueceu ainda mais e foi eleito cônsul em 144 a.C (VERA-CRUZ PINTO, 2003, p. 165 e 169 - 171).

Com assombrosa atualidade, os acusadores tornaram-se acusados, sugerindo-se que agiram com motivações mesquinhas. Até Cícero, reportando-se às iniciativas de Catão, cogitou o despropósito em condenar-se um cidadão por violar a *fides publica* num acordo feito com bárbaros em pleno teatro de guerra, fossem quais fossem as formas ou as consequências. O *ius romanum* colidia com interesses expansionistas legitimados no discurso político.

O saldo final: sacrificando princípios morais e jurídicos que disciplinavam suas relações exteriores no âmbito de um Império em constante crescimento, os julgadores arrefeceram o juízo de censurabilidade e desprestigiaram o próprio Direito em prol do lucrativo empreendimento expansionista propiciado como consequência agir pérfido e traiçoeiro de seu magistrado.

3 A CONDENAÇÃO DE JESUS DE NAZARÉ, O PREGADOR DA PAZ:

Há mais de 2000 anos viveu, na Palestina, um judeu de nome Jesus a quem chamavam ‘o Cristo’, ou ‘o Ungido’. Dizia-se filho e encarnação de Deus. Operava milagres e ensinava o povo. Ofendeu o *establishment* e foi crucificado sob autoridade do prefeito romano Pôncio Pilatos, açulado por Caifás, Sumo-sacerdote do Templo de Jerusalém, e por outros clérigos proeminentes. Morto e sepultado, desceu à mansão dos mortos e ressuscitou ao terceiro dia.

a morte de milhares de romanos. Longe de reduzir os lusitanos à obediência, ele os entregou à inspiração do desespero. Fugindo à sangueira ordenada por Galba, Viriathus conclamou a Espanha à vingança. E a Espanha inteira atendeu a esse apelo. Agora, a fogueira devora os nossos exércitos e consome todos os generais. Não podemos falar em tréguas aos lusitanos. Eles não crêem nelas, preferindo vender caramente a sua vida a confiar na proteção de um país pérfido. Que os desastres multiplicados das nossas armas na Lusitânia recaiam sobre a cabeça de um só homem – de Galba. Imolemos esta vítima à fé romana, que Numa levantou dos altares. Provemos, com esse sacrifício, que não esqueçamos a religião de nossos pais, que ainda respeitamos a fé sagrada, que os nossos antepassados quiseram colocar no Capitólio ao lado do rei dos deuses. Não vos mancheis, Romanos, nesse sangue, que não derramastes, acumpliciando-vos com a cilada covarde. Fazei com que vossos inimigos não falem da fé romana como vós mesmos falais da fé púnica! Não vos deixeis emocionar pelas súplicas deste efeminado, nem surpreender pelos artifícios deste retórico. Que os soluços de milhares de crianças orfanadas dominem as lágrimas das três crianças que o cercam” - LYRA, Roberto. Teoria e prática da Promotoria Pública. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1989, p. 19.

Tal prodígio, de proporções retumbantes e inimagináveis aos sentenciados, origina a doutrina religiosa ‘cristianismo’ – hoje ramificada sob uma plêiade de diferentes denominações –, cujo protagonista experiencia o ato singular pelo qual o homem transcende sua natureza decaída, se diviniza, alcança a salvação e a bem-aventurança: na unidade do Pai, do Filho e do Espírito Santo, Deus se fez homem, morre; o homem se fez Deus, ressuscita; sobe aos céus, vence o pecado e ganha a vida eterna. Representa, portanto, uma concepção pacifista e inovadora nas relações dos homens entre si e com a divindade. Prenuncia, ao mesmo tempo, o iminente porvir do “Reino” eterno, a resolução de conflitos e mitigação dos sofrimentos impostos pelos romanos (invasores pagãos).

Sob quaisquer ângulos (crenças, tradições, padrões morais, manifestações intelectuais etc.) o processo, o julgamento e a cominação da pena capital impactaram indelevelmente a História humana – e seus respectivos efeitos irradiam-se séculos afora.

Consoante preceitos hebraicos então praticados, crê-se fosse a ‘blasfêmia’ a mais grave dentre as infrações imputadas: no dia em que hoje a cristandade celebra o “Domingo de Ramos”, Ele entra em Jerusalém montado num burrico — acolhido sob aclamações de “Messias”, “filho de David”, “Rei de Israel” e “Rei dos Judeus” — e se dirige ao templo onde expulsa mercadores e cambistas cujas atividades produziam receitas hauridas pela aristocracia sacerdotal. Tal entrada triunfal repercute profundamente no âmbito político, pois a proclamada ascendência real implica numa presumida legitimação ao trono de Israel (tacitamente extinto pelos conquistadores), consequência inaceitável tanto pelos colaboracionistas nativos do território ocupado como pela própria representação imperial.

Assim, numa noite das antevésperas da Páscoa e da festa dos Ázimos do ano 30 d.C., foi preso, conduzido ao Sinédrio⁴² e submetido a interrogatório na presença do Sumo-sacerdote Caifás. Decidiu-se pela pena morte. Ocorre, todavia, que a competência dos juízes locais era limitada, cumprindo-lhes, unicamente, deliberar sobre questões de cunho religioso ou relativas a demandas privadas e de família. Os casos passíveis de punição capital reclamavam ratificação de quem detinha o *ius gladii* delegado do próprio Imperador (prefeito, procurador ou governador).

Entre 26 a 36 d.C. tal prerrogativa era exercida por Pôncio Pilatos, Prefeito da Judéia — sobre quem já se disse ser “cruel por natureza e a sua dureza de coração fazia com que carecesse inteiramente de remorsos” (PAULO, 1999, p. 60). Sob sua administração grassavam corrupção e suborno, opressão, humilhação e desprezo pelo povo judeu, suas tradições e religião, aplicando-se amplamente a pena de morte com prescindência de qualquer formalidade ou julgamento.

⁴² “Assembleia” ou “conselho” que, conforme a Lei Judaica, representava o legislativo e a corte suprema da antiga Israel, composto por uma oligarquia sacerdotal de juízes judeus sob presidência de um aristocrático sumo-sacerdote - PAULO, Octávio Castelo. O processo e a morte de Jesus. Lisboa: Hugin Editores, 1999, p. 97.

Na tradição das leis judaicas, a imputação de blasfêmia (crime religioso) era punível mediante apedrejamento, e as regras que disciplinavam o processo vedavam reuniões do Sinédrio à noite, prolação da sentença no mesmo dia em que iniciados os trabalhos, e, menos ainda, às vésperas da Páscoa. Perante as leis romanas, *pari passu*, reivindicar linhagem real numa província conquistada consistia em crime de alta traição *lesae maiestatis*, punível com a morte na cruz⁴³. Por isso Caifás não pediu a Pilatos homologação da pena imposta pelo Sinédrio: pediu-lhe a punição romana sem denunciar, exatamente, qual, a rigor, a ofensa praticada. E quando aquele redarguiu, concitando os locais a julgarem-No conforme suas próprias leis, estes se escusaram replicando, pois, que lhes era vedada, nas circunstâncias, infligir a pena extrema. A causa determinante da sanção imposta fora, quanto parece, aquela inscrita no letreiro mandado afixar por Pilatos na cruz: “o Rei dos Judeus”⁴⁴.

Os romanos na Palestina eram conquistadores estrangeiros que exerciam domínio político num cenário volátil e sob expectativa, permanente, de sublevação. As parábolas de Jesus contrapunham o Reino do Céu ao da terra. Equipararam-No a Moisés, chamaram-No de Profeta, Rei de Israel, filho de David, filho do Homem, Cristo e Messias. Para o *establishment*, portanto, tal conjugação de fatores insinuava uma resistência contra o jugo dominante.

Consta que, ao perguntar “És Tú, o Rei dos Judeus?”, o interrogador romano ouvira, de resposta, “tu o dizes” (...) “o meu Reino não é desse mundo”. Voltando-se à multidão, aquele vocifera “não encontro nele crime algum”. Manda, contudo, flagelar o réu (medida antecedente à crucificação⁴⁵) e depois exhibi-Lo, a todos, ensanguentado. Entrementes, como havia, lá, o costume de libertar-se um homem à altura da Páscoa (Jo., 18:39), ordena que se lhe apresentem

⁴³ A crucificação não ostentava carácter religioso. Tratava-se de penalidade reputada desonrosa e, prima facie, inadequada à punição de indivíduos livres. Sua execução pública era vedada à noite e em dias de festa, e tinha lugar onde aprovesse à autoridade encarregada à qual cumpria, todavia, observar, como limites, a primeira “pedra miliária.” Podia verificar-se de modos distintos. Num deles, descreve Monnsen, “...se desnudaba al condenado y se le cubría la cabeza, se le ponía la horca (furca) em la cerviz y se le ataban ambos brazos e los extremos de aquella; despues, la horca, y con ella el cuerpo del reo, se colocaban en lo alto de un palo levantado en el lugar del suplicio, y a ese palo de ataban también los pies del criminal. Una vez así crucificado este, se la azotaba” - MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romando. trad. P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 564 - 567.

⁴⁴ Evangelho de São Marcos: “o Rei dos Judeus” (15,26); Evangelho de São Lucas: “este Rei dos Judeus” (23,38); Evangelho de São Mateus: “este é Jesus, o Rei dos Judeus” (27,37); de São João: “Jesus Nazareno, Rei dos Judeus” (19,19); consoante o evangelho apócrifo de Pedro: “este é o Rei de Israel” (4,11).

⁴⁵ “La ejecución de la pena de muerte según los usos de la época republicana, cualquiera que fuese la forma de que se hiciera empleo, iba siempre precedida de la flagelación, cuando los condenados eran varones, y que esta flagelación iba legalmente implícita em la sentencia capital, son cosas que ya llevaba consigo el primitivo sistema de la provocación, y de las cuales hemos hablado em los correspondientes capítulos. Las modalidades de la flagelación dependían del arbitrio del magistrado que dirigise la ejecución” - MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romando. trad. P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 576.

Barrabás, condenado à morte por roubo, homicídio e sedição, e delega a decisão à audiência presente. Insuflada por Caifás e outros sacerdotes do Sinédrio é, enfim, concedida liberdade ao segundo e decretada, contra o Primeiro, a sentença capital mediante crucificação. Ato seguinte, Pilatos, “tomando água, lavou as mãos diante do povo dizendo: eu sou inocente do sangue desse justo; a vós pertence toda a responsabilidade. E respondendo todo povo disse: o seu sangue caia sobre nós e sobre nossos filhos” (PAULO, 1999, p. 111).

Remanesce obscuro o enquadramento capitulado num processo desprovido de acusação formal, tanto que o magistrado recua e se abstém em proferir, de modo claro e inequívoco, a decisão que lhe cumpria – sobretudo quando considerada a natureza da reprimenda. Dessarte, impiedoso e indiferente que era, e péssimo juiz também, Pilatos cedeu aos humores do Sinédrio — e, de conseguinte, aos do *populus* ali presente —, condenou o pacifista Jesus à morte na cruz e, em ato simultâneo, revisou a pena capital imposta ao malfeitor Barrabás⁴⁶, absolvendo-o de crimes contra a vida e o patrimônio. Não enfrentou o mérito – até porque indefinido o comportamento antijurídico atribuído –, abriu mão da judicatura, deixou o povo — influenciado pela aristocracia local — resolver por si, fez matar o Bom e mandou libertar o mau.

4 COMUNICABILIDADES

Do colapso do Império Romano aos dias de hoje o mundo ocidental atravessou a Idade das trevas, renasceu, iluminou-se, liberalizou-se, viu-se dividido por uma cortina de ferro, viu-a ruir e, pleno e infrene, prossegue seus movimentos num interminável circuito de matizes ideológicas, políticas, sociais, econômicas etc.

No entremeio dessas marchas e contramarchas sistemas jurídicos avançaram. O corolário positivo foi a consagração de princípios atinentes ao devido processo legal, com observância da reserva de norma, da presunção de inocência e da imparcialidade do julgador.

Os casos estudados — distantes dois milênios da atualidade — comungam, entre si, uma tendência marcante e bem contemporânea: o desembaraço com o qual a opinião pública muitas vezes se substitui ao juiz e, como ente coletivo despersonalizado superior às instituições formais, julga

⁴⁶ Conforme os evangelhos: Marcos: “Pilatos queria agradar a multidão, soltou Barrabás e mandou flagelar Jesus, entregando-o à crucificação”; Mateus: “então Pilatos pronunciou a sentença que fosse feito o que eles pediam: soltou o homem que eles queriam, Barrabás (que tinha sido preso por sedição e homicídio) e entregou-lhes Jesus para o que eles queriam”. João: “então Pilatos tomou Jesus e o mandou flagelar. Depois disso: vede, eu vou mandar trazer aqui para fora o homem para que saibas que não encontro nele culpa alguma e disse-lhes: eis o homem. Vendo Jesus, os sumo-sacerdotes e os guardas começaram a gritar: crucifica-o, crucifica-o”. Nota-se, dos textos de Lucas e João, parece que a flagelação fora uma pena autônoma que Pilatos tratou de impor para depois, quiçá, mandar soltar Jesus (embora a crucificação fosse sempre precedida pela crucificação, o *summum supplicium*) - PAULO, Octávio Castelo. O processo e a morte de Jesus. Lisboa: Hugin Editores, 1999, p. 126 - 127.

o autor por suas particularidades em detrimento da natureza da conduta atribuída. Em ambos os sentenciados sucumbiram à comoção social: num, condenaram o carpinteiro, paupérrimo e pacifista, à morte na cruz; noutro, absolveram o respeitável e abastado magistrado genocida.

Sem embargo, identificam-se, nesses exemplos, uma latente inclinação legitimadora do intervencionismo popular. É através dessa estreiteza de caminho que se opera uma aberrante inversão de valores a nortear critérios de ordem e de paz social. Isso compromete a independência e transforma discricionariedade judicial num ato político constantemente exposto a abusos e distorções⁴⁷, sobretudo em tempos nos quais a informação viaja à velocidade da luz a partir de um clique no teclado do computador.

Pese embora compreensível, *prima facie*, a expectativa de serenarem-se anseios sociais, a permissividade com que a opinião pública se imiscui em processos decisórios vulnera a higidez de sistemas democráticos que valorizam o respeito a direitos e garantias individuais.

São óbvias e tangentes as possibilidades de que campanhas deliberadamente incitadas influenciem o resultado de processos, máxime quando consideradas, na seara penal, as complexidades categorizadas, limpidamente visualizáveis, estas, nas sociedades contemporâneas.

Deveras, o evento danoso representa “um acontecimento público, sua apuração e punição são de interesse da coletividade” e o “órgão da jurisdição sujeita-se permanentemente ao escrutínio popular” (SCHREIBER, 2010, p. 336). Como já se escreveu, a “Opinião Pública não se confunde com a Opinião do Público”: aquela é propagada, possui caráter continental e é manobrável a partir de um ponto de vista tendencioso. Esta, de outro lado, implica no “substrato último da genuína opinião, ainda que oculta, por não manifesta”, formada coletivamente por um certo povo (FRIEDE, 2008, p. 429).

Tratar-se o incriminado como produto dos meios de comunicação contribui para o processo seletivo calcado em estereótipos (de que cuida a *labeling approach theory*). Em nome da pacificação social, a ação punitiva resulta frequentemente acentuada quando dirigida a certas personalidades – fixadas no imaginário coletivo – “desvaloradas por seus componentes classistas, racistas, etários, de gênero e estéticos” às quais toda a carga negativa subjacente resulta associável⁴⁸. Sobreleva distinguir-se, dessarte,

⁴⁷ Sugerimos, no tópico, consulta à obra BERNAL, Andrés Botero et al. Causas célebres y derecho: esúdios iushitórios sobre la literatura, prensa, opinión pública y proceso judicial. Medellín: Universidad de Medellín, 2001. Igualmente interessante é a leitura de COSTA, Pietro. O criminoso como inimigo: imagens de justiça e dispositivos de exclusão entre medievo e modernidade. In: Encontros de História do Direito da UFSC. Ordenamentos Jurídicos e a Dimensão da Justiça na Experiência Jurídica Moderna e Contemporânea 2010, Florianópolis, SC, Anais, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 38 - 47.

⁴⁸ Por isso que “el estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria, por lo cual son observables ciertas regularidades de la población penitenciaria asociadas a desvalores estéticos” – ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR,

entre Direito Penal do fato e do autor⁴⁹, este vinculado a indivíduos alheados dos direitos da cidadania, numa contínua reiteração de desigualdades já velhas de séculos. Com arrimo numa distorcida imparcialidade, o discurso jurídico busca legitimar-se criando um ambiente defectivo no qual “o Direito e seus operadores isentos servem tão-somente como perpetuadores de um *status quo vigente*” (ARAÚJO, 2008, p. 429).

Julgados como Homens de seus tempos, Jesus e Galba foram processados consoante estruturas jurídicas próprias da cultura romana. Em ambos, todavia, a opinião pública foi determinante, pois privilegiadas as particularidades dos respectivos autores em detrimento da individualização de condutas e da apuração de fatos. Barrabás, terrorista, sedicioso e latrocida foi absolvido na mesma penada em que o pobre Pregador do amor universal condenado à morte; o chacinador dos lusitanos, figura pública poderosa, pérfida e tratante viu-se absolvido. São circunstâncias ainda muito presentes, pois amiúde desconsideradas relações de merecimento e de recompensa resultando, como indesejável consequência, classificadas sob um único e mesmo enfoque pessoas fundamentalmente desiguais.

CONCLUSÃO

Perduram, no sistema jurídico-penal coevo, certas posturas contestáveis, senão com requintes de deturpações passíveis de assombros por parte de juristas em geral. Isso até ao alcance, mais das vezes, de qualquer *homo medius*. Respeito a valores desabam por si mesmos, ao troar das conveniências. Disjunções envolvendo fatos, processos, conceitos e instituições grassam amiúde e frisantes exemplos verificam-se aqui mesmo, em nosso ambiente jurídico. São iniquidades que não surpreendem, mesmo nestes tempos de intensa evolução humana.

Alejandro. Derecho Penal: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar S.A. Editora, 2002, p. 9.

⁴⁹ No primeiro caso, “... o que é decisivo para a punibilidade é, antes de tudo, a reprovação que se faz ao autor por causa do cometimento de um fato determinado em seus caracteres essenciais (‘culpabilidade sobre o fato’). No sistema do Direito Penal do autor, pelo contrário, a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor, pelo que para a justificação da sanção deverá ser atribuída à ‘culpabilidade pelo modo de vida’. Aqui o decisivo é a censura dirigida ao autor, por haver adquirido uma personalidade delitiva” (tradução livre do autor) - JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5. ed., corregida y ampliada. Granada: Comares Editorial, 2002, p. 58 e 59. Vale também destaque: “...para alguns o delito é uma infração ou lesão jurídica, para outros é o sinal ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para os primeiros, o desvalor – ainda que não coincidam em objeto – se esgota no ato em si (lesão); para os segundos, é apenas uma lente que permite ver algo em que se deposita o desvalor e que seja em uma característica do autor. Extremando esta segunda opção, se chega a que a essência do delito radica em uma característica do autor que explica a pena. O conjunto de teorias que comparte este critério configura o chamado Direito Penal do Autor” (tradução livre). Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar S.A. Editora, 2002, p. 66.

Notadamente entre nós, o aplicador – sobretudo em casos emblemáticos, de grande repercussão – não se isenta de cometer o que nossos juristas de nomeada percebem como desvios fatais. Não se guardam de apontar afrontas ao ordenamento jurídico na aplicação da lei adjetiva penal.

O imaginário do jurisdicionado vagueia além dos limites, um tanto inconformadamente. De certo modo parece remontar a lições do passado, espécie de eco aviventado desde aquela aberração que livrou, da pena máxima (*capital*), o responsável pelo massacre em massa acontecido quando da incursão militar contra o povo lusitano; ou o flagelo e crucificação do pregador da paz, da fraternidade e do amor universal. No caso do réu judeu, as ingerências tiveram rostos e vozes identificáveis, liderados por Caifás e outros sacerdotes do Sinédrio; no do romano, expressaram o subjetivismo abstrato e pulsante de um ente coletivo, transindividual e difuso que, no cotejo de interesses em conflito, optou por cancelar a conduta do conquistador de novas terras e de um novo manancial de escravos. Esse o fator preponderante aos olhos dos seus juízes, inclinando-se eles a decidir em detrimento da regra jurídica atinente à *fides* (que, de resto, só aproveitaria aos conquistados), obstáculo, nesse particular, do progresso econômico obtido pelo acusado.

As Cortes brasileiras expõem-se, hoje, franca e ostensivamente. A mídia, na sua livre função, investiga e informa propiciando democraticamente a formulação de pontos de vista diversos. Na contrapartida, fomenta clamores que orientam a opinião pública influenciando, *pari passu*, resultados e alimentando vaidades (naturais, até certa medida) e exibicionismos (sempre indesejáveis) de julgadores.

Ao juiz, todavia, cumpre, desde sempre, manter-se circunspecto e nortear-se pelas virtudes cardeais da justiça, prudência, fortaleza e temperança, opondo-se à prevalência da opção política pela jurídica e recusando decidir sob influxos externos em detrimento do exame estrito sobre a conduta imputada, suas circunstâncias respectivas e seus precisos reflexos de ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Fundamentos Filosóficos do Sistema Penal como Embaixadores da Aplicação Coercitiva Diferenciada Calçada num Direito Penal do Autor. In: Revista dos Tribunais. v. 874. Ago/2008.
- BERNAL, Andrés Botero. MAZZACANE, Aldo; PETIT, Carlos; VALEJO, Jesús. Causas célebres y derecho: esúdios iushitóricos sobre la literatura, prensa, opinión pública y processo judicial. Medellín: Universidad de Medellín, 2001.
- COULAGES, Numa Denis Fustel de. A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma (1864). Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CRUZ, Sebastião. Direito Romano (Ius Romanum): Introdução – Fontes. V. I. 4. ed. rev. e actual., Coimbra: DisLivro Editora, 1984.
- FRIEDE, R. Reis. Da Imparcialidade como Condição Básica para o Desempenho da Função Judicante. In: Revista dos Tribunais, v. 874, Ago/2008.
- GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- GIORDANI, Mario Curtis. Direito Penal Romano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.
- GONÇALVES, Pedro Correia. Aulas práticas de Direito Romano. Cascais: Príncípa, 2012.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5. ed. Corregida y ampliada. Granada: Comares Editorial, 2002.
- JUSTINIANO I (Imperador do Oriente, 483-565). Digesto de Justiniano – Liber Primus: introdução ao Direito Romano. Trad. Hélcio Maciel França Madeira. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- JUSTINIANO I (Imperador do Oriente, 483-565). Jus Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. Trad. direta do original latino J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. ampl. e rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- LYRA, Roberto. Teoria e prática da Promotoria Pública. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1989.
- MEIRA, Sílvio. Curso de Direito Romano. ed. fac.-sim. São Paulo: LTr. Editora, 1996.
- MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romando. trad. P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- PALMA, Rodrigo Freitas. O Julgamento de Jesus Cristo: Aspectos Histórico-Jurídicos. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- PAULO, Octávio Castelo. O Processo e a Morte de Jesus. Lisboa: Hugin Editores, 1999.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha. Estudos de História da Cultura Clássica: Cultura Romana. v. II. 4. ed. rev. e actual. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História. 2. ed. rev. e aum.

São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

SCHREIBER, Simone. A Publicidade Opressiva dos Julgamentos Criminais. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 86, Set/2010.

TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos do Processo Penal Romano. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo e Bushatsky Editor, 1976.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. Judicium Galbae: As Campanhas de Sêrvio Sulpício Galba Contra os Lusitanos, em 151-150 A.C. e o Direito Romano. Studia Iuridica 70 - Colloquia 11 (Jornadas Romanísticas). Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. História do Direito Comum da Humanidade. Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?. v. I, t. II. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), 2006.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. Curso de Direito Romano. v. I. Cascais: Príncipe Editora, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar S.A. Editora, 2002.

SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: ESTADO DA ARTE E ALGUNS APONTAMENTOS PARA MODIFICAÇÕES ESTRUTURAIS

BRAZILIAN PUBLIC SECURITY: STATE OF THE ART AND SOME POINTS FOR STRUCTURAL MODIFICATIONS

Guilherme Degraf⁵⁰
Valter Foletto Santin⁵¹
Luiz Fernando Kazmierczak⁵²

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo analisar alguns aspectos da segurança pública brasileira, na perspectiva da Constituição Federal de 1988, realizando apontamentos críticos ao estado da arte atual e possibilitando os debates sobre as modificações na estrutura da segurança pública vigente, formatada em um sistema arcaico e desatualizado.

O momento exige reflexão sobre a importância de repensar a segurança pública brasileira, com propostas que modernizem a atuação das polícias, na direção da busca de eficiência e ampliação da sensação de segurança tão almejada pela sociedade brasileira, independentemente do grupo social.

A reconstrução da segurança pública requer a participação de toda a sociedade brasileira, conforme a inteligência do caput do artigo 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A maior participação dos cidadãos poderá restaurar o relacionamento dos órgãos de segurança pública, de molde a

⁵⁰ Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduado lato sensu em Modernas Tendências da Criminologia, do Direito Penal e do Direito Processual Penal pelo Instituto Busato de Ensino (IBE) e Faculdades Santa Amélia (SECAL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Membro dos Grupos de Pesquisa: Políticas Públicas e Direitos Sociais (UENP); e Intervenção do Estado na vida das pessoas (UENP). Professor da Graduação em Direito no Centro Universitário Santa Amélia (UNISECAL). Policial Rodoviário Federal. E-mail: gdegraf@gmail.com.

⁵¹ Pós-Doutor pelo Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professor efetivo do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica e da Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Direitos Sociais (UENP). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.

⁵² Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Mestrado). E-mail: lfkaz@uenp.edu.br.

vencer eventuais preconceitos por atuação distorcida durante períodos menos democráticos, como a chamada ditadura militar, para construção de uma política pública de segurança pública mais adequada e harmônica com os anseios da cidadania, caminho inicial para as modificações mais complexas necessárias.

Para que tais objetivos sejam alcançados serão apresentadas algumas concepções doutrinárias a respeito da temática; com o objetivo de apontar alguns problemas existentes e que afetam toda a sociedade brasileira. É inegável que os órgãos policiais aumentam a sua relevância social diante do crescimento da violência e da criminalidade, na percepção da população, com aumento de exigência da adequação do serviço de segurança pública. A segurança pública interessa a toda sociedade brasileira, pois não há classe social que não seja atingida direta ou indiretamente pelos efeitos da deficiência dos serviços públicos.

A proposta deste artigo é apontar algumas percepções a respeito da segurança pública, verificando alguns problemas como a sensação de insegurança decorrente da violência, e alguns problemas estruturais da segurança pública; os quais não foram enfrentados pela Constituição Federal de 1988, e que fazem com que a sociedade brasileira não evolua no desenvolvimento deste importante direito coletivo.

A hipótese de estudo e de reflexões aborda se os interesses corporativos afrontam as mudanças necessárias para a melhoria da efetividade e para o desenvolvimento de um sistema brasileiro de segurança pública eficiente, democrático e conforme os interesses do povo e da cidadania.

A metodologia se revestirá de caráter explicativo, multimodal, desenvolvido por meio do processo lógico-dedutivo, com abordagem hipotético-dedutiva, procedimento comparativo, técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica, em livros, revistas científicas, em material disponível no ambiente virtual e documental, e ainda na legislação existente.

1 SEGURANÇA PÚBLICA, VIOLÊNCIA E DESIGUALDADE

A história da humanidade é uma história de violência, logo a violência acompanha a história da humanidade. E na evolução dos tempos modificaram-se as formas de violência, seus autores e suas vítimas. Deslocando-se seus modais, mas infelizmente não extinguindo tais condutas eivadas na irracionalidade ou na imposição do mais forte.

Neste processo de conflitos e violência Noberto Bobbio (2003, p. 58) explica que a essência social do ser humano é emanada do seu próprio “instinto de conservação”, razão da existência do Estado para atender à necessidade de autopreservação da pessoa, do povo. Kant já destacara a temática da paz, na perspectiva de efetivar a convivência pacífica dos povos, evitando a guerra (KANT, 2008).

As concepções de Kant e Bobbio têm proximidades sob o ângulo da segurança pública. Embora o valor paz esteja voltado aos estados beligerantes

da ocasião, de guerra ou de atrito entre povos vizinhos, a noção pacificadora pode ser aproveitada à segurança pública, pela sua finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade pessoal e patrimonial, exatamente um estágio de paz social. A violência desordenada poderia ser um tipo de “guerra urbana”, pelos inúmeros conflitos interpessoais entre cidadãos da mesma urbe, até armados.

Nos tempos contemporâneos se percebe que a paz é um direito fundamental, e a segurança pública trabalha neste sentido diante da sociedade, na busca da manutenção da inviolabilidade do pacto social. É algo fundado na razão humana. A paz é um direito natural universal do ser humano (BONAVIDES, 2013, p. 590).

Evidentemente a paz social é algo que todos almejam em suas vidas. Assim sendo, a paz buscada nos dias atuais não é apenas a paz diante das nações externas, mas também a paz social interna de uma nação, aquilo que dá estabilidade à sociedade.

Assim sendo, na busca do regramento das relações humanas é necessário a figura do Estado, o qual em grande parte estabiliza a sociedade através do monopólio da força, o qual é exercido através das agências de segurança pública. De encontro a esta perspectiva Robyson Danilo Carneiro e Valter Foleto Santin (2020, p. 106) escrevem:

O Estado se utiliza de seu “braço forte”, a polícia, como ferramenta de repressão e controle, na chamada violência simbólica, pela qual o Estado está autorizado a utilizar de força, sendo esta aplicada pelos administradores em diversas oportunidades - legais, morais ou não – políticas, sociais, de distúrbio, conforme uma suposta necessidade.

Ainda que o Estado tenha estruturas policiais que busquem reprimir a violência e dar o devido encaminhamento para a justiça criminal daqueles que cometem delitos, a sonhada paz social não é alcançada efetivamente e a criminalidade segue o seu curso expansionista, pelas mais variadas causas, as quais a criminologia estuda de forma permanente.

A violência é um problema que tende a se expandir, principalmente no ambiente em que a Segurança Pública esteja com problemas estruturais, os quais contribuem para o estabelecimento de uma crise na prestação deste importante serviço público para toda sociedade (DEGRAF, 2018, p. 257).

Ocorre que a sensação de insegurança das pessoas é uma realidade constatada no cotidiano de toda a sociedade brasileira atual. Neste sentido Santin (2013, p. 47) escreve:

Em qualquer análise de geração ou onda de direitos não se pode prescindir da inclusão e atenção do direito à segurança pública, pela sua grande importância para a

vida em sociedade, principalmente no momento atual em que a violência e a criminalidade explodem no mundo e no Brasil, especialmente em nossas cidades grandes e médias, em que até sair de casa para ir à esquina tomar um ar ou comprar leite e pão virou uma aventura de alto risco, mesmo nos bairros outrora tranquilos e seguros.

A constatação da violência enquanto fato vira rapidamente notícia, gerando medo na população. A sensação de insegurança é reproduzida em toda a sociedade, mesmo nas pessoas que nunca foram vítimas de violência. Este medo da violência alimenta a sensação de insegurança, e assim qualquer aumento estatístico da violência irá potencializar a impressão psicológica existente, gerando um efeito cíclico permanente; o qual é retroalimentado pelas notícias de novos casos de violência e de crimes ocorridos e que atuam impressionando ainda mais as pessoas. Assim, dificilmente se supera a sensação de insegurança na sociedade, porque a violência se tornou algo permanente, inclusive gerando um campo específico de estudo que a doutrina chama de “criminologia cultural”.

Longe da “paz perpétua” de Kant parece que a sociedade brasileira vive na situação de “insegurança constante”. Por mais que se amplie a atuação das agências de segurança pública na prevenção e na repressão à criminalidade, a chamada sensação de “enxugar o gelo” é um jargão no meio policial que traduz a sensação de ineficiência do sistema de segurança pública relacionado com a justiça criminal.

A segurança pública é um serviço muito importante para a população na manutenção da paz social, gerando interesse do constituinte na sua inclusão na Constituição Federal em tópico específico, com destaque por Valter Foletto Santin da sua condição preponderante de interesse difuso (SANTIN, 2005, p. 212; SANTIN, 2007, p. 138; SANTIN, 2013, p. 77).

Interessante destacar as percepções de Fernando de Brito Alves e Luiz Fernando Kazmierczak, os quais enfatizam que na sociedade moderna não é só a criminalidade ordinária que promove a sensação do medo da violência; mas a partir dos atos terroristas de 11 de setembro de 2001 ocorridos nos Estados Unidos, o sentimento de insegurança está muito mais presente, e passou parte da sociedade a exigir uma resposta estatal diante desta nova criminalidade (ALVES; KAZMIERCZAK, 2016, p. 49).

E a indagação gerada é: Será que o aumento da atuação do direito penal e a ampliação da intervenção das agências policiais realmente terão o êxito que a sociedade imagina? Defender menos liberdades é realmente um caminho necessário ou mera emoção reacionária irracional do momento?

Cabe ainda aqui apresentar as dificuldades enfrentadas pelo Direito diante da chamada “sociedade de risco”. Fernando de Brito Alves e Luiz Fernando Kazmierczak (2016, p. 49 - 50) pontuam a este respeito da seguinte forma:

Os novos riscos criados, resultantes dessa nova criminalidade e do progresso tecnológico, revelam uma dificuldade em tratar do mundo atual por intermédio dos antigos conceitos de Direito, em especial forma de persecução penal e tipificação de novas condutas. Esse novo momento em que vivemos tem sido classificado ou denominado como “sociedade de risco”, expressão que foi criada por Ulrich Beck, em 1986, na obra que leva esse nome, onde apresenta sua definição, surgimento, conteúdo e um estudo sobre os riscos na era moderna.

Ainda que historicamente o Brasil seja um país distante de ataques terroristas, a possibilidade, ainda que remota, pode ocorrer no futuro. Assim sendo, a “sociedade de risco” surge como um diagnóstico global para todas as nações. De certa forma, ninguém está a salvo dos riscos. Aliás, viver se torna um ato perigoso em determinados aspectos.

O diagnóstico da sociedade brasileira atual é fácil quando se verifica a expansão da criminalidade e o aumento da violência, difícil é o desafio de propor soluções para os problemas constatados; pois isto requer a mudança das políticas públicas e a conversão de novas propostas diante do modelo atual da segurança pública, o qual é eivado de ineficiência, e distante dos problemas estruturais que afetam a sociedade brasileira.

O estado da arte atual cresce na forma repressiva do estado, principalmente dos cidadãos mais vulneráveis, marginalizados socialmente e economicamente. Na doutrina há a concepção de que o neoliberalismo acaba desencadeando o fortalecimento do chamado “Estado Penal”. Neste sentido Passetti explica que “por Estado penalizador, os estudos e pesquisas procuram mostrar as dimensões atuais dos efeitos da globalização nas segregações, confinamentos e extermínios de populações pobres, adulta, juvenil e infantil” (PASSETTI, 2003, p. 170).

Quando se fala nos meios jurídicos da seletividade do Direito Penal, muitas vezes se esquece que a seletividade ocorre antes mesmo da abordagem policial. O Brasil se revela como cenário propício para tais eventos, pois em desigualdade social é uma nação com posição de destaque.

Neste sentido o neoliberalismo acaba ditando as regras do jogo, alterando as formas de controle social pelos órgãos institucionais. Carvalho e Silva (2011, p. 61) escrevem:

Com efeito, acaba-se tendo “menos Estado” para os ricos, para possibilitar a multiplicação do lucro pela via do mercado e, “mais controle” para os pobres, seja por meio do “Estado penalizador” e “assistencial” ou do processo de exclusão próprio do mercado. Os governos, ao adotarem ações de repressão à criminalidade por meio da institucionalização

de processos de criminalização de segmentos sociais, excluídos das possibilidades oferecidas pelo mercado, como forma de dar respostas aos anseios da sociedade em geral, contribuem para que o papel do Estado sirva aos poucos “donos do poder” em detrimento da soberania do povo.

Assim sendo, as questões mais importantes, como a garantia do direito fundamental à segurança fica relegado ao segundo plano, já que o capital assume o protagonismo de dizer como um Estado deve agir; isso explica em parte o porquê do Estado de Bem-Estar Social não ter se desenvolvido na sua concepção originária.

A segurança pública é um serviço público essencial na estrutura da sociedade brasileira. O monopólio da força delegado ao Estado é em grande parte consequência do marco teórico do contrato social. Percebe-se que tal condição é essencial para que os demais direitos sejam respeitados. A própria cidadania só consegue ser efetiva em um ambiente de paz e ordem social, e isto se faz com a efetivação da segurança pública.

Neste sentido, Carvalho e Silva (2011, p. 60) escrevem que:

A segurança da sociedade surge como o principal requisito à garantia de direitos e ao cumprimento de deveres, estabelecidos nos ordenamentos jurídicos. A segurança pública é considerada uma demanda social que necessita de estruturas estatais e demais organizações da sociedade para ser efetivada. Às instituições ou órgãos estatais, incumbidos de adotar ações voltadas para garantir a segurança da sociedade, denomina-se sistema de segurança pública, tendo como eixo político estratégico a política de segurança pública, ou seja, o conjunto de ações delineadas em planos e programas e implementados como forma de garantir a segurança individual e coletiva.

É nítida a importância da segurança pública, e que a mesma demanda política pública específica voltada tanto para a questão coletiva como para a questão individual. No cenário brasileiro onde as desigualdades sociais se perpetuam no tempo, trabalhar a segurança pública se revela um desafio, principalmente devido ao ambiente de ausência de serviços públicos acessíveis a todas as classes sociais existentes.

É necessária uma retomada das finalidades idealizadas pela Constituição Federal de 1988, de Estado provedor de direitos fundamentais e sociais para reparação de desigualdades materiais, diversamente das concepções de Estado mínimo preconizadas pelo neoliberalismo. A adequação da segurança pública conforme Degraf, Santin e Costa (2020, p. 26) deveria caminhar no seguinte sentido:

De modo que ao Estado cabe a tarefa de equilibrar as inúmeras desigualdades sociais, através do estabelecimento de políticas públicas de universalização de acesso aos usuários, daqueles serviços básicos que toda a população brasileira tem o direito. Nesta concepção também se reconhece o direito a uma segurança pública eficiente e adequada, as quais decorrem do próprio reconhecimento desta como direito fundamental social.

A ideia de um Estado mínimo vai contra a concepção das próprias normas programáticas da Constituição Federal, pois embora não esteja expresso o termo Estado de Bem-Estar Social no texto constitucional é inegável que o corpo de direitos, deveres e garantias existentes caminhou para esta concepção. E para que todo o conjunto se realize é necessária a presença estatal efetiva, e não a mera entrega dos destinos dos cidadãos ao mercado e suas leis de acumulação do capital. O Estado deve equilibrar a equação desigual que provoca retrocesso social e mais dificuldade ao hipossuficiente.

Nesta concepção Costa, Veiga e Nogas (2019, p. 102) explicam:

(...) direitos de prestação, onde o indivíduo pode exigir do Estado, uma atuação positiva, e, portanto, prestacional, a partir de normas jurídicas que exigem uma atuação positiva do Estado para a proteção de bens jurídicos, e prestações materiais, que são normas que exigem do Estado uma atuação positiva para reduzir desigualdades sociais.

A segurança pública segue em princípio uma linha preventiva-repressiva do Código Penal (BRASIL, 1940), de preocupação com a preservação do patrimônio, num cenário de problemas estruturais ligados à desigualdade social e que exigiria uma prioridade de serviços públicos sociais para reequilíbrio da balança social, com reflexos na redução da criminalidade patrimonial.

Evidentemente, ao melhorar o policiamento preventivo não se estará resolvendo os problemas estruturais existentes da sociedade brasileira, pois somente políticas públicas amplas de inclusão social, geração de emprego e renda, melhorias nos serviços públicos de saúde e educação poderão efetivamente melhorar o ambiente social existente, diminuindo as desigualdades sociais e consequentemente os índices de criminalidade patrimonial.

Valter Foletto Santin (2013, p. 25) faz a conexão do direito à segurança como política pública, a qual se efetiva na modalidade do serviço público:

As políticas públicas estabelecem a obrigatoriedade de prestações públicas positivas, traduzidas em serviços públicos, que podem ser exigidos pelo cidadão e pela sociedade,

por sua configuração como direito individual, coletivo ou difuso, dependendo da modalidade da atividade estatal.

A necessidade do agir prestacional estatal parece bem evidente para o desenvolvimento da sociedade brasileira, com a redução das desigualdades sociais idealizadas pela Constituição Federal de 1988, para efetivação do direito pelo poder público e melhoria das condições de vida da população.

2 SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: ESTADO DA ARTE

As bases do modelo de segurança pública existente no Brasil estão expressas na Constituição da República Federativa do Brasil, a qual dedicou um espaço específico para tratar da Segurança Pública. A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988 possui um capítulo próprio. Trata-se do Capítulo III, do texto constitucional, dentro do Título V, denominado: “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”.

Após apontar a inclusão da segurança pública em todas as gerações de direito, Valter Foletto Santin enfoca o serviço como dever estatal, direito e responsabilidade de todos, para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (SANTIN, 2013, p. 47 - 48):

Na sua dimensão atual, o direito à segurança pública tem previsão expressa na Constituição Federal do Brasil (preâmbulo, arts. 5º, 6º e 144) e decorre do Estado Democrático de Direito (cidadania e dignidade da pessoa humana, art. 1º, II e III, CF) e dos objetivos fundamentais da república (sociedade livre, justa e solidária e bem de todos, art. 3º, I e IV), com garantia do recebimento dos serviços respectivos. A segurança pública é considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, *caput*, CF), que implicam num meio de garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, *caput*, CF).

Santin coloca o direito à segurança como uma das garantias fundamentais do cidadão, para a vida em sociedade harmônica, de paz e tranquilidade (2013, p. 51 - 52):

Além da condição do direito à segurança ser uma das garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, *caput*, CF), o entendimento é de que as garantias relacionadas no mesmo art. 5º são exemplificativas e não taxativas, porque

expressamente o constituinte não excluiu outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais (art. 5º, § 2º, CF). Inquestionável o direito do cidadão de viver em uma sociedade harmônica, em que vigore a paz e a tranquilidade na convivência com os semelhantes, dentro de uma ordem pública regular que preserve a incolumidade da sua pessoa (vida, liberdade, saúde física e mental, bem-estar pessoal e familiar) e do seu patrimônio (direito de propriedade), em consonância com o Estado Democrático de Direito, os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º), os objetivos fundamentais republicanos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º) e a efetivação dos direitos sociais (art. 6º, CF).

As normas que tratam da segurança pública têm funções de resguardo e de bloqueio, não de mera função programática. A prestação do Estado a título de segurança pública visa resguardar a ordem pública e a incolumidade da pessoa e do patrimônio do cidadão, numa atividade primária, para a paz social.

Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 40) também destaca a garantia de vida tranquila e pacífica pela segurança pública:

A segurança pública é justamente a sensação de bem-estar de uma comunidade, certos os seus moradores de que terão uma vida tranquila e pacífica. Livre de aborrecimentos trazidos justamente pela convivência com outras pessoas, por isso, *pública*. Não há dúvida de que, no art. 144 da Constituição Federal, abrindo o Capítulo III do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), tem-se o tema *Da segurança pública*, querendo referir-se aos órgãos encarregados de assegurar à sociedade essa paz e bem-estar, que todos merecem no Estado Democrático de Direito. Pode-se sustentar que grande parte do enfoque da *segurança pública* destina-se a prevenir a ocorrência das infrações penais, mas, ainda insistindo, não é somente isso.

Evidentemente, a paz social é muito mais ampla do que o controle social e a apuração de infrações penais. O contexto de paz social adquire contornos em toda a sociedade brasileira e vai muito além da letra constitucional expressa. O anúncio constitucional de reorganização da segurança pública ainda não se efetivou, apesar de algumas mudanças pontuais, sem alteração do modelo de organização dos órgãos policiais e de prestação do serviço de segurança pública ou de política pública mais adequada.

Neste sentido, Carvalho e Silva (2011, p. 61) escrevem que:

A “Constituição Cidadã”, promulgada no Brasil em 1988, não culminou, concomitantemente, na construção de uma política de segurança pública democrática por parte dos órgãos responsáveis, estabelecidos no “Estado democrático de Direito”. Por isso, as ações de “controle da ordem pública” tornaram-se mais complexas na “ordem democrática” e a reorganização do aparelho estatal não resultou na imediata participação social na construção da política de segurança pública, necessária ao país.

A previsão constitucional de participação popular na segurança pública necessita de uma mudança cultural do relacionamento Estado-povo, para a construção de uma segurança pública com cidadania, especialmente na reorganização da estrutura e atuação policial.

As modificações nas estruturas policiais foram tímidas e insuficientes. Ainda persiste principalmente o sistema centrado na divisão de polícia preventiva e repressiva, um modelo fragmentado, com a ausência do ciclo completo de polícia. Em decorrência desta fragmentação das instituições policiais se tem o provável cenário de que antes do início da ação penal, quase todos os crimes passaram pelo menos pelo crivo de duas agências policiais distintas. Uma agência policial preventiva (polícia rodoviária federal, polícia militar ou guarda municipal) e uma agência policial repressiva (polícia federal ou polícia civil).

Daí surge o retrabalho e o uso de mais de uma agência policial para o tratamento do mesmo caso. A crítica é necessária, justamente pela burocracia gerada; a qual se aprofunda através do inquisitorial e arcaico inquérito policial, o qual dificulta a celeridade e afasta o momento da produção das provas do titular da ação penal. Há algo de racional nisto? Como criticar a mera cópia do Inquérito Policial na Ação Penal se o promotor de justiça ou o procurador da república perdem o momento de ouro da produção das provas?

Este distanciamento dos fatos, devido ao lapso temporal, parece favorecer mais o mecanismo inquisitorial do que o modelo acusatório; havendo um descompasso entre as garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 e o arcaico Código de Processo Penal de essência inquisitorial. Por que é tão difícil perceber que a justiça criminal está condenada ao erro, ao abuso e a criminalização das massas? Por que é tão difícil repensar o sistema policial brasileiro na construção de bases democráticas, em conformidade com a Constituição Federal de 1988?

O Poder Judiciário e o Ministério Público tiveram mudanças após a Constituição Federal de 1988. As modificações mais relevantes ocorreram através da Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2004), a qual reformulou o Poder Judiciário e o Ministério Público com modificações profundas, inclusive instituindo o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Já a Segurança Pública, após a Constituição Federal de 1988 não teve modificações significativas, o que revela a falta de vontade política em melhorar a eficiência das agências policiais. No texto atual, a mudança mais recente foi a criação das polícias penais decorrentes do espólio do próprio sistema penitenciário existente, mudança que até o momento se revela como mudança de nomenclatura, já que a regulamentação efetiva de novas atribuições ainda não ocorreu. A nova categorização se deu através da Emenda Constitucional nº 104 (BRASIL, 2019), a qual acrescentou o inciso VI no artigo 144, passando a ser órgãos de segurança pública (art. 144, caput, CF) a polícia federal (I), polícia rodoviária federal (II), polícia ferroviária federal (III), polícias civis (IV), polícias militares e corpos de bombeiros militares (V), e polícias penais federal, estaduais e distrital (VI).

Percebe-se que a União atua com quatro instituições, a saber: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal (ainda não regulamentada), e a recente polícia penal federal (ainda oficialmente Departamento Penitenciário Nacional). As polícias civis, as polícias militares e corpos de bombeiros militares foram confiadas às Unidades Federativas, bem como os respectivos sistemas penitenciários foram elevados à categoria de polícias penais estaduais e polícia penal distrital, no caso do Distrito Federal.

Assim sendo, existem no Brasil polícias especializadas na União; mas efetivamente a segurança pública em sua essência é realizada pelos estados e o Distrito Federal pelas suas respectivas polícias militares e polícias civis, as quais trabalham com o grande volume das infrações penais conhecidas.

De forma peculiar há ainda a atuação das guardas municipais na segurança pública nos municípios que criaram tais instituições, e a atuação de tais instituições geram uma ampla discussão como se verificará na sequência.

3 SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: ALGUNS PROBLEMAS ESTRUTURAIS

Evidentemente existem inúmeros problemas estruturais na segurança pública brasileira, mas se dará atenção especial para quatro deles, a saber: a insegurança jurídica da atuação das guardas municipais; a militarização das polícias ostensivas estaduais; a fraca integração das agências policiais; e a ausência do ciclo completo de polícia.

Com relação ao modelo municipalista existente nos diversos serviços públicos, o constituinte foi tímido em relação à segurança pública já que não possibilitou a criação de polícias municipais (modelo existente nos Estados Unidos); apenas possibilitando a criação de guardas municipais com destinação de preservação do patrimônio público; eis a inteligência do § 8º do art. 144: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.” (BRASIL, 1988). Tal texto gera uma discussão mais ampla referente à atuação das guardas municipais na segurança pública de uma forma mais efetiva, sendo o primeiro problema a ser aqui relatado.

Embora a atuação das guardas municipais, nos municípios em que elas foram criadas, esteja cada vez mais ampla não parece que o texto constitucional vigente proporcione a segurança jurídica necessária para a atuação profissional destes servidores públicos.

O artigo 301 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) estabelece que: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Aqui se pode abrir o debate com a seguinte indagação: Se os guardas municipais não são agentes policiais no sentido estrito estariam ao efetuar a prisão de alguém em flagrante delito como qualquer do povo?

Por mais simplista que seja a resposta, parece ser ela o ponto fundamental da questão; pois dela decorre a consequente responsabilização do agente, bem como da instituição pública decorrente de eventuais erros nos atos no caso concreto, bem como toda a sequência de legalidade que o ato originário desencadeará.

O problema da atuação das guardas municipais no combate à criminalidade é tão evidente, que empiricamente, em algumas cidades há a percepção de maior atuação desta instituição do que da própria polícia militar. Será que há uma usurpação de função pública por parte das guardas municipais legitimada pelos baixos efetivos policiais militares e pela precarização do respectivo serviço público prestado?

No Brasil, embora a segurança pública seja matéria constitucional, há uma percepção empírica de que existe a necessidade de modificações em sua estrutura; pois o modelo atual é derivado de concepções existentes nos anos de ditadura militar. De modo que, não parece haver uma recepção plena de um modelo policial repressivo em um novo ambiente de democracia e cidadania, onde houve a manutenção de agências policiais de cunho ditatorial.

Aqui se evidencia o segundo problema levantado, que é justamente a militarização das polícias. O constituinte manteve no inciso V do artigo 144 da Constituição Federal a existência das “polícias militares e corpos de bombeiros militares.” (BRASIL, 1988).

Mas isso se deu porque a transição da ditadura militar para a democracia não poderia simplesmente extinguir uma instituição centenária de forma abrupta; parece bem evidente que posteriormente faltou coragem aos políticos para a discussão efetiva da desmilitarização de tais forças policiais passados mais de trinta e dois anos da Constituição atual vigente.

A segurança pública tem um papel essencial dentro da estrutura de um Estado, pois ela funciona na perspectiva do monopólio da força, na manutenção da ordem e na garantia do respeito ao ordenamento jurídico. Mas é desnecessária a existência de polícias militarizadas, seguindo até os dias atuais o Regulamento Disciplinar do Exército. (BRASIL, 2002).

Existem instituições policiais ostensivas, uniformizadas, como por exemplo a Polícia Rodoviária Federal que funcionam muito bem sem a necessidade do rigor do militarismo. Inclusive o crescimento institucional da PRF se deu justamente pelo desenvolvimento de políticas públicas de

segurança pública com cidadania, aproximando os policiais rodoviários federais dos cidadãos que circulam nas rodovias federais. Sendo esta instituição, atualmente, referência no combate à criminalidade e na redução de mortes no violento trânsito brasileiro.

Discutir a desmilitarização das polícias militares nas Unidades Federativas parece ser uma proposta interessante para a sociedade brasileira; e para os próprios militares estaduais que estão sob um jugo disciplinar de guerra, e não de cidadania. Neste sentido Degraf, Santin e Costa (2020, p. 24) comparam:

Os militares das forças armadas são capacitados para os conflitos externos e as funções de ferir ou matar os inimigos de seu país em situação de combate, em tempo de guerra declarada. Os policiais e os demais operadores da segurança pública diferentemente, não são legitimados para ferir, muito menos para matar as pessoas, salvo em legítima defesa ou outra excludente de ilicitude na análise do caso concreto. Pois não trabalham contra inimigos, mas diante de cidadãos que por algum motivo cometeram um crime ou uma contravenção penal.

De modo que parece bem visível de que as forças policiais não devem ter o norteamento de guerra visando à eliminação do inimigo como ocorre nas forças armadas; mas sim o norteamento da paz e da ordem social encaminhando ao sistema de justiça os infratores da lei para o devido processo legal, em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

O terceiro problema identificado é a fraca integração das agências policiais. Inegável que a integração, a inteligência e a aproximação do Estado junto dos cidadãos podem desencadear resultados mais efetivos nas políticas públicas de segurança pública. De modo que o modelo de segurança pública com cidadania deve ser aprimorado e expandido em todos os municípios brasileiros.

Na perspectiva de buscar a redução da violência criminal, Luiz Eduardo Soares (2006, p. 94) apresenta a seguinte concepção:

Há dois meios complementares de trabalhar pela promoção da segurança pública cidadã: através de políticas preventivas e da ação das Polícias (no caso dos Estados) ou de Guardas Civis (no caso dos municípios) – o governo federal pode atuar não apenas pelas polícias federal e rodoviária federal, mas pela indução, aplicando uma política nacional que proporcione meios para que se efetive a cooperação interinstitucional e para que se imponham exigências mínimas de qualidade na provisão dos serviços de segurança pública, o que envolve eficiência e respeito às leis e aos direitos humanos. (...)

Percebe-se que a União poderia atuar de forma mais efetiva na segurança pública nacional, coordenando a integração das diversas agências policiais existentes. Pois, a segmentação destas instituições e a falta de compartilhamento de informações só interessa a criminalidade. As experiências realizadas através da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) são interessantes neste sentido, mas é preciso o aperfeiçoamento e a ampliação de sua atuação.

É preciso perceber que a atuação preventiva é de suma importância, mas evidentemente este processo só melhora através da aproximação das pessoas e os operadores de segurança pública, em concepções de policiamento comunitário.

Modificar as estruturas herdadas da ditadura militar se revela um processo demorado, pois as décadas de um modelo policial repressivo estão presentes do inconsciente coletivo. De modo que, desenvolver a segurança pública com bases na cidadania e na democracia é um desafio atual para as instituições policiais existentes, e a integração das agências policiais é uma necessidade complementar para a melhoria da eficiência da segurança pública brasileira como um todo.

Luiz Eduardo Soares (2006, p. 99) há mais de uma década denunciava a ausência da tão essencial integração da segurança pública:

O contexto institucional, na esfera da União, caracteriza-se pela fragmentação no campo da segurança pública. O problema maior não é a distância formal, mas a ausência de laços orgânicos, no âmbito de coordenação das políticas públicas. O que se está enunciando é grave: os respectivos processos decisórios são incomunicáveis entre si.

Assim sendo, inegável a existência de um ambiente de competição entre as diversas agências policiais, porque quem tem a informação, detém um poder maior e espaço no sistema de segurança pública. Isso provoca uma constante luta das instituições policiais pela ampliação de competências outrora exclusivas de uma agência policial específica. Nesta concorrência entre as instituições e na falta de compartilhamento de dados, quem perde são os cidadãos e quem ganha são os infratores da lei. Superar o “lobby” das instituições policiais e integrar os trabalhos da segurança pública é um imenso e permanente desafio aos gestores deste ramo de serviços públicos.

Por fim, o quarto e último problema consiste na ausência do ciclo completo de polícia. E incluir o ciclo completo de polícia na segurança pública brasileira parece ser o passo mais importante em termos de reformulação da segurança pública e em ganhos para a sociedade brasileira.

Luis Flávio Saporì (2016, p. 51 - 52) a respeito do ciclo completo de polícia escreve:

A expressão “ciclo completo de polícia” deve ser compreendida como a atribuição das atividades de

patrulhamento ostensivo e de investigação criminal a uma mesma organização policial. É o modelo prevalecente mundo afora. Na prática, a expressão implica que a organização policial, seja federal, estadual ou municipal, tem em sua estrutura dois departamentos distintos, com suas respectivas chefias, porém ambos estão subordinados hierarquicamente à mesma autoridade. Em outras palavras, a mesma polícia tem um segmento fardado que realiza o patrulhamento ostensivo nas ruas e outro segmento constituído de investigadores incumbidos de coletar evidências de materialidade e autoria dos crimes eventualmente registrados. No caso da sociedade brasileira, essa atribuição investigativa corresponde à elaboração do inquérito policial. E ambos os segmentos, geralmente, ficam lotados na mesma unidade policial.

Existem inúmeras possibilidades de implantação do ciclo completo de polícia, que vai desde a unificação de agências policiais até a expansão de atribuições em cada uma das instituições policiais. Independentemente do modelo a ser adotado no Brasil, parece que a partir de um olhar empírico se teria um ganho imediato para a sociedade.

Primeiramente a celeridade e a preservação das provas de determinada infração penal teriam um melhor tratamento e entrega ao sistema de justiça e decorrente início da ação penal ou arquivamento. Outra melhoria seria a quebra do retrabalho que se tem hoje, onde o mesmo fato passa por ao menos duas polícias na produção de documentação para encaminhamento do inquérito policial ao final. Pode-se ainda esperar que a integração e o compartilhamento de informações entre as agências policiais melhorem, já que todos poderiam realizar o ciclo completo efetivamente.

Por fim, mas não menos importante, com o ciclo completo de polícia os relatórios de dados anuais ganhariam uma veracidade sem sobreposição; pois no modelo atual todas as apreensões de drogas, armas, munições e demais produtos ilícitos se tornam estatística primeiramente na polícia que realiza o flagrante. Por exemplo, entra nos dados da Polícia Rodoviária Federal a quantidade de determinadas toneladas de apreensão de determinado entorpecente, os quais necessariamente serão encaminhados para a polícia judiciária, ora para a Polícia Civil (tráfico de drogas nacional), ora para a Polícia Federal (tráfico de drogas transnacional). Evidentemente as polícias judiciárias ao receberem as apreensões feitas por outras polícias acabam lançando novamente tais apreensões em seus relatórios, gerando um efeito dúplice indevido e que gera dados confusos para os pesquisadores da segurança pública e para os próprios cidadãos.

Assim sendo, o ciclo completo de polícia é o modelo que deu certo na maioria dos países do mundo, e tem tudo para da mesma forma entregar no

Brasil os maiores avanços na segurança pública desde a Constituição Federal de 1988, de modo que toda a sociedade brasileira será beneficiada com este marco revolucionário na segurança pública brasileira na busca de melhorias na eficiência.

CONCLUSÃO

A importância da Segurança Pública para o desenvolvimento da sociedade é evidente, pois a paz interna e a ordem social são necessárias para o desenvolvimento da população, sendo que vencer o problema da violência e do aumento da criminalidade passa necessariamente pela ampliação do debate da segurança pública para enfrentar os inúmeros problemas estruturais existentes.

A melhoria na sensação da segurança por parte da população brasileira só será possível se um novo modelo de segurança pública com inteligência e integração das agências policiais ocorrerem de forma a vencer a criminalidade, cada vez mais organizada e integrada.

Buscar novas soluções para a melhoria da segurança pública brasileira não é apenas tarefa dos políticos; sem a consciência coletiva e o clamor por mudanças realmente significativas no estado da arte atual não se poderá construir um sistema de segurança pública com cidadania.

O desenvolvimento de novas políticas públicas de segurança é parte do caminho para que os ideais estabelecidos na Constituição Federal sejam alcançados. Junto das melhorias na segurança pública é necessário buscar a redução das desigualdades sociais existentes, essenciais para a alteração da sociedade atual e desestimular o caminho da vida marginal ligada ao crime em muitos aspectos.

Alguns problemas estruturais foram identificados e apresentados neste artigo: a insegurança jurídica da atuação das guardas municipais; a militarização das polícias ostensivas estaduais; a fraca integração das agências policiais; e a ausência do ciclo completo de polícia.

Para ampliar o debate se espera que as necessárias mudanças na segurança pública brasileira realmente ocorram, provocando condições para desenvolvimento de um melhor ambiente de qualidade de vida para a população brasileira, com paz social e sensação de segurança.

Buscar ampliar os debates sobre a segurança pública brasileira com a participação de toda a sociedade brasileira é o primeiro passo para a busca das melhorias almejadas no sistema de segurança pública como um todo.

É preciso conscientizar a população brasileira da importância de sua participação na construção de uma segurança pública eficiente, democrática e cidadã, na efetivação da norma constitucional de que a segurança pública é um dever do Estado, mas também um direito e responsabilidade de todos (artigo 144, *caput*, da Constituição Federal de 1988), enaltecendo a participação do usuário no serviço público (art. 37, §3º, da CF).

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O direito penal diante da sociedade de risco: a criminalização motivada pelo medo. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 36-57, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3652/3152>. Acesso em: 02 jan. 2021.
- BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 104, de 4 de dezembro de 2019. Altera o inciso XIV do caput do art. 21, o § 4º do art. 32 e o art. 144 da Constituição Federal, para criar as polícias penais federal, estaduais e distrital. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc104.htm#art3. Acesso em: 20 dez. 2020.
- CARNEIRO, Robyson Danilo; SANTIN, Valter Foletto. Direitos Humanos no âmbito das Polícias Militares: enfrentando o antagonismo através da educação. In: I Encontro Virtual do CONPEDI. Sociedade conflito e movimentos sociais. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogermann; Armando Albuquerque de Oliveira (Coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 91-110. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/ro22fnsg/Pm3kbd27sd9iSLk8.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- CARVALHO, Vilobaldo Adelfido de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Revista Katálisis*, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59 - 67, jun. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802011000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jan. 2021.

COSTA, Ilton Garcia; VEIGA, Fábio da Silva; NOGAS, Matheus. Ubiquidade Constitucional e Direitos Fundamentais. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*. Curitiba, v. 4, n. 25, p. 97-114, out./dez. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4022/371372341>. Acesso em: 21 nov. 2020.

DEGRAF, Guilherme. O fracasso do Estatuto do Desarmamento: considerações sobre a restauração do direito à autodefesa. In: MARGRAF, Alencar Frederico; COSTA, Cleverson Paulo Sant'Ana; MARGRAF, Priscila de Oliveira (Org.). *Direitos fundamentais: uma abordagem interdisciplinar*. Florianópolis: EMais Editora e Livraria Jurídica, 2018, p. 249 -266.

DEGRAF, Guilherme; SANTIN, Valter Foletto; COSTA, Ilton Garcia da. Segurança pública brasileira: direito fundamental social participativo. *Revista de Movimentos Sociais e Conflitos*, v. 6, n. 2, p. 21 - 41, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/7168/pdf>. Acesso em: 2 jan. 2021.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um projecto filosófico*. Tradução Artur Mourão. 2008. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em: 1 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PASSETTI, Edson. *Anarquismos e sociedade de controle*. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 5, 2005, p. 208 - 216. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em: 26 abr. 2021

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed., São Paulo: Edipro, 2007.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SAPORI, Luis Flávio. Como implantar o ciclo completo de polícia no Brasil? *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 10, Suplemento Especial, p. 50 - 58, fev./mar. 2016. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/604/222>. Acesso em: 30 jan 2021.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança pública: presente e futuro*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 20, n. 56, p. 91-106, abr. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10124>. Acesso em: 14 nov. 2020.

**INTERAMERICANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE:
O POTENCIAL TRANSFORMADOR DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
E O PAPEL DO OBSERVATÓRIO INTERINSTITUCIONAL
DE DIREITOS HUMANOS DO TJPR**

*INTERAMERICANIZATION OF THE PARANAENSE JUDICIAL POWER:
THE POTENTIAL TRANSFORMER OF EDUCATION IN HUMAN RIGHTS
AND THE ROLE OF THE TJPR INTERINSTITUTIONAL
OBSERVATORY OF HUMAN RIGHTS*

Sandro Gorski Silva⁵³

INTRODUÇÃO

Na história da humanidade, a temática dos Direitos Humanos é repleta de momentos de sombra, com retrocessos incontestáveis, e inúmeros momentos de luzes, com avanços e progressos que enaltecem a importância da dimensão humana.

Com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 22/11/1969, com vigência a partir de 1978, as obrigações em relação à promoção e à proteção dos direitos humanos concretizaram-se, tornando possível a responsabilização estatal no continente americano.

Ademais de criar patamares mínimos de proteção comum dos direitos humanos na região, a Convenção Americana estabeleceu também a estrutura central do sistema regional interamericano, cujo fundamento basilar é a capacidade dos Estados Partes de cumprirem as obrigações estabelecidas pelos órgãos criados pela OEA.

No entanto, nos últimos anos, com a escalada de movimentos extremistas, esses direitos se encontram uma vez mais na penumbra, processo esse que se acentuou com a pandemia sanitária causada pela COVID-19, em especial, nos países em desenvolvimento, onde os efeitos da crise são mais profundos.

Não obstante, além da baixa tradição de respeito aos direitos humanos na América latina, tem-se o fato de que a cultura jurídica em vigor na região

⁵³ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Titular do diploma de Master em Direitos Humanos pela Université Paris Nanterre La Défense (França). Mestre em Direito pela PUCPR. Pós-Graduado em Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como Proceso de Lucha por la Dignidad pela Universidad Pablo de Olavide (Espanha). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUCPR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Tem passagem profissional pela Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos da França e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Suíça). Atualmente, é Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: sandrogorski@gmail.com.

é ainda aquela existente há mais de um século, representada pela pirâmide, cujo maior referencial teórico é o jurista alemão Hans Kelsen. A ideia da pirâmide evoca um sistema jurídico fechado e estritamente normativo, pensado com a Constituição acima da ordem jurídica, tendo como valores estruturais e fundamentes a soberania do Estado e a segurança nacional (PIOVESAN, 2017).

Por essa razão, o exercício do controle de convencionalidade ainda não se consolidou na comunidade jurídica latino-americana. A ideia de um sistema jurídico multinível, concebido por um conjunto de regras estabelecidas pelas ordens jurídicas nacionais e regionais, bem como pela ordem jurídica internacional, ainda é, em diversos contextos, desconhecida.

A partir dessa problemática, o presente trabalho busca desenvolver o caminho que permite assimilar a abertura do sistema e a necessidade de diálogo judicial internacional e regional. Ao final, debruça-se sobre o papel da educação em direitos humanos, considerada como instrumento transformador não só do mundo jurídico, mas também da esfera de direitos e da vida concreta das pessoas.

1 OS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, demarcou a ruptura definitiva com o paradigma antidemocrático anteriormente vigente no país e introduziu uma nova ordem jurídica e social, extremamente comprometida com os direitos humanos, tanto no âmbito interno como na atuação internacional.

Ao estabelecer que o Estado brasileiro passa a ser regido nas relações internacionais, a partir da prevalência dos direitos humanos, a Constituição impôs, explicitamente, limites à noção de soberania estatal, rompendo com a concepção tradicionalmente prevista no Direito Constitucional brasileiro. A respeito, enfatiza José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 232):

[...] a vinculação do Estado ao direito internacional começa, logo, pela observância e cumprimento do chamado *jus cogens* internacional. Embora a doutrina ainda não tenha recortado, de forma clara e indiscutível, o núcleo duro deste 'direito forte' ('direito cogente') existem alguns princípios inquebrantavelmente limitativos do Estado. Referiremos, por exemplo, o princípio da paz, o princípio da independência nacional, o princípio do respeito dos direitos do homem, o direito dos povos à autodeterminação, o princípio da independência e igualdade entre os povos, o princípio da solução pacífica dos conflitos, o princípio da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados.

No plano interno, logo no artigo 1º, o texto constitucional reconhece a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e

vincula a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da estrutura democrática do país.

Vale dizer, ao exprimir noções fundamentais subjacentes e informadoras de toda a sistemática jurídica, o valor da pessoa humana foi elencado como elemento básico para realização do princípio democrático. De outro lado, ademais de verdadeira cláusula de proteção da dignidade humana no sistema constitucional brasileiro, concebeu-se tal princípio como um valor-guia, um referencial hermenêutico de toda a ordem constitucional.

Denota-se, portanto, que o legislador constituinte transcendeu a simples ideia de proteção do valor da dignidade, introduzindo, por meio desse princípio, um limite material implícito ao poder de reforma constitucional. Assim, qualquer intenção de mudança da Carta Magna que ofenda a dignidade humana será materialmente inconstitucional (SARLET, 2012, p. 105). Essa especial proteção foi garantida também com a sua inclusão no rol das chamadas “cláusulas pétreas”, tal qual dispõe o art. 60, §4º da Constituição Federal (CF). Os direitos humanos internacionalizados foram içados, assim, ao patamar das normas que não podem ser derogadas ou revogadas pelo Poder Constituinte derivado.

De outro lado, o art. 5º, §1º da Carta Magna reconheceu que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Não se trata de diretriz ou objetivo que, para ser alcançado, demanda uma juridicidade reforçada, mas, ao revés, é uma característica que retira a mera promessa dessas normas, tornando-as prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes públicos nacionais. Como pontua Flávia Piovesan (2013, p. 152), “torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.

Daí decorre o chamado caráter anestésico dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à ordem jurídica doméstica, a que se refere José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1179): “a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias”. Ao entrarem em vigor, tornando-se direito positivo, os instrumentos internacionais de direitos humanos congelam automaticamente a produção de efeitos de toda norma que com eles seja incompatível. Aos direitos fundamentais imprimiu-se, portanto, um status jurídico diferenciado, de modo a fornecer-lhes maior aplicabilidade, proteção e eficácia, conforme se analisará com mais aprofundadamente adiante.

Nesse contexto, importante ressaltar, também, que o rol de direitos fundamentais, embora extenso, não foi enumerado de maneira taxativa no texto constitucional. Essa é a racionalidade ditada pelo §2º do art. 5º da Carta da República que, seguindo a tradição constitucional pátria, aperfeiçoou a cláusula de abertura constitucional no sistema brasileiro, por meio da chamada noção da fundamentalidade material dos direitos fundamentais. O instituto permitiu o reconhecimento, não apenas dos direitos consignados no catálogo

dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, mas, também, de outros direitos e garantias excluídas do rol ou, até mesmo, fora do próprio texto constitucional, a exemplo dos direitos humanos constantes dos tratados internacionais que o Estado brasileiro seja parte – hipótese expressamente prevista no dispositivo em tela.

Essa ideia de fundamentalidade material dos direitos fundamentais revela um duplo caráter protetivo desses direitos, estendendo-se tanto ao âmbito formal (direitos inseridos no texto constitucional) quanto à esfera material, assim considerados pelo seu conteúdo e importância como pertencentes à Carta Magna, ainda que não expressos em seu catálogo.

Com efeito, a Constituição instituiu um verdadeiro “bloco de constitucionalidade” (CANOTILHO, 2003, p. 920) composto por direitos humanos previstos em tratados internacionais ratificados na ordem jurídica doméstica e por direitos fundamentais não constantes expressamente do texto constitucional, mas que por força da cláusula de abertura somam-se aos direitos formalmente integrantes da Lei Maior. Tal assertiva reclama reconhecer, por conseguinte, que aos direitos fundamentais arrolados fora da Carta Magna aplica-se o regime jurídico-constitucional equivalente ao dos direitos nela explicitados (SARLET, 2012, p. 81).

Como direitos fundamentalmente materiais devem ser compreendidos, tanto os direitos formalmente expressos (naturalmente), quanto os direitos implícitos, ou seja, os direitos que estão subentendidos no texto da Constituição e os “decorrentes do regime e dos princípios”. Segundo Ingo Sarlet (2012, p. 85), são direitos “que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema”. Quanto à última hipótese, trata-se daqueles que, dada a sua importância e substância, deduzem-se do regime e dos princípios fundamentais elencados no Título I (arts. 1º ao 4º da CF) e que podem ser equiparados aos constantes do rol previsto no Título II da Carta Magna (SARLET, 2012, p. 91).

Nesse sentido, também, é a proposta de Flávia Piovesan, ao afirmar a existência de três modalidades de direitos e garantias individuais, a saber: a) direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição; b) direitos fundamentais implícitos e/ou decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, e c) direitos humanos previstos nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (PIOVESAN, 2013, p. 120).

De toda forma, importa considerar que os direitos fundamentais institucionalizados não constituem o máximo de proteção constitucional ofertada à dignidade daqueles em solo brasileiro. Ao revés, são um piso protetivo mínimo, que pode ser complementado pela ordem internacional, por meio dos tratados, do costume e dos princípios gerais de direito (PIOVESAN, 2013, p. 173).

Destarte, seja por meio da noção de fundamentalidade/bloco de constitucionalidade dos direitos humanos, seja pela aplicabilidade imediata das normas que versem sobre a matéria, ou, ainda, em decorrência do efeito

anestésico dos tratados pertinentes a temática, a Constituição brasileira de 1988 inaugurou uma nova racionalidade jurídica no país, instituindo um sistema aberto, a permitir o diálogo com os sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos.

É justamente nesse contexto de primazia da pessoa humana, que emerge o exame de conformidade da legislação interna com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e demais instrumentos regionais que compõem o chamado *corpus iuris interamericano*, a que todas as autoridades nacionais estão obrigadas a partir do momento que o Estado brasileiro ratificou e internalizou a CADH. Tal análise, denominada controle de convencionalidade, é o tema de estudo do tópico seguinte.

2 A EMERGÊNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O DEVER DE INTERAMERICANIZAÇÃO DE TODO MAGISTRADO NACIONAL

A despeito da obrigação internacional assumida com a ratificação e internalização da CADH e do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, grande celeuma se instalou na doutrina e na jurisprudência a respeito da hierarquia normativa dessas normas convencionais, especialmente, diante da previsão de um status jurídico diferenciado para os tratados internacionais em matéria de direitos humanos,

O almejado consenso na doutrina sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos parece estar longe de ser alcançado. Renomados juristas têm sustentado posicionamentos divergentes e, entre os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) também não há unanimidade, ao menos não havia com a composição da Corte que enfrentou o tema, em 2008.

No âmbito doutrinário, pode-se colocar de um lado quem defende que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos se enquadram na cláusula de abertura constitucional, que prevê o reconhecimento da já abordada noção de fundamentalidade material dos direitos fundamentais excluídos do texto constitucional. Nesse sentido, invocam a previsão explícita na Carta de 1988 e o conteúdo constitucional dos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro é parte (§2º do art. 5º da CF).

De outro lado, há quem sustente a paridade hierárquica entre tratados internacionais e lei federal, baseando-se no fato de o ordenamento não prever a primazia hierárquico-normativa dos tratados, o que impede a caracterização de sua natureza jurídico-constitucional.

Além desses posicionamentos, merecem destaque as correntes doutrinárias que ora conferem aos tratados internacionais de direitos humanos uma hierarquia supraconstitucional, em razão da primazia do direito internacional sobre a jurisdição doméstica, e ora atribuem a posição infraconstitucional, mas supralegal, reconhecendo a natureza especial dos tratados de direitos humanos.

No STF, o tema ensejou diversos entendimentos. Até 1977, o Tribunal consagrava o primado do Direito Internacional sob a ordem jurídica interna.

Com a decisão do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, a Corte mudou o seu entendimento, equiparando os tratados à lei federal, sendo aplicável, inclusive, o princípio da *lex posterior derogat priori* para solução de antinomias, isto é, a lei posterior derogaria a anterior sobre a mesma matéria. Em 1995, o tema foi novamente trazido ao plenário do STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131, referente à prisão civil por dívida do depositário infiel. Conquanto já estivesse em vigor a Constituição Federal de 1988 e a composição da Corte fosse outra, foi mantida a paridade entre tratado e lei federal. No ano de 2008, contudo, esse entendimento que prevalecia há mais de 30 anos foi revisitado criticamente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343. Diante de uma estrutura composta por novos ministros, foi conferido um tratamento especial aos tratados internacionais – criou-se a ideia de supralegalidade, mas de infraconstitucionalidade. Ressalta-se que esse entendimento se deu de maneira majoritária, ficando vencidos os ministros Celso de Mello, Cesar Pelluso, Ellen Gracie e Eros Grau que sustentaram a constitucionalidade dos direitos humanos previstos em tratados internacionais (PIOVESAN, 2013, p. 140).

De toda forma, o precedente, proferido em dezembro de 2008, tornou-se referência para a jurisprudência nacional, porquanto propiciou a incorporação de parâmetros protetivos internacionais na esfera doméstica e *inaugurou o chamado controle de convencionalidade das leis*. À medida que o STF reconheceu que o ordenamento interno passou a se submeter ao crivo dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, tornou-se inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja posterior ou anterior ao ato de adesão.

Há que se mencionar, ainda, a intenção de apaziguar a celeuma causada pelos entendimentos dissonantes levada a efeito pelo Congresso Nacional. Em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o §3º no art. 5º da CF estabelecendo que, na hipótese de a recepção dos tratados e convenções sobre direitos humanos se realizar com a aprovação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam os documentos internacionais equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse sentido, cabe ressaltar que ao passo que os tratados se tornam equivalentes às emendas constitucionais, afasta-se a possibilidade de denúncia – ato unilateral pelo qual o Estado manifesta o desejo de não ser mais parte de determinado tratado. Isso porque a denúncia é ato privativo do Presidente da República. Com efeito, tendo o tratado se incorporado formal e materialmente ao texto constitucional, não é mais possível que um ato isolado e solitário do Chefe do Poder Executivo subtraia tais direitos da esfera constitucional. Desse modo, a denúncia somente pode acontecer nos tratados apenas materialmente constitucionais. Vale dizer que, sem a apresentação da denúncia, o Estado que se comprometeu a cumprir o tratado de boa-fé não pode alegar mudança superveniente do direito interno como justificativa para desrespeitá-lo, conforme expressamente consignado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

De outro lado, há quem advogue que o §3º do art. 5º da CF teria endossado a concepção segundo a qual os demais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ratificados anteriormente ao advento da Emenda à Constituição, teriam status hierárquico de lei federal, pois não teriam logrado êxito em ser aprovados com o quórum qualificado a que faz menção o assinalado dispositivo constitucional.

Trata-se, certamente, de raciocínio que não contempla a unidade constitucional. Nesse contexto, pertinente é o posicionamento de Flávia Piovesan ao sustentar que o §3º do art. 5º da CF veio tão somente reforçar a supremacia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, reconhecendo explicitamente a sua natureza materialmente constitucional, uma vez que, repisa-se, o §2º do art. 5º da CF já teria adotado a noção de fundamentalidade material dos direitos humanos sediados em tratados internacionais, independentemente do quórum de aprovação. A jurista paulistana justifica seu posicionamento afirmando que: “na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana” (PIOVESAN, 2013, p. 134). Complementa, ainda, consignando que “a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser por ela condicionado” (PIOVESAN, 2013, p. 134).

De toda forma, a paridade hierárquica entre tratados internacionais comuns e lei federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos. Isso porque os tratados de direitos humanos objetivam proteger a dignidade humana e não os preceitos estatais. Além disso, por força da cláusula de abertura instituída expressamente pelo §2º do art. 5º da CF, os direitos humanos sediados em tratados internacionais constituem verdadeira norma constitucional. Como aponta Flávia Piovesan (2013, p. 120):

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais [...].

Em sentido semelhante, afirma Ingo Sarlet (2012, p. 123):

Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente

consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por essa razão, acabam tendo status equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, §2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais.

Ressalta-se que tais teses são a que melhor se coadunam com a ideia de valor-guia ou referencial hermenêutico da ordem jurídica reclamada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, considerado fundamento do Estado Democrático de Direito, como anteriormente se abordou. Ademais, vai ao encontro da noção de fundamentalidade material expressamente reconhecida pelo legislador constituinte, reforçando a sua opção pela cláusula de abertura e pelo bloco de constitucionalidade.

De igual forma, conforme visto, por força do §1º do art. 5º da CF, os direitos humanos sediados em tratados internacionais, após a internalização, podem ser imediatamente reivindicados pela população brasileira, dada a sua natureza constitucional, ficando a cargo dos Poderes Constituídos assegurarem a sua eficácia e direta implementação no âmbito nacional.

Importa registrar, nesse contexto, as três hipóteses práticas decorrentes da aplicação dos direitos humanos enunciados nos tratados internacionais. O conteúdo dos documentos internacionais pode: (a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição; (b) integrar, complementar e ampliar o panorama de proteção dos direitos constitucionais, e (c) contrariar preceito do direito interno (PIOVESAN, 2013, p. 163).

Frise-se que a hipótese de o conteúdo dos tratados e convenções coincidir com o direito interno (a) revela, em última análise, que a Lei Maior realmente se inspirou em documentos internacionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A título exemplificativo, sem a pretensão de exaustividade, cita-se a previsão da isonomia no direito constitucional (art. 5º, *caput* da CF), que é reprodução fiel do art. 8 da Declaração Universal de 1948, do art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do art. 24 da CADH. Vale dizer, a utilização dos instrumentos protetivos da dignidade humana como referência para a Constituição “revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro” (PIOVESAN, 2013, p. 164).

De outro lado, na hipótese (b), pertinente à integração dos direitos constitucionais, reafirma-se a proposta de abertura constitucional, a permitir a complementação e inovação do rol de direitos fundamentais com a inclusão de novas garantias, como, por exemplo, a proibição de qualquer apologia

ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, nos termos do art. 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 13 (5) da CADH.

No que diz respeito à hipótese (c), conflito com o direito doméstico, faz-se necessário reconhecer a opção pela prevalência da norma que for mais favorável à proteção da dignidade da vítima, refletindo o princípio *in dubio pro dignitate*. Isso porque os instrumentos internacionais “vêm (sempre) a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional” (PIOVESAN, 2013, p. 171). Não obstante, como dito anteriormente, o Estado brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e, portanto, esse valor deve ser sempre observado, quando houver antinomia entre normas, como justificativa para aplicação ao caso do preceito que for mais benéfico ao indivíduo.

Conforme analisado no tópico anterior, se houver a absoluta incompatibilidade da disposição interna com a CADH e demais instrumentos que compõem o *corpus iuris* interamericano, as autoridades nacionais devem abster-se de aplicar a norma nacional, a fim de evitar violações dos direitos humanos protegidos internacionalmente.

Para o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “*las autoridades estatales deben ejercer ex officio el control de convencionalidad*” (MAC-GREGOR apud DUARTE (coord.), 2016, p. 13). Vale dizer, assim como no controle de constitucionalidade difuso, todo magistrado brasileiro deve aferir a conformidade das normas com a Constituição, no controle de convencionalidade, todo juiz deverá realizar o exame de correspondência das normas internas com o *corpus iuris* interamericano. Com efeito, o juiz nacional torna-se, também, juiz interamericano.

De toda sorte, parece que essa noção difusa do controle de convencionalidade, não obstante o seu reconhecimento, em 2008, pelo STF, ainda é desconhecida de grande parcela da comunidade jurídica e, inclusive, dos magistrados brasileiros, razão por que se torna emergencial a promoção da chamada educação em direitos humanos, a fim de reverter esse cenário.

O tópico a seguir analisará, assim, o potencial transformador que a educação em direitos humanos pode assumir num contexto em que aqueles que são obrigados a coibir as violações de direitos conhecem e aplicam os padrões internacionais de proteção da dignidade humana, perpetuando, de forma catalisadora, a cultura e paz.

3 O POTENCIAL TRANSFORMADOR DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E O EXEMPLO DO OBSERVATÓRIO INTERINSTITUCIONAL DE DIREITOS HUMANOS DO TJPR

Pesquisa realizada com o Poder Judiciário carioca (CUNHA, 2008, p. 133 – 176) revelou que 84% dos juízes e 79% dos desembargadores do Estado do Rio de Janeiro não estudaram direitos humanos como disciplina específica.

Apenas, 12,4% dos juízes estudaram o tema como matéria eletiva e reduzidos 4% como cadeira obrigatória. Entre os desembargadores, 20,51% tiveram o ensino dos direitos humanos como matéria obrigatória.

Questionados se alguma vez já haviam estudado a temática dos direitos humanos, 40% dos juízes e 38,5% dos desembargadores responderam negativamente à pergunta.

Sobre o conhecimento a respeito do funcionamento dos sistemas global e regionais de direitos humanos, 59% dos juízes admitiram possuir um conhecimento superficial, enquanto que o percentual de desembargadores na mesma situação é de 43%. Os que admitem não conhecer os sistemas somam 28% entre os desembargadores e 20% entre os juízes. Apenas, 21% dos magistrados de segunda instância afirmaram conhecer os sistemas, enquanto o percentual entre os juízes que afirmaram o mesmo ficou em diminutos 16%.

No tocante às decisões das Cortes internacionais, apenas metade dos magistrados afirmou que eventualmente toma conhecimento da jurisprudência dos Tribunais de direitos humanos. Não obstante, 50% dos juízes e 54% dos desembargadores não confiam que o conhecimento acerca das decisões das cortes internacionais pode auxiliá-los nas suas próprias decisões.

A pesquisa foi realizada com 105 juízes do primeiro grau de jurisdição e 39 desembargadores da Corte de Apelação do Estado do Rio de Janeiro. Muito embora essa avaliação tenha uma amplitude reduzida se comparado à extensão do Judiciário brasileiro, o seu conteúdo se mostra relevante, notadamente porque se refere a um Estado cujo Índice de Desenvolvimento Humanos (IDH) está entre os mais altos do país.

De outro lado, revela também um preocupante paradigma jurídico consolidado no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro: uma cultura jurídica baseada num grau elevado de magistrados que nunca estudaram direitos humanos, que não conhecem os sistemas internacionais de proteção e, ainda, que não acreditam que esse conhecimento específico possa contribuir para avançar na proteção de direitos no sistema nacional.

Vale lembrar que uma das frentes da arquitetura protetiva dos direitos humanos é precisamente a esfera repressiva, destinada à reparação de violações já ocorridas, função desempenhada no cenário nacional exatamente pelo Poder Judiciário. Com efeito, se o magistrado responsável pelo julgamento do caso concreto desconhece noções básicas de direitos humanos, há, desenganadamente, um comprometimento dessa tarefa e, por conseguinte, um prejuízo à vítima que teve seus direitos violados.

Não bastasse isso, tal paradigma jurídico acaba por instalar uma cultura jurídica de impunidade, porquanto constatada a violação, a sociedade não vislumbra a responsabilização do autor dessas violações, gerando, ainda, um sentimento de descrença da principal e primeira instituição que deveria justamente proteger a vítima de cujo direito fora violado.

Por essa razão, torna-se emergencial um cambio cultural na formação da magistratura brasileira, assim como dos demais operadores do direito,

para que se possa promover um novo paradigma jurídico no Brasil, focado no respeito aos direitos humanos e na cultura de paz.

É preciso apreender que o paradigma jurídico adotado pelos Estados latino-americanos por mais de um século está em decadência. O chamado modelo jurídico piramidal hermético, radicado no Estado e nos deveres dos súditos, cujo maior referencial teórico é Hans Kelsen, está em declínio.

O sistema jurídico deste século XXI revela-se aberto à cooperação internacional e regional, ao diálogo entre cortes e entre o direito e outros saberes. Trata-se de um sistema multinível, tendo como característica central a difusão mútua e recíproca de parâmetros protetivos, a permitir a aplicação de standards internacionais na análise de questões nacionais. O hermetismo jurídico de um direito purificado do modelo anterior dá lugar ao diálogo entre as ordens global, regional e doméstica. Os sistemas global e regional se somam, portanto, à ordem jurídica nacional primando pela efetividade dos direitos humanos, à luz do princípio *pro persona*, numa leitura holística e cosmopolita do fenômeno jurídico (PIOVESAN, 2017).

Para assimilar tal cambio cultural é preciso uma abertura de espírito, comprometida em captar esse novo mundo jurídico, agora radicado no *human rights based approach*⁵⁴. De nada adianta cláusula de abertura constitucional/bloco de constitucionalidade em mentes cerradas. É preciso evoluir e olhar para essa multiplicidade de recursos à disposição do mundo do direito. É imperioso reconhecer que as políticas nacionais estão condicionadas por tratados internacionais e pela jurisprudência do sistema regional em temas de direitos humanos.

É precisamente nesse contexto que a educação se afigura como a única plataforma emancipatória de nosso tempo a permitir a transformação social, tão necessária à consecução de uma cultura de paz e respeito aos direitos humanos.

Ademais da função repressiva, anteriormente mencionada, destinada à reparação das violações já ocorridas, a gramática dos direitos humanos possui outra grande frente de atuação, com atividades desenvolvidas no chamado campo preventivo, cuja finalidade é coibir a ocorrência de violações. É justamente nesse contexto cautelar e promocional que a educação em direitos humanos adquire um papel crucial, capaz de consolidar esse novo paradigma jurídico.

Ao desenvolver a promoção dos direitos humanos por meio de atividades de educação, capacitação e difusão de informações, adquire-se os conhecimentos necessários para se defender e aplicar os direitos humanos na prática, contribuindo, ao final, para a criação de uma cultura universal de respeito desses direitos.⁵⁵ Trata-se, portanto, de um valioso instrumento

⁵⁴ Trata-se de um conceito estrutural no processo de desenvolvimento humano que é fundamentado nos parâmetros protetivos de direitos humanos. Esse pensar reflete práticas de promoção e proteção dos direitos humanos, e objetiva, ainda, fornecer uma resposta às vítimas que tiveram seus direitos humanos violados, compensando os danos causados e responsabilizando os violadores.

⁵⁵ UNESCO. Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. Disponível em: <https://>

que permite transformar a esfera de garantia de direitos dos indivíduos e contribui para o fortalecimento das instituições democráticas, na busca pela manutenção de uma cultura de paz.

Como reiteram Flávia Piovesan e Melina Fachin (2017, p. 23), a educação tem um potencial emancipador, libertando os indivíduos dos velhos poderes e consolidando espaços de luta pela dignidade concreta, quando o saber porta a temática dos direitos humanos, que se potencializa pelo conteúdo de empoderamento que carrega.

A educação em direitos humanos promove “o desenvolvimento da personalidade humana e o senso de dignidade, permitindo as pessoas participarem efetivamente de uma sociedade livre, justa e democrática” (FACHIN; PIOVESAN, 2017, p. 27), bem como “é a condição essencial para o exercício desses direitos, da democracia e do desenvolvimento, vocacionado à liberdade e à expansão das potencialidades humanas” (FACHIN; PIOVESAN, 2017, p. 27).

Segundo o art.1º da Declaração das Nações Unidas sobre Educação e Formação em Direitos Humanos, a educação em direitos humanos passa a ser um direito de todos, *in verbis*: “*Chacun a le droit de détenir, de rechercher et de recevoir des informations sur l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales et doit avoir accès à l'éducation et à la formation aux droits de l'homme*”⁵⁶.

Atualmente, a educação em direitos humanos se faz absolutamente necessária no contexto brasileiro, em particular diante da urgência em combater o retrocesso e avançar em práticas e estratégias que busquem a plena efetivação desses direitos e o fortalecimento das instituições democráticas, sobretudo no contexto pandêmico causado pelo novo coronavírus. Torna-se indispensável a apreensão dos parâmetros protetivos internacionais e a utilização da jurisdição convencional na pavimentação da cultura de paz que se quer estabelecer mundialmente.

Com efeito, é preciso associar a garantia de direitos a políticas públicas que busquem efetivá-los. O papel das políticas públicas é primordial na garantia de direitos e na promoção de justiça e igualdade. Daí a importância dos gestores públicos adotarem o *human rights based approach*, assim como a sociedade conhecer e lançar mão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, seja no nível local, regional ou internacional.

Comprometida com essa missão dentro do Poder Judiciário, é a recente iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), de criar tanto a Escola Judicial do Paraná – objeto de homenagem desta obra – quanto o Observatório

unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000217350_por. Acesso em: 18 jun. 2019.

⁵⁶ “Todas as pessoas têm o direito a deter, procurar e receber informações sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e devem ter acesso à educação e formação em matéria de direitos humanos”. (tradução livre) in: Resolução 16/137, Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/05/PDF/N1146705.pdf?OpenElement>. Acesso em: 6 jul. 2019.

Interinstitucional de Direitos Humanos, cujo objetivo é certamente mudar o cenário paranaense no que diz respeito à educação em direitos humanos.

No que concerne especificamente ao Observatório de Direitos Humanos, a Resolução n.º 287/2021, aprovada pelo Órgão Especial da Corte, estabelece, dentre outras atribuições: a promoção da articulação do TJPR com instituições nacionais e internacionais de direitos humanos, visando ao intercâmbio de informações, dados, documentos ou experiências; a elaboração de estudos e pareceres sobre demandas que envolvam questões estratégicas de direitos humanos; a proposição de celebração de acordos de cooperação, e a promoção de seminários, audiências públicas e outros eventos de direitos humanos.

A proposta não só se alinha com os macrodesafios do Poder Judiciário para o período 2021-2026, definidos pelo Conselho Nacional de Justiça, como também tem o objetivo de implementar a Agenda 2030 das Nações Unidas, por meio do Objeto do Desenvolvimento Sustentável n.º 16, em especial, as submetas 16.3 (“Fortalecer o Estado de Direito e garantir a igualdade de acesso à justiça a todos, especialmente aos que se encontram em situação de vulnerabilidade”) e 16.a (“Fortalecer as instituições relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência, do crime e da violação dos direitos humanos”).

Acredita-se que a iniciativa do TJPR reforça o potencial transformador da educação em direitos humanos e implementa uma perspectiva de mudança cultural dentro do Poder Judiciário paranaense, ao fomentar a utilização dos parâmetros internacionais e regionais de proteção, o que contribui, em última análise, para a erradicação das violações de direitos humanos.

De outro lado, busca desvencilhar-se da sua obrigação de proteção dos direitos humanos, monitorando a aplicação da política de efetivação desses direitos dentro da instituição e na comunidade sob sua jurisdição. Por fim, proporciona maior acesso aos mecanismos judiciais de reparação, aproximando a Justiça paranaense dos seus jurisdicionados.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou enfrentar duas grandes questões vivenciadas pelo mundo jurídico nesse início de século XXI com relação à temática dos direitos no plano doméstico: a falta de formação dos agentes estatais sobre a arquitetura protetiva dos direitos humanos e, como consequência, a lenta implementação do controle de convencionalidade pelo Judiciário brasileiro.

Muito embora o controle de convencionalidade já tenha sido reconhecido pela Suprema Corte brasileira há quase uma década e meia, persiste um certo desconhecimento na comunidade jurídica a respeito da sua funcionalidade e operacionalidade. Bem verdade que parte desse problema decorre do fato de o próprio STF ter reconhecido que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos têm status hierárquico supralegal, mas infraconstitucional, ignorando o próprio texto e a racionalidade adotada pela Constituição.

De outro lado, há a baixa tradição de respeito aos direitos humanos e a vigência de um paradigma jurídico que compreende o direito como uma ciência jurídica fechada, estritamente normativa e autorreferencial, a afastar os chamados elementos impuros do direito.

Nesse contexto, a efetiva realização dos diálogos judiciais entre cortes, em especial entre as cortes estrangeiras, no emprego do direito comparado, e as internacionais, na adoção de parâmetros de proteção de direitos humanos, enfrenta naturalmente certos desafios.

Visando responder tal problemática, sugeriu-se no presente artigo a utilização, como ferramenta de cambio jurídico e social, a educação em direitos humanos. Vocacionada à transformação social e à pavimentação de uma verdadeira sociedade livre, justa e igualitária, a educação em direitos humanos fortalece a tríade Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos, promovendo a cultura de paz.

Nesse caminhar, a iniciativa do TJPR, com a criação tanto da Escola Judicial como do Observatório Interinstitucional de Direitos Humanos, dialoga com essa necessária transformação da sociedade e do mundo jurídico, ao proporcionar meios de capacitação, como objetivo primordial de promover os direitos humanos e aproximar do jurisdicionado os meios de reparação de eventuais violações desses direitos.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CUNHA, José Ricardo. Direitos Humanos Globais e Poder Judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 13, n. 2, jul - dez 2008, p. 133 - 176.
- FACHIN, Melina; PIOVESAN, Flávia. Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 19 n. 117. Brasília, Fev./Maio 2017.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano. In: *Controle de Convencionalidade*. Coord.: DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira, DA CRUZ, Fabrício Bittencourt, JARDIM Tarciso Dal Maso. Brasília: CNJ, 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 16/137, de 21 de janeiro de 2010. Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos. Disponível em: <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/05/PDF/N1146705.pdf?OpenElement>. Acesso em: 6 jul. 2019.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Diálogos entre Cortes e a experiência do controle de convencionalidade na América Latina e Europa. In: *Seminário Internacional Diálogos entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos*. ENFAM, 2017, Brasília.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- UNESCO. Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000217350_por. Acesso em: 18 jun. 2019.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COMO INSTRUMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E PACIFICAÇÃO SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE PRINCIPLE OF COOPERATION AS AN ESSENTIAL INSTRUMENT FOR EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE AND SOCIAL PACIFICATION IN PANDEMIC TIMES

Jorge Guilherme Pacheco⁵⁷

INTRODUÇÃO

O artigo busca trazer uma reflexão sobre o efetivo acesso à justiça e pacificação social em tempos de pandemia.

Para isso, necessária a abordagem dos temas relativos ao princípio da cooperação, acesso à justiça e democracia, que em conjunto conseguem demonstrar que há possibilidade de se obter uma pacificação social em tempos de pandemia sob o prisma judicial.

O princípio da cooperação está presente no ordenamento jurídico brasileiro há longínquo tempo de forma implícita, contudo, com o advento do Código de Processo Civil, tal princípio passa a fazer parte do ordenamento jurídico de forma expressa, explícita e literal.

Desse modo, necessária a análise da evolução desse princípio, havendo a abordagem das características nodais relativas ao seu entendimento e aplicabilidade efetiva.

Assim, haverá a descrição do surgimento do princípio da cooperação e a sua evolução histórica, sempre devendo ressaltar que a historicidade *per se* deve ser respeitada em cada momento histórico oportuno, sendo impossível a assimilação *ipsis litteris* do objeto descrito no escorço histórico com o presente hodiernamente, assim, guardadas e respeitadas as particularidades e especificidades do princípio é que se poderá extrair o seu deslinde histórico e conseqüentemente o seu surgimento, conceituação e terminologia.

Será realizada a abordagem das características dominantes que formam o princípio da cooperação, analisando-se especificamente os princípios do devido processo legal, contraditório e da boa-fé, sendo que o princípio da cooperação é um decorrente lógico desses princípios, ou seja, a formação do princípio da cooperação possui a base fulcral inserta nos demais princípios insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que o seu nascimento é proveniente de normas e preceitos fundamentais, presentes na Constituição Federal, bem como no ordenamento de forma disseminada, carregando sua carga democrática.

⁵⁷ Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Advogado, escritor e pesquisador. E-mail: pacheco_jg@hotmail.com.

Além disso, haverá a abordagem sobre o acesso à justiça oportunizado pelo princípio da cooperação visto sob o seu prisma democrático e fundamental, que confere uma colaboração de todos os envolvidos no trâmite processual e/ou judicial para que se obtenha um bem comum final de acesso à justiça e consequentemente de pacificação social, como corolários da efetiva democracia.

Desse modo, existe a extrema importância de demonstrar a real necessidade de aplicação efetiva do princípio de cooperação, com o escopo de obter um verdadeiro acesso à justiça hábil de conferir uma pacificação social e asseguarção de direitos no momento pandêmico.

Portanto, considerando o contexto hodierno, vislumbra-se a extrema necessidade de se refletir sobre o tema, havendo a busca incansável de que cada vez mais haja o aperfeiçoamento e a efetividade real da popularmente denomina justiça, como corolário democrático.

1 COOPERAÇÃO

No hodierno momento em que se encontra a sociedade mundial, dada a pandemia, é verdade que a cooperação deve ser sobreposta em todas as situações, englobando o direito, justiça e relações sociais, inclusive.

Cooperar sempre foi relevante para vivência em sociedade, mas dado o atual cenário, tornou-se um preceito imprescindível.

O termo cooperação, via de regra, possui significado semelhante independentemente do meio em que é utilizado, todavia, no âmbito jurídico há especificidades que devem ser analisadas para um real entendimento.

Fato é que a cooperação sempre foi necessária, mas com o atual cenário existente, ela se mostra cada dia mais em voga.

1.1 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A cooperação deve ser entendida como um requisito básico e essencial para o acesso à justiça, principalmente no atual momento pandêmico.

Necessária à apresentação de um breve contexto histórico do princípio da cooperação, bem como a definição do seu conceito, tendo em vista facilitar a compreensão e explicação, almejando a efetividade sobre o tema.

Cumprir ressaltar que quanto ao item relativo ao contexto histórico correspondente, deve haver o respeito ao momento histórico respectivo, sendo certo que a história deve ser analisada sob o aspecto determinante do período, contexto social, econômico e político no qual está inserido, restando crível que o constante na história via de regra não é *ipsis litteris* o arraigado hodiernamente.

O princípio da cooperação teve origem na Alemanha, sendo inserido no Brasil por José Carlos Barbosa Moreira, há mais de 40 anos, com a primordial ideia da divisão do trabalho das partes e do juiz (TALAMINI, 2015).

Em uma primeira aparição o princípio da cooperação se traduzia pela divisão do trabalho entre os sujeitos processuais, de modo específico entre as

partes e o juiz, ou seja, um auxílio entre as partes e o juiz no que concerne ao trabalho processual, limitando-se tão somente a esfera de divisão do trabalho.

Posteriormente, Ada Pellegrini Grinover (apud MITIDIERO, 2015. p. 101). apresenta a ideia de um processo participativo, o qual é consequência do contraditório processual eficaz.

Aqui surge um novo aspecto inerente ao princípio da cooperação, qual seja, a participação efetiva das partes no processo, a qual é conferida pela aplicação efetiva do contraditório, ou seja, é possibilitada uma atuação efetiva no processo, sendo, conseqüentemente, um processo participativo.

Assim, é evidente que *prima facie* o princípio da cooperação se traduz pela possibilidade de uma participação efetiva no processo garantida pelo contraditório, bem como pela possibilidade de divisão do trabalho entre as partes e o juiz.

Alvaro de Oliveira (apud MITIDIERO, 2015, p. 101) inseriu o tema no ordenamento jurídico brasileiro, pautando-se no efetivo contraditório, possibilitando uma visão cooperativa do processo.

No mesmo sentido, Lúcio Grassi de Gouveia teorizou o princípio da cooperação insculpindo os deveres cooperativos, os quais foram sistematizados por Miguel Teixeira de Sousa (MITIDIERO, 2015. p. 102).

Nesse momento surge uma nova ideia ao princípio da cooperação, tendo em vista a existência da denominação dever, ou seja, há um dever de cooperação no processo, em busca de um bem maior, portanto não se trata de um direito ou faculdade, mas um dever que deve ser observado, respeitado e acima de tudo cumprido com efetividade.

Além disso, o princípio da cooperação mesmo que de modo implícito foi reforçado na Constituição Federal de 1988, sendo reconhecido no devido processo legal, sob a égide de um amplo e efetivo contraditório (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 131).

Aqui, não pode ser esquecida a boa-fé, ou seja, um dos pilares do processo como um todo, o qual de igual forma, mesmo que de maneira implícita se encontra arraigado no dever *per si*.

No Brasil, hodiernamente, o princípio está insculpido literalmente no Código de Processo Civil, especialmente no artigo 6º, trazendo uma nova sistemática para o processo como um todo, em especial, no que se refere aos sujeitos processuais.

In casu, o Código de Processo Civil atribui uma grande ênfase para os princípios e garantias constitucionais e fundamentais, de modo que nesse viés é inserto o princípio da cooperação no processo (TALAMINI, 2015).

Isso é evidente quando se observa que o princípio da cooperação ocupa um lugar privilegiado no ordenamento jurídico, em especial no tocante ao Código de Processo Civil, estando inserto no Capítulo I, denominado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”.

Pode-se dizer que o princípio da cooperação traz uma nova sistemática de processo na civilização ocidental, com influência Iluminista, qual seja, o modelo cooperativo (DIDIER JR, 2015, p. 120).

Evidente que o princípio da cooperação busca trazer uma nova sistemática de processo, qual seja, um processo participativo e efetivo, no qual os sujeitos processuais como um todo tenham voz e vez, sendo que de forma conjunta e ordenada possibilitem o efetivo trâmite processual com o almejo de um bem comum final único, qual seja, a efetiva prestação jurisdicional, tudo isso possibilitado pelo princípio da cooperação, referendado pelo devido processo legal, por um efetivo contraditório e observância a boa-fé.

Ressalte-se que o princípio da cooperação também é denominado como princípio da colaboração por parte da doutrina:

A colaboração é um modelo que se estrutura a partir de pressupostos culturais que podem ser enfocados pelo ângulo social, lógico e ético. Do ponto de vista social, o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo. Nessa quadra, assim como a sociedade pode ser compreendida como um empreendimento de cooperação entre os seus membros visando à obtenção de proveito mútuo, também o Estado deixa de ter um papel de pura abstenção e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais. Do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do caráter problemático do direito, reabilitando-se a sua feição argumentativa. Passa-se da lógica apodítica à lógica dialética. Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 495 – 496).

Assim, muito embora haja a denominação diversa entre os conceitos, quais sejam, cooperação e colaboração, é fato que se tratam da mesma coisa, qual seja, a cooperação, tendo em vista a conjunção do escopo de ambas as alcunhas, havendo somente a diferenciação na terminologia adotada por cada autor. Nesse artigo, tendo em vista o respeito, observância e cumprimento ao disposto pelo legislador no artigo 6º do Código de Processo Civil, o qual descreve cooperar, será respeitada a essência do *Códex*, sendo utilizada a nomenclatura cooperação.

Com o advento do Código de Processo Civil, entende-se que hodiernamente no Brasil, vigora o modelo cooperativo de processo (DIDIER JR, 2015, p. 120), ou seja, um processo que possui como balizas fulcrais a participação efetiva dos sujeitos processuais em busca da eficaz prestação jurisdicional, primada pelo princípio da cooperação, em observância ao devido processo legal, ao efetivo e

eskorreito contraditório, bem como em observância a boa-fé, possibilitando que haja uma efetiva participação dos sujeitos processuais no processo.

Portanto pode-se dizer que o processo cooperativo superou os modelos isonômico e assimétrico, tendo em vista o modo que é constituído (MITIDIERO, 2015, p. 53), ou seja, o processo cooperativo trouxe uma nova roupagem aos trâmites anteriormente adotados, passando a primar pela participação efetiva em busca de um bem comum, qual seja, a efetiva prestação jurisdicional e consequentemente um real acesso à justiça.

Ainda, no mesmo sentido, pode-se dizer que houve a superação dos modelos inquisitorial e adversarial, ou, inquisitivo e dispositivo (DIDIER JR, 2015, p. 120), tendo em vista que o processo cooperativo possibilita a paridade entre as partes integrantes e insertas no processo, possibilitando um papel determinante para cada qual, guardada e respeitada a especificidade de cada função *per si*, tendo em vista a observância do devido processo legal arraigado no efetivo e real contraditório com observância a boa-fé, ou seja, o processo passa a ser construído de forma equânime pelos sujeitos insertos na relação com o almejo a efetiva prestação jurisdicional.

Nesse sentido leciona Humberto Theodoro Negrão Junior (BONNA, 2014, p. 131):

O novo CPC brasileiro esposa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo, reforçando, assim, o papel das partes na formação da decisão judicial.

Desse modo, é evidente que, por intermédio do processo cooperativo, com observância ao devido processo legal, pautado no princípio do contraditório e da boa-fé, confere-se aos sujeitos processuais a possibilidade efetiva de conjuntamente influírem na decisão judicial, possibilitando uma nova roupagem ao processo, qual seja, a de um processo democrático que possibilita a efetiva participação dos sujeitos processuais insertos na relação.

A democracia deliberativa é baseada nos ensinamentos de Habermas, a qual confere um *upgrade* nos *status* dos cidadãos, possibilitando uma efetiva participação dos cidadãos nas decisões estatais (HABÉRMAS apud THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 132), ou seja, há possibilidade real de que o sujeito detenha o poder de influir na formação da prestação jurisdicional, guardada a sua particularidade e *status* que ocupa, concedendo uma eficaz participação.

No mesmo sentido, leciona Daniel Mitidiero (MITIDIERO, 2015, p. 47):

Ademais, a democracia participativa, tida mesma como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere

a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto do poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor da participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo a fim de que este se constitua firmemente como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais (arts. 1.º, 7.º, 9.º e 10 do CPC/2015).

Com base no princípio da cooperação há inserção da democracia no âmbito do processo, havendo a possibilidade de que todos os sujeitos processuais auxiliem e buscam conjuntamente o escoamento do processo e a efetiva prestação jurisdicional, possibilitando uma atuação democrática na seara processual em busca de um bem comum final.

Consequentemente, o princípio da cooperação se mostra presente no *Códex* de forma disseminada, tendo em vista ser uma das normas fundamentais do Processo Civil hodierno, com o escopo de que todos os sujeitos processuais cumpram o dever de cooperar entre si para obtenção de uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 130), aqui necessário esmiuçar o tema no ponto relativo a prestação judicial *per se*, sendo que nesse caso há possibilidade de ser entendida como uma efetiva prestação jurisdicional, a qual possui mais elementos que tão somente uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável, ou seja, a efetiva prestação jurisdicional vai muito além da simples decisão de mérito, justa, efetiva e em tempo razoável, ela se configura pelo real acesso à justiça.

Resta crível que o princípio é observado com fulcro na democracia e nas normas constitucionais pela existência de um devido processo legal pautado no efetivo e real contraditório e com observância a boa-fé, conferindo a possibilidade de que os sujeitos processuais atuem de forma equânime no processo, guardada a particularidade e a função de cada qual, com o escopo de se obter uma eficaz prestação jurisdicional.

A participação é a situação *sine qua non* para uma efetiva e eficaz prestação jurisdicional, sendo que somente pela participação é que se pode obter uma decisão justa, equânime e eficaz, que pautada no devido processo legal, no efetivo e real contraditório, bem como na boa-fé, possibilita uma construção correta e em cumprimento aos preceitos basilares e essenciais do estado democrático de direito e da Constituição Federal.

Nesse sentido, lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 487):

Um procedimento que não permite a efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização dos seus fins. Na verdade, um procedimento incapaz de atender o direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos

da decisão está longe de espelhar a ideia de democracia, pressuposto indispensável para legitimidade do poder.

Portanto, é evidente que o processo cooperativo é extremamente necessário para garantir a participação efetiva de todos os sujeitos processuais na efetiva e eficaz prestação jurisdicional, guardada, observada e respeitada a atuação de cada qual, com o escopo de oferecer um *status* democrático a prestação jurisdicional, ante a participação abalizada em um devido processo legal arraigado pelo efetivo e real contraditório e pela boa-fé.

Necessário asseverar que com a externalidade expressa desse novo princípio, o processo passa a ser não somente do juiz ou das partes, aqui, necessário o ressaltado de que não deve haver limitação da cooperação especificamente quanto às partes e o juiz, mas deve haver a extensão da cooperação a todos os sujeitos que de alguma forma participam do processo, pois, de igual forma, auxiliam e fomentam a efetiva prestação jurisdicional, sendo certo destacar que o legislador deixou expressamente constante no artigo 6º do Código de Processo Civil a expressão todos os sujeitos processuais de forma ampla e não taxativa, não havendo limitação a alguns sujeitos de forma específica e taxativa.

No mesmo sentido, leciona Eduardo Talamini (2015):

Trata-se de reconhecer que – em que pesem as posições antagônicas, contrapostas, das partes; em que pese a distinção entre a posição do juiz (autoridade estatal) e das partes (jurisdicionados, sujeitos àquela autoridade) – todos os sujeitos do processo estão inseridos dentro de uma mesma relação jurídica (ou de um complexo de relações) e devem colaborar entre si para que essa relação, que é dinâmica, desenvolva-se razoavelmente até a meta para a qual ela é preordenada (a resposta jurisdicional final).

Desse modo, é crível que os sujeitos processuais possuem suas posições determinadas no processo, tendo cada qual sua função específica, havendo a extração de que cada sujeito processual deve atuar nos limites de sua competência, ou seja, realizando o trabalho inerente a sua função e acima de tudo respeitando a posição dos demais sujeitos insertos na relação processual, sendo certo que deve haver observância ao respeito e a colaboração no trâmite procedimental, sempre com o fito de obtenção do objeto fim, qual seja, a prestação jurisdicional eficaz e efetiva, como corolário de acesso à justiça.

Deve-se observar que o objetivo fim da relação processual é o efetivo acesso à justiça, independentemente de qual seja o resultado.

O âmagô é que se possibilite um real e efetivo acesso à justiça com a eficaz prestação jurisdicional.

Em outra senda, pode-se afirmar que o processo cooperativo se trata de um modelo constitucional de processo, sob uma égide participativa

e policêntrica, na busca em conjunto para um único bem comum final (CÂMARA, 2015, p. 9), ou seja, o processo se apresenta como um instrumento de participação dos sujeitos processuais com o escopo de obtenção de um único bem comum, pautado nos elementos de um devido processo legal arraigado no contraditório efetivo e de boa-fé, guardado o seu âmago democrático.

Particularmente inclino ao entendimento de que o processo cooperativo, eivado pela observância, aplicabilidade e cumprimento do princípio da cooperação inserto explicitamente no artigo 6º do Código de Processo Civil e presente implicitamente em todo o ordenamento jurídico pátrio, por ser um decorrente lógico do devido processo legal, contraditório e boa-fé, não se limita tão somente a entrega de uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável, mas se apresenta pela entrega de uma efetiva, eficaz e real prestação jurisdicional, a qual, muitas das vezes sequer se configura como uma decisão de mérito, podendo deter diversos contornos, sendo certo que a efetiva, eficaz e real prestação jurisdicional vai muito além de uma simples decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável, mas se configura com um real acesso à justiça.

Destarte, o princípio da cooperação busca aproximar todos os sujeitos participantes do processo, possibilitando a efetiva participação, com base nos fundamentos do Estado democrático de direito e da Constituição Federal, de modo especial pelo devido processo legal, efetivo contraditório e boa-fé, tendo como escopo fulcral um único bem comum, qual seja, a real, efetiva e eficaz prestação jurisdicional, com um real acesso à justiça, tudo isso como corolário da democracia.

2 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é o direito humano fundamental basilar de qualquer Estado democrático de direito.

Nesse sentido, “o acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12), ou seja, para que se possa falar em um Estado democrático de direito, bem como na observância, defesa e cumprimento dos direitos humanos fundamentais há necessidade de que seja possibilitado um real e efetivo acesso à justiça, sendo que somente por intermédio do acesso à justiça igualitário e efetivo é que se pode falar em observância, defesa e garantias de direitos que por via de consequência formam o Estado democrático de direito.

Deve ficar claro que o acesso à justiça não significa conferir o bem da vida almejado ou ao contrário, mas possibilitar que o indivíduo possa ter seu pleito escutado e processado pelo Estado, ou seja, dar voz ao cidadão, possibilitando que haja uma análise ao seu clamor.

Em outras palavras, o acesso à justiça não significa dizer sim e aceitar o pedido do apresentante, mas possibilitar que esse pleito seja apresentado e tratado com dignidade.

É certo que o sistema jurídico brasileiro merece uma reforma integral com o escopo de fornecer uma efetiva prestação jurisdicional de forma igualitária e equânime, sendo certo que somente assim é que se poderá falar em um efetivo acesso à justiça e perfectibilização da democracia.

Novamente é importante destacar que a efetiva prestação jurisdicional não diz respeito ao êxito de determinado sujeito no processo, mas que seja oportunizada a possibilidade de os sujeitos obterem uma prestação jurisdicional descente, zelosa, eficiente, ágil, proporcional, cooperativa e atenciosa, tendo dessa forma uma efetiva prestação jurisdicional para todos os sujeitos envolvidos no processo.

É evidente que para configuração efetiva de um real acesso à justiça há necessidade da cooperação entre todos.

Em tempos considerados normais isso já é uma situação *sine qua non*, imagine no momento tão delicado de uma pandemia.

É verdade que nunca antes se fez tão necessária uma cooperação em larga escala e o acesso à justiça certo, tendo em vista as inúmeras dificuldades que toda a sociedade vivencia, não poupando ninguém.

Desde simples pessoas às grandes empresas, todos sofrem com os efeitos do momento pandêmico, não há remédio eficaz e hábil de solucionar o grande problema que se instalou.

A popularmente denominada justiça, em muito se configura como última alternativa para se obter uma solução aos problemas apresentados, mas sem garantir êxito e sucesso.

A justiça como popularmente chamada, é o único instrumento hábil de conferir uma pacificação e tranquilidade social, mesmo quando não entrega o bem da vida almejado por determinados supliciadores de direitos.

Mesmo contrariada, a sociedade acaba por cumprir a determinação judicial, por saber que se houve decisão, deve ser respeitado, mesmo que guardem em si um sentimento de não aceitação.

Tem aplicabilidade a velha máxima, não há necessidade de aceitar e gostar, mas há obrigação de cumprir.

Por esse motivo a tutela jurisdicional, vulgarmente chamada aos quatro ventos de justiça, deve sempre estar e se fazer presente frente à sociedade, tendo em vista que é o instrumento hábil para fazer com que haja uma pacificação social.

Pensar que em um momento inimaginável e difícil como uma pandemia poderia de quebra desestabilizar os organismos judiciários, seria o mesmo que atestar um caos desordenado que se instalaria em todos os âmbitos possíveis.

Assim, foi crucial que os organismos judiciais se impusessem frente ao imbróglgio que circundava e continua a cercar toda a sociedade mundial.

Principalmente em uma democracia, é extremamente necessário que os organismos de justiça funcionem a contento, em especial, nos momentos de maior tensão e dificuldade.

Engraçado é que os próprios organismos judiciários também enfrentaram e continuam enfrentando problemas e adversidades para fazer e corporificar o acesso à justiça. Foram inúmeras as modificações que aconteceram no âmbito judicial, do dia para noite tudo teve que ser adaptado, testado e experimentado, buscando imprimir uma efetividade para aqueles que tanto necessitam que o trâmite judicial não seja paralisado.

O jeito foi trabalhar com aquilo que se tinha nas mãos, com os escassos recursos de sempre, mas com a vontade de fazer tudo funcionar.

Para conseguir amenizar os efeitos da pandemia o corpo judiciário como um todo, entre eles, mas não limitados, os servidores, magistrados, estagiários, advogados, promotores, autoridades policiais, forças de segurança, entre outros, reuniram esforços e força de vontade para juntos, em cooperação seguir em frente com a primordial vontade de fazer existir um acesso à justiça.

A cooperação saltou do texto frio da lei e se corporificou em ações e atitudes sociais concretas, se fez presente na vida das pessoas.

A cooperação se imprimiu na vida real e ficará gravada na história.

Independentemente das aspirações, vontades e almejos individuais, todos se uniram a um bem comum buscando não deixar cessar o acesso à justiça, mantendo hígida a democracia.

A jurisdição se fez presente nas salas das casas, nos carros, cozinhas, por chamadas de vídeo, chamadas de voz, mensagens de texto em aplicativos de conversas e de muitas outras formas, possibilitando a simplificação da burocracia muitas vezes exacerbada.

A vulgarmente denominada justiça chegou efetivamente em lugares que nunca imaginou que iria chegar, literalmente.

Se não houvesse a cooperação de todos os sujeitos processuais, aqui digo todos em larga escala, sem exceções, não teria sido oportunizada a concretização do acesso à justiça em um momento tão difícil e delicado da humanidade.

É verdade que tudo ficou e fica muito longe da perfeição, mas não há necessidade de ser perfeito, o almejo, a aspiração e a força de vontade fazem da imperfeição algo sublime.

Em meio a tantos problemas, adversidades e barreiras, à justiça conseguiu se fazer presente nos lares de pessoas simples e sofisticadas, conseguiu chegar onde sequer imaginou um dia que alcançaria, rompeu barreiras, preconceitos, dúvidas e medo.

Falo aqui no alcance da justiça como instituição, corporificada pelos organismos judiciários, sendo certo que a justiça em sua essência sempre chegou a todos os rincões e continuará chegando, tendo em vista que não possui barreiras.

A cooperação se fez presente dentro do trâmite judicial, com as adaptações e invenções necessárias que nunca poderia se imaginar que constasse no texto legal, mas foi além, se fez presente na vida real.

É verdade e merece destaque que muito ainda tem que ser aperfeiçoado e melhorado, tudo poderia ser ainda melhor, mas esta melhora

não depende daqueles que fizeram o seu melhor durante esse período crítico com os poucos recursos que detinham.

A continuidade dos trabalhos dos organismos judiciários, mesmo com as adversidades e modificações existentes serviram para demonstrar a seriedade do sistema, trazendo uma tranquilidade para população como um todo, de que a última alternativa, para no caso de tudo dar errado, continua com as portas abertas, trabalhando de uma forma mais especial, em conjunto com todos os envolvidos, primando para que o acesso à justiça e a democracia se façam sempre presentes, e, em contrapartida, que a sociedade fique tranquila de que continuará podendo bater às portas dos organismos judiciários independentemente do que aconteça.

A verdade é que se não houvesse uma cooperação efetiva e eficaz, nada disso teria acontecido, os organismos judiciais teriam parado, a justiça seria freada e muito do que foi construído durante muito tempo na história teria sido perdido, causando um verdadeiro caos em toda sociedade.

Todos entenderam o recado, desde os operadores do direito em larga escala até a sociedade de forma ampla, de que a união e a cooperação em conjunto seriam o único caminho para não deixar ninguém sem seu direito fundamental de bater nas portas da tão vigorosa chamada justiça.

CONCLUSÃO

O artigo buscou trazer uma reflexão sobre o efetivo acesso à justiça em tempos de pandemia, possibilitado pela cooperação, mantendo viva a democracia e a tranquilidade social.

Para isso, houve a abordagem do tema relativo ao princípio da cooperação, trazendo a conclusão e resposta ao proposto no presente.

O princípio da cooperação está presente no ordenamento jurídico brasileiro há longínquo tempo de forma implícita, contudo, com o advento do Código de Processo Civil, tal princípio passou a fazer parte do ordenamento jurídico de forma expressa, explícita e literal.

Desse modo, houve a análise da evolução desse princípio, bem como a abordagem das características nodais relativas ao seu entendimento e aplicabilidade efetiva.

Assim, foi analisado o surgimento do princípio da cooperação e a sua evolução histórica, sempre ressaltando que a historicidade *per si* deve ser respeitada em cada momento histórico oportuno, sendo impossível a assimilação *ipsis litteris* do objeto descrito no escorço histórico com o presente hodiernamente, assim, guardadas e respeitadas as particularidades e especificidades do princípio é que se pode extrair o seu deslinde histórico e consequentemente o seu surgimento, conceituação e terminologia.

Além disso, foi realizada a abordagem das características dominantes que formam o princípio da cooperação, quais sejam, os princípios do devido

processo legal, contraditório e da boa-fé, sendo que o princípio da cooperação se apresenta como um decorrente lógico desses princípios, ou seja, a formação do princípio da cooperação possui a base fulcral inserta nos demais princípios fundamentais insculpidos no ordenamento jurídico pátrio de forma ampla, sendo certo que o seu urgir é proveniente de tais princípios.

Além disso, houve a abordagem sobre o acesso à justiça, com enfoque na questão atinente aos tempos de pandemia, sendo certo que o acesso à justiça só pode ter sido configurado efetivamente pela efetiva cooperação, oportunizando a possibilidade de que haja uma pacificação social e a manutenção da democracia.

Assim, buscou-se abordar a necessidade de uma efetiva aplicação do princípio da cooperação, possibilitando um real e efetivo acesso à justiça, bem como uma fortificação da democracia, sem esquecer na consequente pacificação social.

Portanto, considerando o contexto hodierno da prestação da tutela jurisdicional, vislumbrou-se a extrema necessidade de se refletir sobre o tema, havendo a busca incansável de que cada vez mais haja o aperfeiçoamento e a efetividade real da prestação jurisdicional efetiva no acesso à justiça e como consequência na bastilha da democracia e pacificação social.

Assim, pode haver a conclusão de que a cooperação deve ser situação *sine qua non* para a real, verdadeira, efetiva e eficaz prestação jurisdicional e consequente acesso à justiça, sendo lógico que se não houver observância, respeito e cumprimento ao princípio da cooperação não há que se falar em uma real, verdadeira, efetiva e eficaz prestação jurisdicional e muito menos no acesso à justiça, quiçá na robustez da democracia e pacificação da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BONNA, Alexandre Pereira. Cooperação no processo civil: A paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 85, p. 77, jan./mar. 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- HABĒRMAS, Jüergen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 333-334. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- TALAMINI, Eduardo. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>. Acesso em: 16 jul. 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 131.

CRISE SANITÁRIA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: SALVAGUARDA DA SOCIEDADE E DA DEMOCRACIA

SANITARY CRISIS AND THE ACTION OF THE JUDICIAL POWER: SAFEGUARDING SOCIETY AND DEMOCRACY

Natasha Maryene Guagnini Inácio⁵⁸

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário em seu mister de interpretar o ordenamento jurídico para, alfim, proferir julgamento acerca de caso concreto que lhe é posto, isto é, desempenhar a função judicante, durante o período da crise sanitária decorrente da pandemia do novo coronavírus, impôs barreiras que deveriam ser transpostas para permitir o exercício do direito de ação e da própria garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, insculpida no inciso XXXV da Constituição Federal.

Inúmeras dificuldades surgiram para todos os integrantes do corpo social, ainda que de graus distintos, com efeitos mais graves em determinados sujeitos e não seria diferente em relação aos órgãos e entidades do poder público, de modo que o respeito aos ideais democráticos estabelecidos na Carta da República nunca se fez tão necessário e indispensável.

Nessa toada, o Poder Judiciário deve ser compreendido como fonte de ampliação democrática em face de celeuma inédita, permeada por incontáveis argumentos, oriundos dos mais diversos emissores, fazendo com que os assuntos relativos à crise sanitária sejam dotados de maior conflituosidade e, conseqüentemente, maior probabilidade de judicialização de pautas originariamente políticas, objeto de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Dentro dos limites de atuação do Poder Judiciário relativamente ao controle de políticas públicas, o olhar se volta para a situação calamitosa e insólita, derivada da pandemia, de modo a repensar a atuação daquele, que certamente será cada vez mais acionado para solucionar impasses de maior ou menor complexidade, funcionando, portanto, como vetor para o fortalecimento da democracia, franqueando a todos o direito de serem ouvidos, pois, afinal, não é de balde dizer que todos integram a mesma sociedade.

Para o desenvolvimento deste estudo, lançou-se mão do método indutivo, partindo da hipótese de problemas relacionados à crise sanitária decorrente da pandemia do novo coronavírus para, ao final, aportar no tratamento conferido pela Suprema Corte na temática da saúde pública.

⁵⁸ Pós-graduanda em o novo direito previdenciário pela faculdade Polis Civitas/Esmafe/PR na cidade de Curitiba/PR, Advogada. E-mail: natashamgincio@hotmail.com

Dividiu-se em quatro capítulos, sendo contextualizada a problemática da separação dos poderes no controle judicial matérias de alta carga política, seguindo-se da análise hermenêutica da concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, citando como exemplos, decisões relevantes emanadas por órgãos judiciais de diversos graus, do primeiro grau até a Suprema Corte, para, ao fim e ao cabo, constatar a imprescindibilidade da reafirmação da independência do Poder Judiciário e das garantias de seus membros como instrumento concretizador de direitos estampados na Constituição Federal, contribuindo, em última análise, para o fortalecimento da democracia.

1 A CLÁUSULA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CORRENTE SUBSTANCIALISTA COMO NORTE INTERPRETATIVO PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Remonta ao século XVIII, especificamente em 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França, a ideia de Estado de Direito pautada na imprescindibilidade da separação de poderes aliada a um rol de direitos e garantias fundamentais, forte no artigo 16: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Na evolução histórica, tendo como marco histórico o pós-guerra, com o resgate dos direitos humanos, surge no horizonte o Estado constitucional ou, ainda, Estado Democrático de Direito, tendo como linha mestra a compatibilidade das leis *vis a vis* à Constituição, bem como um catálogo de deveres a cargo dos poderes constituídos. Nesse sentido:

A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição (BARROSO, 2018).

A nova orientação constitucional brasileira, pautada no Estado Democrático de Direito, sofreu influência da corrente filosófica denominada pós-positivismo, com a reaproximação do Direito com a Moral e a Política, superando a ideia de ambientes completamente divorciados uns dos outros, reconhecendo-se a existência de pontos de intersecção com características de complementaridade.

Nesse diapasão, os princípios são alçados à condição de norma jurídica, isto é, dotados de normatividade, a interpretação constitucional lança luzes à concretização dos direitos fundamentais, com a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a conferir efetividade às promessas

constitucionais, instaurando, portanto, uma nova ordem constitucional, conferindo maior protagonismo ao Poder Judiciário.

Ainda, faz-se necessária breve incursão na temática da filosofia política, notadamente a de orientação substancialista em contraposição à de cunho procedimentalista.

Desse modo, as duas correntes têm maneiras distintas de compreender a força normativa da Constituição e a jurisdição constitucional, não se olvidando que uma sociedade democrática alberga os ideais de justiça, igualdade, liberdade, de modo que os substancialistas “manifestam adesão explícita a esses valores” (BARROSO, 2018) e admitem a sindicabilidade das deliberações políticas que desbordem de seu núcleo.

Já os procedimentalistas defendem menor interferência da jurisdição na implementação dos direitos, limitando-se à garantia do cumprimento das regras do jogo político, não devendo extrair, mediante atividade interpretativa, direitos não previstos expressamente pelo constituinte.

No entanto, é imprescindível que a jurisdição no exercício do seu mister, notadamente a jurisdição constitucional, que na hermenêutica do ordenamento jurídico o faça com base nos valores eleitos pelo constituinte tidos por primordiais, com base na força normativa da Constituição, fundamento último de validade da legislação, de modo a garantir que o Estado cumpra seus deveres de atuação, sejam eles negativos – liberdades públicas (direitos em que o Estado tem o dever de abstenção), ou positivos – prestacionais (demandam prestações positivas do Estado).

A ascensão institucional do Poder Judiciário não desacelerou desde o neoconstitucionalismo, período em que, com a reaproximação do Direito com a Moral, bem como uma leitura moral da Constituição, dotada de força normativa, em especial, no atual cenário de crise sanitária em decorrência da pandemia do novo coronavírus, a tendência que se avizinha é que o Judiciário seja instado a se pronunciar sobre inúmeros temas, todos igualmente sensíveis do ponto de vista dos litigantes, e, até mesmo, da sociedade em geral; portanto, é de se ratificar a possibilidade, dentro de certos limites, por óbvio, de decisões judiciais envolvendo a matéria de saúde pública, imbricada com diversas outras de cunho constitucional, sem malferir a cláusula pétrea da separação dos poderes, reafirmando a possibilidade de controle da implementação de políticas públicas contida no precedente veiculado pela medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, número 45 do Supremo Tribunal Federal.

2 LIMITES PARA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior tomou-se como premissa, com fonte na filosofia política, a corrente substancialista, da qual se extrai a conclusão de que é legítima e oportuna a intervenção do Poder Judiciário como agente concretizador dos

valores fundamentais subscritos pelo constituinte originário, guardadas as limitações impostas pela cláusula da separação dos poderes, pautando sua atuação entre a autocontenção e a discricionariedade/ativismo judicial, de modo a conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais.

Na mesma visão, é de se destacar os argumentos lançados por Dworkin no sentido de que a maioria das Constituições contém rol de direitos com alta carga axiológica, devendo, portanto, o intérprete proceder a leitura moral do texto constitucional para depreender-se o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pautado nos princípios morais derivados da justiça, equidade e devido processo legal, isto é, decisões judiciais deverão ser justificadas sob o manto dos argumentos de princípios.

Nesse sentido, “os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que levam à fixação de limites ao poder governante.” (FREITAS; COLOMBO, 2017, p. 321 – 349).

Ademais, “a interpretação moral do texto constitucional deve ser realizada pelos juízes, porque estes decidem com base em argumentos de princípios, aqui entendidos, como um padrão a ser observado em face da exigência de justiça, equidade e devido processo legal.” (FREITAS; COLOMBO, 2017, p. 321 - 349).

Nessa toada, é de se concluir pela possibilidade de controle pelo Poder Judiciário dos atos praticados pelos outros Poderes, tendentes à concretização dos direitos fundamentais, observado o equilíbrio entre a garantia dos direitos fundamentais e a vontade popular, contida no princípio majoritário.

A vedação da análise de questões sensíveis situadas, originariamente, no âmbito da política pelo Poder Judiciário, fundada no argumento democrático, isto é, pelo fato de os juízes não ostentarem mandato eletivo, careceriam de legitimidade democrática para conhecer de pautas políticas, não encontra guarida na teoria de base Dworkiana, a qual estabelece, ao fim e ao cabo, na medida em que, cumprindo a função de guardião de direitos, estará, em última análise, efetivando as condições democráticas, fundadas em premissas de liberdade e igualdade entre seus membros.

Em arremate, confira-se:

(...) a atuação do Judiciário seria legítima se a solução dos casos difíceis fosse com base em argumentos de princípios. O Poder Judiciário estaria legitimado a preencher hiatos regulatórios nos casos difíceis, porém sem recorrer à tese da discricionariedade. (FREITAS; COLOMBO, 2017, p. 321 - 349).

Nesse sentido, haveria equilíbrio entre deferência às decisões emanadas pelos demais Poderes da República e atuação interventiva para, em última análise, garantir o exercício dos direitos fundamentais ou determinar a proteção dos direitos prestacionais de maneira suficiente quando, por exemplo, reconhece a omissão parcial de determinada lei ou ato normativo.

Outrossim, quando é instado a se pronunciar sobre a correção de determinada providência adotada por órgão ou entidade integrante de outro Poder, notadamente do Poder Executivo, o egrégio Supremo Tribunal Federal, de há muito se alinhou à ideia de que, em se tratando de direitos fundamentais, além de observar o mínimo existencial – extraído do texto constitucional que contém, implicitamente, plexo de direitos indispensáveis para garantia de condições mínimas para a vida com dignidade, contidas nos direitos negativos e positivos do Estado – deverá, também, aquele ato, sob pena de caracterizar erro grosseiro, observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, quando veicularem normas de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente.

Portanto, de acordo com a orientação da Suprema Corte brasileira, os agentes públicos ao tempo do exercício do poder normativo relativo aos direitos fundamentais, deverão guiar-se pelas orientações científicas e pelos princípios da precaução – quando os malefícios de determinado agir ou não agir não são, *a priori*, determináveis, e da prevenção – quando são conhecidos, previamente as consequências de determinada conduta, caso assim não procedam estarão sujeitos à responsabilidade pessoal, forte no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Alinhavadas as premissas relevantes para este breve estudo, no próximo capítulo far-se-á análise de decisões judiciais pertinentes à temática da crise sanitária e seus desdobramentos nas relações sociais.

3 PROFUSÃO DE DECISÕES JUDICIAIS COMO FORMA DE GARANTIR O EXERCÍCIO DAS LIBERDADES PÚBLICAS, DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E DE DIREITOS DA COLETIVIDADE EM GERAL

Instaurada a nova ordem constitucional em 1988, com o advento da Constituição Federal no período de reafirmação de premissas democráticas, após seu longo período de ocaso com o regime ditatorial, registrado entre os anos 1964 e 1985, a nova Carta da República envidou esforços para, ao revés da Constituição de 1967, que, até mesmo topograficamente, eram postos, os direitos fundamentais, em segundo plano, valorizar os direitos fundamentais, inserindo-os no segundo título, primeiro capítulo, a partir do artigo 5º e seguintes.

Dentre as garantias fundamentais, é de se destacar, como fundamental para essa investigação, a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, veiculada no inciso XXXV, do artigo 5º, da Carta da República, em que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Alia-se a tal garantia o dever de o juiz solucionar o conflito que lhe é posto – dado o princípio da demanda – sendo-lhe vedado o não pronunciamento pela ausência de norma – *non liquet* – forte nas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º que dispõe “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes

e os princípios gerais de direito”⁵⁹ bem como da previsão contida no artigo 140 do diploma processual civil, “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”⁶⁰

Tomados como premissas, os direitos fundamentais que, agora, são determinantes na conduta de todos os integrantes da sociedade, notadamente, representantes e membros dos poderes constituídos, e a garantia de acesso à justiça nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direito, é de se concluir que ao primeiro sinal de coação já se mostra razoável e possível invocar a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, “os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Outra consideração digna de nota em sua inteireza é a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, viabilizando o controle pelo Poder Judiciário, a quem, incumbirá conferir efetividade aos direitos fundamentais conclamados pelo constituinte, e, em última análise, a própria democracia, isto é, aquilo que em dado momento foram estabelecidos como axiomas essenciais para a sociedade e que devem ser garantidos eficazmente.

Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. Essa preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõem ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Portanto, ao Poder Judiciário é destinada a função de concretizar as aspirações do constituinte, garantindo à sociedade a observância dos direitos e garantias, bem como das demais regras constitucionais inerentes à estrutura dos poderes, atribuições, repartição de competências, e, dentro desse amplo espectro de atuação, será destacado neste breve estudo algumas decisões, sem pretender esgotá-las, até mesmo porque, a cada dia são renovados os apelos de pessoas, naturais ou jurídicas e mesmo por entes governamentais, por intermédio do direito de ação que tem como origem comum o efeito nocivo da pandemia do novo coronavírus.

⁵⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

As demandas são as mais variáveis possíveis, e todas, com a urgência comum em casos desse jaez, sem se olvidar que as demandas ditas ordinárias continuam a tramitar, isto é, apesar de não terem relação direta com a pandemia, igualmente trazem angústias que deverão ser solucionadas para, em última análise, garantir a estabilidade das relações sociais, fazendo cessar o conflito com a autoridade da coisa julgada.

A multicitada pandemia antecipou a revolução da tecnologia e seus avanços no âmbito do Poder Judiciário a nível nacional, a despeito de no Estado do Paraná, tanto a Justiça Estadual quanto a Justiça Federal já utilizavam o meio eletrônico para a tramitação dos processos, o que a pandemia impôs e, mesmo com os desafios de implantação célere dos meios tecnológicos necessários para viabilizar atos por videoconferência, é de se notar que a reação foi positiva, isto é, a despeito da impossibilidade de realização presencial das atividades, o Poder Judiciário superou expectativas, de modo a experimentar um incremento expressivo na produtividade ainda que exercida de forma remota de magistrados e servidores, cumprindo com excelência sua missão constitucional.

Diversos conflitos foram travados relativamente ao limite de atribuições de cada ente federativo, dada a urgência no controle de uma pandemia que se mostrou, e, ainda se mostra, avassaladora, no entanto, o egrégio Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu mister constitucional estabeleceu diretrizes básicas para o enfrentamento da doença, dentre as quais destaca-se a que reconheceu competência concorrente dos entes subnacionais para adotar medidas sanitárias de acordo com as peculiaridades da realidade local ⁶¹, bem como a que obriga que, em se tratando de decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente estas devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas ⁶²

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 27 abr. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6422. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912213>. Acesso em: 27 abr. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6424. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>. Acesso em: 27 abr. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6425. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912219>. Acesso em: 27 abr. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6427. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912434>. Acesso em: 27 abr. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6428. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5913301>. Acesso em 27 abr. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. Disponível em:

Outrossim, destaque-se as decisões que obrigaram a União ao controle de estoque e fornecimento de oxigênio medicinal para os entes da federação desabastecidos, ou na iminência de tamanha tragédia ⁶³, a qual se reapresenta sob nova roupagem, isto é, no momento em que o País vive uma nova onda da pandemia, com um crescente aumento de internações e pacientes que necessitam de sedação e tratamento nas unidades de terapia intensiva, os estoques de medicamentos imprescindíveis à necessária sedação sofrem com baixas quantidades disponíveis, e novamente, a Suprema Corte, com vista à proteção de forma suficiente do direito à saúde, relativamente ao adequado tratamento, requisitou informações ao Ministério da Saúde ⁶⁴, novamente, colmatando lacunas no combate à pandemia, sem malferir a separação dos poderes, mas, ao revés, atua para garantir tratamento digno às pessoas que necessitam de sedação durante o convalescimento, evitando assim a tortura moderna decorrente de planejamento faltoso, isto é, não se pode sequer imaginar no atual estágio de proteção de direitos humanos, que alguém, necessitando de tratamento intensivo permaneça amarrado às macas para suportar a degradante situação de estar intubado em plena consciência.

Na mesma senda, na tentativa de clarificar a ordem de precedência dentro dos grupos prioritários contidos no Plano Nacional de Imunização, a decisão da Suprema Corte em que se determinou ao Governo Federal a divulgação daquela, isto é, dos indivíduos que teriam prioridade dentro do universo grupo prioritário, dada a escassez de vacinas, com base em critérios técnicos e científicos, tal como dito alhures, de modo a possibilitar, em última análise, o controle popular, e também pelos meios de comunicação, relativamente às condutas adotadas pelos gestores no combate à pandemia e na imunização da população, concretizando o princípio da publicidade, de quilate constitucional, sem descurar da Agenda 2030 das Organizações das Nações Unidas, notadamente do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16, Meta 16.6, no qual ficou estabelecido para o Brasil, “ampliar a transparência, a *accountability* e a efetividade das instituições, em todos os níveis” ⁶⁵, de modo a fortalecer, a própria democracia no exercício da jurisdição.

Diversas decisões exaradas pela primeira instância do Poder Judiciário contribuem para aclarar e legitimar a conduta dos gestores, a qual está sujeita ao controle da constitucionalidade e legalidade em face da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional passível de invocação,

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756. Disponível em: <https://bit.ly/3gM0eKb>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3475. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113827>. Acesso em: 27. abr. 2021.

⁶⁵ UNIDAS, Organização das Nações (org.). Agenda 2030: objetivos de desenvolvimento sustentável. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 27 abr. 2021.

pelas pessoas naturais, bem como por legitimados coletivos, quando presente lesão ou ameaça de lesão a direito.

Relativamente a essas decisões, após alteração por intermédio de Nota Técnica 297/2021 do Ministério da Saúde que recomendou a vacinação dos profissionais das forças de segurança e salvamento e forças armadas que, estejam envolvidos nas ações de combate à pandemia, estabelecendo, inclusive, ordem de precedência dentro daqueles indivíduos, surgiram questionamentos acerca da legalidade e constitucionalidade da alteração do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, ao prever a possibilidade de imunização dos agentes de segurança em detrimento dos demais indivíduos constantes noutros grupos prioritários, haja vista determinação de especial proteção ao idoso e à pessoa com deficiência, porquanto essas categorias não foram completamente imunizadas.

Ocorre que, ao contrário do que se alega, a despeito da escassez de vacinas disponíveis, não houve determinação de suspensão de vacinação dos demais grupos prioritários, mas sim antecipação da imunização das forças de segurança diretamente envolvidas no combate à multicitada pandemia, e, assim, portanto, não se dissociou do originalmente disposto no Plano Nacional de Imunização, de modo a tornar a imunização desses grupos concomitante, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

Essa medida de antecipação da vacinação de profissionais das forças de segurança adotada pelos Governos Estaduais foi objeto de questionamento judicial em algumas unidades da federação, como por exemplo, no Estado do Paraná⁶⁶, no Estado do Rio de Janeiro⁶⁷ e, no Estado de Goiás⁶⁸, em que o Ministério Público pugnavam pela interrupção da imunização daqueles profissionais.

No entanto, o argumento comum utilizado pelos magistrados é no sentido de a recomendação feita pelo Ministério da Saúde, com a edição da multicitada nota técnica aliada às alterações realizadas pelos Governadores de Estado, visando à imunização concomitante dos profissionais das forças de segurança e dos demais integrantes dos grupos prioritários não se desviou do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, de modo que não houve flagrante violação à ordem constitucional, tampouco ilegalidade apta a justificar a correção pelo Poder Judiciário, permanecendo

⁶⁶ PARANÁ. Justiça Federal do Paraná. Decisão Interlocutória nº 50049416720214047001. Relator: Juiz Federal Gilson Luiz Inácio. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701618086047846837580460627466&evento=40400079&key=fa73bed3ddc9fb93cad7541758f21d0a0dca99cafae55d7fe75e88a29e030191&hash=05302534d84409dac17cd2fa4ea5bf37. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁶⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Suspensão de Liminar nº 00023989-98.2021.8.19.0000. Diário da Justiça Eletrônico. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-restabelece-prioridade-vacinacao.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁶⁸ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Suspensão de Liminar nº 5167055-30.2021.8.09.0000. Diário da Justiça Eletrônico. Goiás. Disponível em: https://www.tjgo.jus.br/imagens/docs/CCS/suspensao_vacina_militares.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

hígidas as decisões do Poder Executivo local em homenagem ao princípio da separação dos poderes.

Destarte, tais pronunciamentos do Poder Judiciário conferiram segurança jurídica para a atuação do gestor, que, ao assim proceder, não violou preceitos constitucionais e/ou legais, garantindo, em última análise, a própria manutenção da segurança pública, bem jurídico coletivo, de titularidade de todos que integram a sociedade brasileira.

Singela observação se impõe em face das decisões cujos objetos abordam infinitos assuntos do cotidiano das pessoas, naturais e jurídicas, questionamentos que vão desde reajustes em contrato de locação até pedidos de recuperação judicial, perpassando todos os ramos do direito, demonstrando, portanto, a imprescindibilidade do Poder Judiciário, que, ao desenvolver seu mister constitucional, pacifica e estabiliza as relações sociais, sendo urgente a manutenção e reafirmação da máxima de sua independência, a qual, em última análise, funciona como garantia da própria sociedade que tem à sua disposição, pessoas dispostas a encontrar uma solução para as adversidades trazidas pelo desenvolver da vida, quando não amparadas pelos demais Poderes da República, funcionando, portanto, como instrumento democrático ao dar voz àqueles não albergados pelos interesses da maioria.

Em tempo, urge tornar acessível ao maior número de pessoas, em linguagem clara e de fácil compreensão, que o acesso à Justiça é uma garantia de todo indivíduo que integra o corpo social, e que, ao menor sinal de violação, já está franqueada a tutela jurisdicional, bastando invocá-la, perante os órgãos judiciários, desmistificando o processo e a maneira pela qual se exigem os direitos assegurados na Constituição.

4 HORIZONTE DA LITIGIOSIDADE PÓS-PANDEMIA E REAFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS DO PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA E APRIMORAMENTO DA SOCIEDADE

De início, a tão aguardada e alvissareira notícia do fim da pandemia, com a imunização de percentual importante da população não tem data cravada no calendário para acontecer, parecendo relegado às calendas gregas (NOGUEIRA, 2013); no entanto, devemos seguir pautados nas orientações científicas das renomadas organizações nacionais e internacionais para minimizar os efeitos devastadores desta trágica marca na história da nossa sociedade.

Quanto maior a devastação, maior será a litigiosidade que tende a se agravar tanto mais quanto dure a situação calamitosa que aflige toda a sociedade, ainda que com efeitos diferentes, isto é, para alguns os efeitos são mais intensos, enquanto que para outros, mais distantes do centro do problema, são menos impactantes.

Nessa senda, os novos desafios impostos pela pós-modernidade a toda a sociedade, e, especialmente, ao Poder Judiciário, este, como já referido, intérprete máximo do ordenamento jurídico, estão relacionados a novos tipos

de litígios, distintos daqueles puramente individuais, ou seja, surgem litígios coletivos, que demandam uma releitura analítica dos instrumentos processuais disponíveis, para que sobrevenha solução efetiva, sendo insuficiente a classificação albergada pelo estatuto consumerista brasileiro.

A complexidade do tema relativo à saúde pública somada ao elevado grau de conflituosidade, isto é, os interesses são antagônicos e as opiniões multiplicadas, de modo que exsurge a necessidade de um novo enfoque na solução desses litígios coletivos que não se limitem aos efeitos da coisa julgada no processo coletivo.

Assim, é imperioso, ainda que em breve síntese, explanar o conceito de litígio estrutural, partindo-se da premissa do significado de litígio coletivo, entendido como aquele que “envolve uma sociedade” (VITORELLI, 2020), e, por consequência, aquele, é definido, basicamente, como “litígio coletivo decorrente do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera” (VITORELLI, 2020).

Desse modo, é plenamente verificável que a problemática da saúde pública, de há muito judicializada, pode ser considerada como litígio estrutural, no entanto, o tratamento destinado a essas ações propostas visando ao fornecimento de medicamentos, internações em hospitais, importação de medicamentos órfãos, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, para tratamento de doenças raras e ultrarraras, e atualmente, para importação de imunizantes sem autorização da ANVISA, bem como para determinar a análise de determinados imunizantes por essa Agência, é puramente individual, até mesmo quando o objeto é a importação de vacinas, sendo destaque as decisões exaradas pela ___ Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, atualmente, encontram-se suspensas por decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (CONJUR, 2021), resolvendo, temporariamente, o objeto controverso, mas sem adentrar o núcleo do problema relativo à saúde pública e sua estrutura, de modo que, pragmaticamente, não se resolve o conflito definitivamente, pois, se o problema está na forma pela qual a estrutura opera, não será possível que, ainda que munido de ordem do Poder Judiciário para internação em leito hospitalar, se não houver leito disponível, a escolha não será trágica, mas sim catastrófica, isto é, qual providência o gestor deverá adotar? Seria possível estabelecer uma reserva técnica de leitos para o cumprimento de ordem judicial? A resposta parece ser negativa, desbordando do dever de prestar assistência à saúde, em todas as suas formas, inclusive com medidas preventivas, e de redução do agravo.

Portanto, a realidade pós-pandemia é desafiadora, no entanto, o avanço experimentado ao longo do ano 2020, nos traz um olhar otimista para o futuro, pois a Magistratura Nacional em todos os graus, do Supremo Tribunal Federal ao Juízo de Primeira Instância, se mostrou excepcionalmente flexível às mudanças necessárias para a continuidade da prestação jurisdicional de maneira célere e efetiva, solucionando o problema que lhe é posto em tempo razoável, estabilizando as relações sociais ao aplicar o ordenamento jurídico,

tornando clarividente sua importância e indispensabilidade para a vida em sociedade, pois, caso contrário, viveríamos em eterno retrocesso, tal como no estado de natureza hobbesiano.

Nesse sentido, premente a necessidade de reafirmação das garantias institucionais do Poder Judiciário, notadamente a independência, para que a sociedade esteja a salvo de condutas arbitrárias violadoras da ordem constitucional e legal, bem como para potencializar o Estado Democrático de direito, garantindo que a todos seja garantida a possibilidade de interferir na formulação de políticas públicas não se sujeitando aos interesses da maioria dominante em determinado período temporal.

Gunther e Martins *apud* Cappelletti (2020) destacam o seguinte, *verbis*:

No alerta de Mauro Cappelletti, a natureza da função jurisdicional constituiu uma fonte de legitimação diversa dos poderes políticos”. Isso se explica porque a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais.

Desse modo, desde a escola exegética⁶⁹, a figura do juiz *bouche de la loi*⁷⁰, mero aplicador do direito posto, despido de atividade interpretativa, aos poucos perdeu força, sendo ápice do protagonismo do Poder Judiciário, notadamente, da jurisdição constitucional, o período pós-guerra, com o reavivamento dos direitos humanos e a premente necessidade de haver uma instituição equidistante dos poderes clássicos – Legislativo e Executivo – dotada de garantias institucionais indispensáveis para controlar eventuais abusos e violações da ordem constitucional, dada a máxima: a tendência de quem detém o poder é excedê-lo, tendo sido eleito pelo constituinte para tal mister, controle de eventuais abusos e violações, o Poder Judiciário.

Sintetizam com extrema precisão, Gunther e Martins ((*apud* FREITAS (org.), 2020), “interpretar e julgar direcionam-se a compreender o papel do juiz, da justiça e também da democracia”, a realidade indissociável do ato de julgar com o fortalecimento da própria ideia de justiça e a consolidação da democracia, garante a todos o direito de serem ouvidos, independentemente de pertencer a grupo majoritário.

Ao fim e ao cabo, os autores alhures mencionados, concluem que “... para verificar o grau de democracia do Poder Judiciário no Brasil, deve-se analisar a sua organização e o seu funcionamento, segundo os requisitos fundamentais da independência e da responsabilidade.” (GUNTHER; MARTINS *apud* FREITAS (org.), 2020.).

Desse modo faz-se necessário avultar as garantias da Magistratura Nacional bem como de Instituição simétrica, isto é, do Ministério Público, que são, em última análise, salvaguardas da própria democracia e da vida

⁶⁹ Constituída na época do Código Napoleônico no século XIX, na França.

⁷⁰ Juiz boca da lei, expressão utilizada no período da escola da exegese.

em sociedade, viabilizando a estabilidade das relações sociais, funcionando, aquela, como instância corretiva de atos eivados de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, não se olvidando, do papel de relevo quando presente omissão do Poder Público, a qual, diante das possibilidades processuais, preservada a cláusula da separação dos poderes, caso constatada mora legislativa, cientificasse o parlamento dessa situação, e, por construção jurisprudencial, estabelecesse prazo razoável para adoção de providências legislativas, ou, no caso de ato de atribuição de órgão administrativo, a ciência se dá juntamente com a ordem para sanar a omissão no prazo de 30 dias, propiciando efetividade aos direitos estabelecidos pela ordem constitucional, forte na garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional inculpada no inciso XXXV, do art. 5º da Carta da República.

Alfim, o desafio a ser, diariamente, superado, é ressignificar o ato de julgar, que a despeito de ser exigido constante aperfeiçoamento da hermenêutica, não se pode perder de vista que, por detrás dos arquivos compilados do processo eletrônico estão pessoas que depositam suas angústias e esperanças também no Poder Judiciário, o qual é a porta que nunca se fecha, aqui personificado na figura do Juiz, que tem por dever constitucional, e dentro dos limites de atuação, buscar ao máximo a realização da justiça, ponderando o conflito que lhe é posto, para extrair uma solução pautada nos ideais democráticos esquadrihados no cenário de redemocratização pelo legislador constituinte.

O que se espera é um futuro auspicioso para o Poder Judiciário que vem galgando protagonismo desde o pós-guerra, e se mostrou apto a atender, com celeridade, as demandas que se multiplicaram durante a pandemia do novo coronavírus, merecendo destaque a adaptação e ampliação em tempo recorde das formas não presenciais de realização de atos judiciais, com destaque para as audiências realizadas de forma virtual, o atendimento ao jurisdicionado por intermédio do balcão virtual que vai ao encontro da concretude do preceito constitucional da atividade jurisdicional ininterrupta, expresso no art. 93, inciso XII.

CONCLUSÕES

Após os singelos apontamentos, a conclusão primordial é a de que, novamente, o Poder Judiciário ganha relevância e maior protagonismo - tal como ocorrido no período pós-guerra, situação com bases fáticas similares à da pandemia, em face do número trágico de vidas prematuramente ceifadas - no seu proceder de modo a, dentro dos limites da separação dos poderes, conferir segurança jurídica em atos do Executivo, quando postos em xeque por legitimados coletivos, bem como estabelecer obrigações mínimas de procedimentos pautados em critérios científicos oriundos de instituições nacionais e internacionais que tratam especificamente da saúde, não se olvidando da atuação judicial ordinária, garantindo os mais diversos direitos vindicados pelas partes, colaborando para a paz social e para a efetivação das promessas constitucionais, no grau máximo da possibilidade, *vis à vis* a escassez dos recursos.

Com a reaproximação do direito e a moral, premissa da escola pós-positivista, novas propostas de interpretação constitucional, tendentes à

concretização dos direitos previstos nas Constituições surgiram, como por exemplo, na tese dworkiana, com a leitura moral da Constituição pelos seus intérpretes, tendo como objetivo os ideais de justiça, equidade e devido processo legal.

Desse modo, guardadas as limitações impostas pela cláusula da separação dos poderes, é de todo recomendável uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, objetivando dar concretude aos direitos fundamentais esquadrihados pelo constituinte, sempre pautada no equilíbrio entre autocontenção e ativismo, devendo agir, quando provocado, em casos de ações ou omissões violadoras da ordem constitucional, para que não fiquem desamparados grupos não representados pela maioria que, da mesma forma que esta, detêm direitos fundamentais.

A pandemia do coronavírus revelou a importância da independência do Poder Judiciário para a garantia de direitos mínimos dos indivíduos bem como para solucionar controvérsias relativas a questões sensíveis, tais como importação de vacinas, garantia de suprimentos hospitalares – oxigênio e medicamentos para intubação, diretrizes mínimas para a atuação administrativa pautadas em critérios científicos.

A relevância do Poder Judiciário na vida do cidadão se avulta em todos os setores possíveis, que vão desde a análise sobre a legalidade de indeferimento de auxílio emergencial até matérias relativas à ordem de prioridades na vacinação contida no Plano Nacional de Imunização, questões extremamente sensíveis que ora demandam forte intervenção do Poder Judiciário, noutras a posição a ser adotada consiste na deferência às decisões do outro Poder, numa postura de autocontenção.

Destaque-se a observação de que as demandas que tem como objeto a saúde pública são classificadas como litígios estruturais, espécie de litígio coletivo – envolve uma sociedade – visto que envolvem o funcionamento de estrutura, usualmente integrante do poder público, e dada a insuficiência dos instrumentos processuais para tratamento desses litígios, o que se verifica é um estancamento de consequências, de modo que, para conquistar efeitos benéficos e duradouros, aconselha-se o adequado tratamento da causa, readequando a estrutura ineficiente, identificando-se os aparatos defeituosos, corrigindo as falhas, com a participação de todos os sujeitos atingidos, na busca de solução conjunta, ponderando a conflituosidade e complexidade inerentes a litígios estruturais, como forma de concretizar os ideais fundamentais estabelecidos na Constituição.

Por fim, é de suma importância ressignificar o ato de julgar para, efetivamente, materializar justiça para os litigantes, extraída do ordenamento jurídico, notadamente dos axiomas constitucionais tidos por fundamentais, não se olvidando da imprescindibilidade da garantia da independência do Poder Judiciário para bem desenvolver seu mister constitucional, sem sofrer indevidas ingerências de grupos dotados de poder político ou econômico, sendo limitada, sua atuação, apenas e tão-somente, pela Constituição Federal, como forma de garantir a todos os integrantes do corpo social o direito a ser ouvido, e, em última análise, maximizar a democracia.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <https://bit.ly/3nsX1R3>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3475. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113827>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 27 abr. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6422. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912213>. Acesso em: 27 abr. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6424. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912218>. Acesso em: 27 abr. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6425. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912219>. Acesso em: 27 abr. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6427. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912434>. Acesso em: 27 abr. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6428. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5913301>. Acesso em 27 abr. 2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756. Disponível em: <https://bit.ly/3gM0eKb>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Produtividade Teletrabalho

COVID. Disponível em: <https://bit.ly/3nuTpy7>. Acesso em: 27 abr. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, [S.L.], v. 18, n. 51, p. 151-159, ago. 2004. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40142004000200008>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CONJUR. TRF-1 derruba autorizações para importação privada de vacinas. Disponível em: <https://bit.ly/2S6KDdP>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CONSANI, Cristina Foroni. Considerações críticas sobre o substancialismo e o procedimentalismo e sua relação com a democracia no contexto da filosofia política contemporânea. Revista Dissertatio de Filosofia, [S.L.], v. 44, p. 16, 5 abr. 2017. Universidade Federal de Pelotas. DOI: <http://dx.doi.org/10.15210/dissertatio.v44i0.9933>. Acesso em: 28 abr. 2021.

FREITAS, Vladimir Passo de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 19, n. 1, p. 321-349, jan./abr. 2017. Quadrimestral.

FREITAS, Vladimir Passo de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 19, n. 1, p. 321-349, jan./abr. 2017. Quadrimestral.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Suspensão de Liminar nº 5167055-30.2021.8.09.0000. Diário da Justiça Eletrônico. Goiás. Disponível em: https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/suspenso_vacina_militares.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

GUNTHER, Luiz Eduardo; MARTINS, Gustavo Afonso. O Ativismo Judicial: o papel da interpretação e o ato de julgar. In: Humanismo e Fraternidade Direto Ambiental: ensaios euro-americanos em homenagem ao jurista Vladimir Passos de Freitas, org. Lafayette Pozzoli & Edgardo Torres López & Silmara Veiga Montemor. Curitiba: Instituto Memória; 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3u2wNXY>. Acesso em: 28 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOGUEIRA, Sérgio. Conheça a origem da expressão 'deixar para as calendas gregas'. Disponível em: <https://glo.bo/3nyctv9>. Acesso em: 28 abr. 2021.

PARANÁ. Justiça Federal do Paraná. Decisão Interlocutória nº 50049416720214047001. Relator: Juiz Federal Gilson Luiz Inácio. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701618086047846837580460627466&evento=40400079&key=fa73bed3ddc9fb93cad7541758f21d0a0dca99cafae55d7fe75e88a29e030191&hash=05302534d84409dac17cd2fa4ea5bf37. Acesso em: 27 abr. 2021.

REGIÃO, Tribunal Regional Federal da 4ª (ed.). Produtividade semanal da Justiça

Federal da 4ª Região durante a pandemia do novo Coronavírus – Covid-19. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2061. Acesso em: 27 abr. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Suspensão de Liminar nº 00023989-98.2021.8.19.0000. Diário da Justiça Eletrônico. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-restabelece-prioridade-vacinacao.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

UNIDAS, Organização das Nações (org.). Agenda 2030: objetivos de desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 27 abr. 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020.

**NO CAMINHO DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA ÀS MULHERES
EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR:
A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO
DO PARANÁ, MEDIANTE A APROXIMAÇÃO E O DIÁLOGO
COM OUTRAS INSTITUIÇÕES E COM A SOCIEDADE**

*ON THE PATH OF EFFECTIVENESS OF JUSTICE TO WOMEN IN
SITUATION OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE:
THE PERFORMANCE OF THE JUDICIAL POWER OF THE
STATE OF PARANÁ, WITH THE APPROACH AND DIALOGUE
WITH OTHER INSTITUTIONS AND WITH SOCIETY*

Renata Martins de Sousa ⁷¹

INTRODUÇÃO

Neste ano em que a Lei Maria da Penha completa 15 anos de sua vigência, as questões relacionadas com a sua efetivação, eficácia e a promoção da justiça às vítimas, permanecem em espaços de destaque nas discussões jurídicas e sociais. Notoriamente, muitos são os avanços promovidos, alcançados e reconhecidos pelos atores do sistema de justiça e pela sociedade, todavia, por outro lado, ainda salta aos olhos a complexidade desta violência e os árduos esforços que necessitam ser empreendidos para a sua superação.

Nesse norte, esta pesquisa discorre quanto às principais medidas extraprocessuais colocadas em prática, desde o advento da citada lei, pelo Poder Judiciário do Paraná em articulação com outras instituições do sistema de justiça e através de um diálogo de proximidade com o meio social.

Deste modo, serão explanados, brevemente, as concepções do termo “justiça” e seus contornos jurídicos e sociais, e os mandamentos constitucionais dirigidos ao Poder Judiciário. Mais adiante, de forma pormenorizada, serão delineados o histórico de atuação interinstitucional e social promovidos pelo Judiciário paranaense e as contribuições desta articulação para a proteção das mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

É de suma importância elucidar que a escolha deste tema se pautou na recorrência, no país e no Estado do Paraná, dos delitos praticados neste contexto, tendo este quadro se agravado durante a pandemia do Coronavírus. Somado a isso, especialmente neste momento, há dados que corroboram a existência de subnotificações.

Quanto à situação nacional, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou, no Anuário de 2020, estatísticas comparativas do 1º semestre

⁷¹ Especialista em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Assistente de Juiz de Direito Substituto D-1. Apucarana, Brasil.
E-mail: remartinssousa@tjpr.jus.br

de 2019 e 2020, que apontavam a diminuição dos registros policiais de lesão corporal dolosa, ameaças, estupro e estupro de vulneráveis⁷². Neste aspecto, salientou-se que esses dados divergiam de grande parte dos países que decretaram a quarentena⁷³, ponderando que, em verdade, evidenciavam dificuldades e óbices para as mulheres denunciarem a violência⁷⁴, uma vez que: na maior parte dos crimes, sua presença era necessária na Delegacia; o agressor se encontrava com a vítima na residência, situação que dificultaria a comunicação telefônica ou a ida até à autoridade policial; e diante da redução de servidores e horários de atendimento somado ao aumento das demandas, acarretando instabilidade nos serviços de proteção.

Ao final desta análise, avaliaram os pesquisadores os desafios advindos com a pandemia no enfrentamento da violência contra a mulher, destacando a necessidade de priorização de uma sólida política pública, alcançando setores além da segurança pública, e ressaltando a imprescindibilidade de fortalecimento das redes de proteção à mulher e de definição de metas, diretrizes, recursos econômicos e humanos para atuação conjunta, influenciando nas políticas de combate à violência de gênero⁷⁵.

No que concerne aos feminicídios, foi constatado um crescimento de 1,9% no primeiro semestre de 2020⁷⁶. Além disso, apontou-se um aumento de 3,8% nas ligações ao número de emergência da Polícia Militar, relativas à violência doméstica, nos 12 estados cujos dados foram colhidos⁷⁷.

No Paraná, a CEVID apresentou estatísticas de solicitações de medidas protetivas de urgência entre os anos de 2019, 2020 e início deste ano, tecendo considerações sobre a probabilidade da subnotificação⁷⁸. Acrescente-se, ainda, que, de acordo com dados do Ministério Público, houve aumento de 3,8% nos inquéritos de feminicídio, entre 2019 e 2020, além de, nos 12 primeiros dias de 2021, um caso de tentativa ou consumação de feminicídio, foi registrado a cada dois dias no Estado⁷⁹.

Sendo objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária⁸⁰, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras

⁷² FBSP- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 14, 2020. ISSN 1983-7364, p. 32 - 35.

⁷³ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 38.

⁷⁴ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 38 - 39.

⁷⁵ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 41.

⁷⁶ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 28.

⁷⁷ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 28.

⁷⁸ CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 2. ed., 2020, p. 12.

⁷⁹ RPC Curitiba. Paraná registra 217 inquéritos de feminicídio ou tentativa em 2020, aponta levantamento. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/01/12/parana-registra-217-inqueritos-de-feminicidio-ou-tentativa-em-2020-aponta-levantamento.ghtml>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 1988.

formas de discriminação⁸¹, não há como se pensar neste futuro sem trazer à lume a imprescindibilidade de mudanças na realidade das mulheres vítimas da violência doméstica e familiar. Em verdade, trata-se de contexto fático no âmbito social que, para encontrar a justiça, enseja mais do que a mera regulamentação pelo Direito: requer a participação efetiva e conjunta dos atores do sistema jurídico.

Dito isto, na abordagem desta pesquisa, primou-se pela coleta qualitativa de dados, a fim de explanar a articulação interinstitucional e social em relação à problemática. No tocante ao procedimento, houve a aplicação do método hipotético-dedutivo na apreciação das pesquisas documental, legal, doutrinária e jurisprudencial.

2 AS PERSPECTIVAS, AS AÇÕES E SEUS EFEITOS NO TOCANTE À JUSTIÇA ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

2.1 ENTRE AS QUESTÕES QUE PERMEIAM A JUSTIÇA: SUAS DEFINIÇÕES, O MODO DE PROMOVÊ-LA À SOCIEDADE E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Falar de justiça, inevitavelmente, traz à mente uma diversidade de concepções elaboradas pelos filósofos do Direito. Dentre tantas, permanecem sempre atuais as compreensões de Aristóteles e de Immanuel Kant, cujos pontos primordiais devem ser delineados, sem a pretensão de olvidar a relevância das demais não discorridas.

Quanto ao filósofo grego, é essencial recordar que, na sua visão, a justiça é uma virtude, adquirida pelo exercício, que se revela no equilíbrio, no meio-termo entre os opostos, ao passo que o injusto é relacionado com os extremos, sejam estes o excesso ou a falta (ARISTOTELES, 1991, p. 107). Nessa linha, Aristóteles explicita as acepções de justiça absoluta e particular, destrinchando desta as espécies de justiça distributiva, corretiva e recíproca (ARISTOTELES, 1991, p. 99 – 100).

Sobre a mais conhecida e debatida como tema central na contemporaneidade, Aristóteles descreve que a justiça distributiva se realiza na repartição das honras, riquezas e vantagens, mediante um tratamento igual àqueles que são iguais e desigual aos que assim o são (ARISTOTELES, 1991, p. 100 – 102). Esta ideia, embora desenvolvida em uma sociedade escravocrata e na qual não eram todos considerados cidadãos e sujeitos de direito, aproxima-se, na atualidade, do que é concebido como igualdade material, também denominada isonomia, na medida em que ambas reconhecem que há diferenças entre os indivíduos, que devem ser consideradas na prática para se alcançar um tratamento justo.

Em relação à Immanuel Kant, é possível inferir que a justiça tem uma dimensão ética, decorrente do imperativo categórico, isto é, de uma obrigação ou de uma ação que é boa por si mesma, não dependendo

⁸¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

de qualquer contexto, finalidade ou condição (KANT, 2009, p. 18), e que se rege pela universalidade, sendo aplicáveis a todos os indivíduos (KANT, 2009, p. 23). Além disso, é associada à liberdade, a qual dela é derivada (ZAMBAM; ANTUNES, 2018, p. 3 – 30).

Partindo destas bases filosóficas, convém observar que, de modo geral, as sociedades perpassam por processos históricos de lutas por direitos, as quais remontam à busca da igualdade formal/material e da liberdade, que, como mencionado, estão no cerne destas visões de justiça. Particularmente à situação das mulheres, também isto se constata, visto que foram relegadas, inicialmente, às posições inferiores àquelas ocupadas pelos homens e, gradualmente, estão conquistando espaços sociais, no âmbito público e privado, movidas pelo propósito de serem livres e tratadas de modo isonômico a eles.

Como exemplos de promoção desta acepção de justiça às mulheres, tem-se a promulgação e a aplicação da Lei Maria da Penha, buscando sua plena efetivação. No aspecto formal, são reconhecidos a violência doméstica e familiar, praticada de diversas formas e em distintos contextos, e o dever do poder público de desenvolver políticas para assegurar os direitos humanos e a salvaguarda das mulheres da negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁸². No plano material, como serão expostas algumas mais adiante, são empreendidas ações, voltadas principalmente à vítima, para que saiba dos seus direitos e a fim de que tenha uma rede de apoio quando e para deixar o ambiente de violência e o respectivo ciclo.

Ocorre que, praticados crimes no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, é comum ser clamado, pela vítima e pela sociedade, que seja feita a justiça através do Direito Penal e do Poder Judiciário, intérprete da lei. Neste cenário, em que pese a atuação jurisdicional endoprocessual em observância aos termos legais, muitas vezes, denota-se um desencontro entre a acepção de justiça da vítima e da sociedade e a aplicação do Direito Penal, o que gera críticas ao Judiciário e um sentimento social de injustiça.

Diante desta divergência, a princípio, por um lado, é importante ponderar que esta percepção social e da vítima não decorre de um mero descontentamento ou de simples visão distorcida da realidade. As suas origens podem ser correlacionadas com o longo período de tratamento de neutralização dispensado à vítima, quando da passagem da fase de ouro/vingança privada para a administração pública da justiça, e a recente revalorização da figura da ofendida, após a 2ª Guerra Mundial.

No plano fático, a última fase ainda está se concretizando no sistema criminal, por exemplo, através de mudanças legislativas e de práticas de Justiça

⁸² BRASIL; BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2006.

Restaurativa, assegurando um olhar mais direcionado às consequências que foram causadas à vítima pelo delito e à sua participação, em momentos oportunos, no processo penal. Assim, como trata-se de um movimento em curso e que requer a implementação pelos Poderes e pelos órgãos do sistema de justiça - sobretudo para promover, às vítimas, a disseminação de informações referentes aos seus direitos, ao modo que se desenvolve o processo penal, à possibilidade de participação por meio do assistente de acusação, e para disponibilizar condições para o acompanhamento mais próximo do processo, mormente para os hipossuficientes organizacionais- ainda persiste um distanciamento da pessoa ofendida nas ações penais de natureza pública, o que contribui para a sensação de que a justiça não está sendo feita.

De outra banda, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é o intérprete e o aplicador do ordenamento jurídico. No Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil⁸³, no qual é adotado o sistema acusatório na seara criminal⁸⁴, o Magistrado, ao cumprir sua função, deve observar as normas constitucionais, penais e processuais penais, as quais asseguram os direitos e as garantias fundamentais aos investigados e aos acusados, a observância aos princípios e à separação das funções, devendo conduzir o processo penal de forma independente e imparcial. Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2020, p. 69 – 70):

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial. (...) Então, no Estado Democrático de Direito, se o juiz não está obrigado a decidir conforme deseja a maioria, qual é fundamento da independência do Poder Judiciário? O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.

⁸³ BRASIL; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 1988.

⁸⁴ BRASIL; BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 1941.

Desta feita, no âmbito do processo penal, não pode o Magistrado posicionar-se de modo a exercer as funções da acusação ou da defesa. Como visto, deve ater-se a julgar o caso, a partir do conjunto probatório produzido pelas partes, e a propiciar o respeito aos direitos e garantias penais e processuais do investigado/acusado.

Neste aspecto, quanto à situação da violência doméstica e familiar, vale salientar que a jurisprudência passou a reconhecer a dificuldade de ampla produção de provas, devido às circunstâncias clandestinas do cometimento destes delitos, e a especial relevância da palavra da vítima⁸⁵. Lado outro, equilibrou este valor probatório, em favor do ofensor, uma vez que a versão da ofendida não pode destoar do acervo de provas⁸⁶.

Com efeito, isso demonstra o afastamento do garantismo hiperbólico monocular e a aproximação do garantismo penal integral, concebido por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002), significando o primeiro, segundo Douglas Fischer (apud CALABRICH; FISCHER; PELELLA (Coord), 2010, p. 48), o olhar ampliado e desproporcional em prol apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, contrapondo-se ao segundo, que objetiva resguardar a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos simultaneamente aos interesses da sociedade, dos investigados e dos processados.

Desta forma, verifica-se que a atuação jurisdicional está compatibilizada com o fim de propiciar a justiça almejada à sociedade e à vítima e, simultaneamente, à observância de limites constitucionais e legais, os quais não podem ser violados, ainda que a resposta do mérito não se coadune com as vontades e expectativas sociais e da ofendida, a fim de que a justiça não seja concebida e concretizada como vingança, a qual é inadmissível na ordem jurídica.

Somado a isso, é certo que o Direito Penal somente é acionado após a ameaça ou ofensa ao bem jurídico por ele tutelado. Contudo, a violência doméstica e familiar instaura-se muito antes da tentativa ou consumação das infrações penais praticadas neste contexto. Transparece nas condutas do ofensor de humilhação e de abuso psicológico da mulher, enraizadas no machismo, na ideologia de superioridade do homem sobre a mulher e na submissão desta.

Logo, denota-se que o processo penal e a resposta obtida através dele, muitas das vezes, não conseguirão propiciar a justiça desejada pela vítima e pela sociedade, haja vista que sucedem à ameaça ou à lesão ao seu bem jurídico, quando, então, já advieram “marcas” que são irreparáveis.

Não obstante, ante o dever do Poder Público em promover políticas para resguardar os direitos humanos de mulheres neste contexto de violência

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 615.661/MS, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 24 de novembro de 2020.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.441.535/ES, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 28 de maio de 2019.

doméstica e familiar⁸⁷, a partir de uma interpretação sistemática dos mandamentos constitucionais e do papel do Judiciário, tem-se que este último Poder também possui esta incumbência, a qual não pode ser restringida apenas ao Legislativo e/ou Executivo.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 128/2011, determinando que fossem criadas Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal⁸⁸. No ato normativo, estabeleceu o seguinte rol exemplificativo de atribuições:

Art. 2º As Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar terão por atribuição, dentre outras: I – elaborar sugestões para o aprimoramento da estrutura do Judiciário na área do combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres; II – dar suporte aos magistrados, aos servidores e às equipes multiprofissionais visando à melhoria da prestação jurisdicional; III – promover a articulação interna e externa do Poder Judiciário com outros órgãos governamentais e não-governamentais; IV – colaborar para a formação inicial, continuada e especializada de magistrados e servidores na área do combate/prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres; V – recepcionar, no âmbito de cada Estado, dados, sugestões e reclamações referentes aos serviços de atendimento à mulher em situação de violência, promovendo os encaminhamentos e divulgações pertinentes; VI – fornecer os dados referentes aos procedimentos que envolvam a Lei nº 11.340/2006 ao Conselho Nacional de Justiça de acordo com a parametrização das informações com as Tabelas Unificadas do Poder Judiciário, promovendo as mudanças e adaptações necessárias junto aos sistemas de controle e informação processuais existentes; VII – atuar sob as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça em sua coordenação de políticas públicas a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Mais adiante, o CNJ editou a Resolução nº 254 de 04 de setembro de 2018⁸⁹, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher pelo Poder Judiciário, com o objetivo de definir diretrizes,

⁸⁷ BRASIL; BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128, de 17 de março de 2011. Diário da Justiça eletrônico, 2011.

⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 254, de 04 de setembro de 2018. Diário da Justiça eletrônico, 2018.

medidas de prevenção e combate, bem como assegurar a adequada solução de conflitos que envolvessem mulheres neste contexto. Ademais, restou disposto que as Coordenadorias Estaduais seriam órgãos permanentes, cumulando outras atribuições, criou-se o programa nacional “Justiça pela Paz em Casa” e definiu-se a violência institucional contra as mulheres.

À face do exposto, depreende-se que as questões relativas à justiça estão, cada vez mais, atinentes ao seu viés substancial e dirigidas ao escopo de sua materialização. Para que esta ocorra, garantir a isonomia tem se mostrado primordial.

Nessa vertente, é notório um movimento do Poder Judiciário, em relação à situação da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, que transpõe a prestação jurisdicional no processo penal. Por conseguinte, será tratado, especificamente, quanto às ações do Poder Judiciário paranaense, empreendidas, mediante a Comissão Estadual criada após o ato normativo citado, dissertando-se, de forma inicial e sucinta, em relação às suas frentes de atuação. Em seguida, serão apresentadas as medidas interinstitucionais efetivadas em prol da proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

2.2 DO PLANO NORMATIVO À EXECUÇÃO: O JUDICIÁRIO PARANAENSE, A CEVID E AS MEDIDAS COLOCADAS EM PRÁTICA EM ARTICULAÇÃO COM OUTRAS INSTITUIÇÕES

Editado o primeiro mencionado ato pelo CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no dia 11 de novembro de 2011, instalou, pela Resolução nº 20, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (CEVID), como órgão de assessoria e vinculado ao Gabinete da Presidência do respectivo Tribunal⁹⁰. Em precedência ao segundo ato normativo do CNJ, a Resolução nº 203, de 09 de julho de 2018, alterou o segundo e terceiro dispositivos legais da Resolução nº 20/2011, prevendo novas atribuições à CEVID⁹¹.

Dentre os 13 incisos de suma importância da última resolução, convém destacar aquele que determinou a promoção de articulação interna e externa do Poder Judiciário com outros órgãos governamentais e não-governamentais, com a finalidade de efetivar programas de combate à violência doméstica. Neste ponto, consubstancializando a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra Mulher, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná possui ativo 24 convênios dedicados à área⁹². Somado a isso, são realizadas campanhas, parcerias e articulações para a efetividade da proteção às mulheres.

⁹⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 20, de 11 de novembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.

⁹¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 203, de 09 de julho de 2018. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.

⁹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Convênios e parcerias institucionais. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=35702570. Acesso em: 15 abr. 2021.

No que tange aos convênios, ganha destaque a implementação da Casa da Mulher Brasileira (CMB), inaugurada em 15 de junho de 2016, em Curitiba⁹³, disposta como uma das ações do programa “Mulher: Viver sem Violência”, instituído pelo Decreto Federal nº 8.086/2013, atualmente denominado “Programa Mulher Segura e Protegida”⁹⁴. Trata-se de espaço onde a mulher que está em situação de violência doméstica e familiar recebe assistência concentrada, integral e sensível à sua realidade, por um Serviço de Acolhimento e apoio psicossocial, pela Delegacia da Mulher, Defensoria Pública, Juizado de Violência Doméstica e Familiar, Ministério Público, Patrulha Maria da Penha e por outros programas objetivados a assegurar sua autonomia financeira. O local também se adequa à realidade de mulheres que são mães, visto que abrange uma brinquedoteca para crianças.

De acordo com Cleusa Nery Saldanha Cruz (2018, p. 68), na pesquisa elaborada no ano de 2018, constatou-se que:

A CMB em Curitiba é inovadora como Política Pública no atendimento à mulher em situação de violência doméstica. Nesse espaço a mulher encontra um local amplo e agradável, que oferece os serviços de que ela necessita, e a garantia de profissionais capacitados para ajudá-las, no entanto a CMB é ainda muito nova, são apenas dois anos de funcionamento.

Nesse toar, a Comissão de Estudos sobre Violência Doméstica da Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná (CEVIGE- OAB/PR)⁹⁵, a Defensoria Pública deste Estado⁹⁶ e a “Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha- A Lei é mais forte”⁹⁷ já reforçaram positivamente o atendimento dispensado na CMB e a sua posição de referência nacional. Como pontos de realce em favor das vítimas, são observados a agilidade no acolhimento, a desnecessidade de

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_me=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=41071972. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁹⁴ BRASIL. Decreto nº 8.086, de 30 de agosto de 2013. Institui o Programa Mulher Segura e Protegida. Diário Oficial da União. 2013.

⁹⁵ AB PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira é importante instrumento de enfrentamento à violência de gênero. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-importante-instrumento-de-combate-a-violencia-de-genero/>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

⁹⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. Referência Nacional, Casa da Mulher Brasileira completa 4 anos em Curitiba. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/06/1937/Referencia-Nacional-Casa-da-Mulher-Brasileira-completa-4-anos-em-Curitiba.html>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

⁹⁷ COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. Casa da Mulher Brasileira é referência no acolhimento de vítimas de violência em Curitiba. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-referencia-no-acolhimento-de-vitimas-de-violencia-em-curitiba-parana-portal-16-06-2019/>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

diversos deslocamentos, o encaminhamento para os serviços necessários e o espaço de abrigo temporário de curta duração em casos de extremo e iminente risco à vida. Outro dado relevante consiste em, desde sua abertura até janeiro de 2020, terem sido realizados 44 mil atendimentos⁹⁸.

Além da implantação da CMB, conforme mencionado, a Patrulha Maria da Penha é um dos serviços disponibilizados às vítimas no local. Após instituída por meio da Lei Estadual nº 19.788/2018⁹⁹, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através da CEVID, celebrou convênios com Municípios, através das Secretarias da Mulher, para a sua execução pelas Guardas Municipais. Até outubro de 2020, 16 Municípios estavam conveniados e mais 2 disponibilizavam o serviço, pela Polícia Militar.¹⁰⁰

A atuação da Patrulha ocorre mediante acompanhamento, dispensado periodicamente e com fim de prevenção às mulheres que já tiveram seus direitos violados neste contexto de violência doméstica e familiar e possuem em vigência medidas protetivas concedidas na forma da Lei Maria da Penha. Especificamente sobre o Judiciário, sua contribuição é feita ao disponibilizar informações, pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher ou pelas Varas Criminais às equipes policiais, sobre as medidas protetivas concedidas, somada a uma avaliação de riscos das situações. Diante disso, a Patrulha, que possui uma gerência central responsável pela coordenação de equipes capacitadas para o atendimento humanizado, estabelece uma escala de prioridade para as visitas às vítimas, tendo como parâmetro o grau de vulnerabilidade de cada uma delas.

Na visão de Jocelaine Espindola da Silva, a partir da análise do serviço pouco depois de implantado em Curitiba, “A existência da Patrulha é um diferencial no sentido de proteção para as mulheres que são vítimas, as quais passaram a ter a possibilidade de buscar apoio e até resgate no momento necessário, enfim, de encontrar e receber a guarida de que necessitam” (apud ARRUDA, 2015, p. 110).

Outrossim, uma parceria de grande repercussão foi feita com a Associação de Emissoras de Radiofusão do Paraná (AERP), sendo uma das ações da “Semana Nacional da Justiça pela Paz em Casa” a divulgação de informações sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher em rádios de todo o Estado, além de entrevistas com membros do Poder Judiciário, Magistrados e com a Desembargadora Coordenadora da CEVID¹⁰¹. Com efeito,

⁹⁸ PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA. Casa da Mulher Brasileira faz 44 mil atendimentos. Disponível em: <https://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/casa-da-mulher-brasileira-faz-44-mil-atendimentos/54341>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

⁹⁹ PARANÁ. Lei nº 19.788, de 20 de dezembro de 2018. Institui no âmbito do Estado do Paraná as Patrulhas Maria da Penha e dá outras providências. Diário Oficial. Curitiba, 2018.

¹⁰⁰ CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 4. ed. 2020, p. 12 - 13.

¹⁰¹ CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

é possível constatar que esta medida visa propiciar condições para o alcance amplo do acesso à justiça às vítimas, porquanto difunde orientações sobre os seus direitos e os meios para que solicitem ajuda e sejam encaminhadas.

Ainda no campo de conscientização da problemática, a conjugação de esforços interinstitucionais é observada em diversas campanhas. Em razão da multiplicidade destas ações, necessário realçar duas, quais sejam: a “Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha- A Lei é mais forte” e a “Campanha Sinal Vermelho contra a Violência”.

No que concerne à primeira, tem origem na cooperação entre os Poderes Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Defensoria Pública e Governo Federal¹⁰², através da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Ministério da Justiça. No âmbito estadual, é organizada e apoiada pela CEVID, tendo sido lançada em 14/12/2013¹⁰³.

Como finalidades imediatas, são explicitadas assegurar a aplicação devida da Lei Maria da Penha e o ágil julgamento dos casos relacionados, pelo apoio e efetivação promovida pelos entes federativos. Sobre os objetivos mediatos, deixa-se em evidência a participação dos atores do sistema de justiça e da sociedade, bem como a transparência ao meio social quanto à concretização das normas da Lei Maria da Penha pelas instituições.

Já no ano de 2020, no cenário da pandemia da Covid-19, a “Campanha Sinal Vermelho contra a Violência”¹⁰⁴, de iniciativa do CNJ, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), da Associação Brasileira das Redes de Farmácias e Drogarias (ABRAFARMA) e de outras entidades, foi implementada no Paraná. Em consonância com um viés empático e compreensivo no tocante às dificuldades da vítima em denunciar o ofensor devido ao grau elevado de violência a que está submetida, agravadas no contexto atual ante as restrições impostas pela pandemia, esta ação propõe a capacitação dos atendentes e farmacêuticos dos estabelecimentos cadastrados na campanha e possibilita que a mulher seja acolhida e acione a equipe policial, de modo silencioso, através dos referidos profissionais, apenas apresentando um “x” vermelho na palma de sua mão.

Logo após este ato da vítima e a ligação à Polícia, sendo possível, o responsável pelo atendimento conduzirá a mulher a um espaço reservado na farmácia até a chegada dos policiais ou, se isto for inviável, colherá os dados principais da vítima para repassá-los à equipe policial. Ademais, é esclarecido

Boletim Informativo. 5. ed. 2021, p. 34.

¹⁰² COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. O que é a campanha compromisso e atitude pela Lei Maria da Penha?. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

¹⁰³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Lançamento regional da campanha “Compromisso e Atitude” pela Lei Maria da Penha. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IK1/content/lançamento-regional-da-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 18 de abril de 2021.

¹⁰⁴ Boletim Informativo. 2. ed. 2020. p. 26 - 27.

que deverão ser observados os direitos ao sigilo e à privacidade da mulher e, quanto aos atendentes e farmacêuticos, não haverá a condução à Delegacia, sendo, somente possível, de forma excepcional, ser chamado para dar seu testemunho quando testemunha ocular de alguma violência no estabelecimento.

Para a adesão à campanha, o Tribunal de Justiça do Paraná, por meio da CEVID e dos Magistrados locais, promove a articulação com as redes farmacêuticas e fornece materiais para informação e capacitação dos profissionais. Há o apoio, ainda, das Polícias Civil e Militar, e de outras entidades¹⁰⁵. No momento, mais de 580 farmácias aderiram à ação no Estado¹⁰⁶.

Cumprir registrar que, a fim de propiciar o acompanhamento e a melhoria das medidas relativas à campanha, após o atendimento, o profissional da farmácia preencherá um relatório trazendo informações pertinentes ao citado momento. Além do mais, é previsto, depois do lançamento da campanha, a criação de um Comitê específico, com fins de monitoramento, apuração de falhas e aprimoramento da iniciativa.

De mais a mais, no cenário de pandemia, a atenção do Judiciário e dos órgãos do sistema de justiça direcionou-se às possíveis e gravosas consequências sobre as mulheres em contexto de violência doméstica e familiar, vislumbrando a imprescindibilidade de tomada de ações para que a realidade que vivenciassem chegasse ao conhecimento das instituições e para que recebessem os encaminhamentos adequados.

Desta forma, no dia 1º de junho de 2020, a CEVID, a Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária, Secretaria da Justiça, Família e Trabalho e CELEPAR, formalizaram iniciativa conjunta do Botão do Pânico Paranense¹⁰⁷. O dispositivo é destinado às mulheres que possuem medidas protetivas, de forma preventiva, por decisão judicial posterior à uma avaliação psicossocial, buscando tornar efetiva a fiscalização de seu cumprimento e propiciar o célere acionamento da Polícia Militar do local de onde a mulher estiver, mediante o aplicativo “APP 190”.

Esta ação, inicialmente, abrange 15 Municípios, tendo começado a fase experimental em Londrina e sido ampliada posteriormente para os demais. Calha consignar que essa escolha não foi feita aleatoriamente, mas sim embasada em um critério proporcional entre os índices de violência e o tamanho da população.

Nessa vertente, dois dias depois, outra ação semelhante e conjunta da CEVID, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia Civil, consistiu no lançamento do Boletim de Ocorrência online para as situações de violência

¹⁰⁵ Boletim Informativo, 2. ed. p. 26 - 27.

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Evento online apresenta a campanha “Sinal Vermelho de Combate à violência doméstica. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/evento-online-nesta-terca-feira-4-8-apresenta-a-campanha-sinal-vermelho-de-combate-a-violencia-domestica/18319. Acesso em: 20 de abril de 2021.

¹⁰⁷ Boletim Informativo, 1. ed. p. 50 - 51.

abrangidas pela Lei Maria da Penha¹⁰⁸. A partir de então, a mulher maior de 18 anos pode fazer o registro policial virtualmente quanto aos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, contravenção de vias de fato cometidas no ambiente doméstico e familiar, além de ameaça, injúria, calúnia e difamação.

Somada às mencionadas, em julho de 2020, a articulação entre a CEVID com a CMB, o Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) da Defensoria Pública, e o Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero (NUPIGE) do Ministério Público, contribuiu para a retomada dos atendimentos do Instituto Médico Legal (IML) do Estado, que estavam suspensos desde março do mesmo ano, às mulheres que necessitavam realizar atendimento de lesões corporais e outros exames¹⁰⁹. Por certo, o retorno dos serviços foi essencial para reduzir a insegurança das vítimas em denunciar seus ofensores, decorrente das dificuldades de comprovar a violência física, e para não agravar o quadro de subnotificação dos casos.

Passando à atuação do Judiciário paraense em comunicação direta com a sociedade, tem-se as informações sobre a CEVID e sua atuação disponibilizadas para acesso no portal eletrônico próprio¹¹⁰ e nas redes sociais. Quanto às últimas, cabe o adendo da relevância do canal, na medida em que o uso, no atual mundo globalizado, se torna, cada vez mais, disseminado na sociedade. Com isso, a CEVID consegue promover a conscientização dos direitos dessas mulheres, diretamente a elas, de modo informal, seja pela postagem e divulgação de notícias, das normas e das ações ou pela realização de “lives”, propiciando condições para que possam acessar à Justiça.

Nesse viés, desde janeiro de 2020, a CEVID, no endereço eletrônico, publica Boletins Informativos, expondo o trabalho que tem desempenhado no período dos meses especificados em cada periódico¹¹¹. No último Boletim Informativo, consta, com enfoque na sociedade e nos profissionais da rede de atendimento, a realização do curso, na modalidade EAD, “Violência doméstica: atendimento humanizado, oitiva sem julgamento e violência institucional.”¹¹², lançado em 11 de março de 2021, objetivando uma sensibilização no momento de acolhimento e escuta da vítima, para que se compatibilize com as suas necessidades e evite a revitimização.

Por fim, neste corrente ano, foi apresentado o “Dossiê Femicídio: porque aconteceu com ela?”, elaborado com base na avaliação de 55% dos processos em andamento, pela equipe da CEVID em colaboração

¹⁰⁸ Boletim Informativo. 2. ed. p. 28 - 29.

¹⁰⁹ Boletim Informativo. 3. ed. p. 14 - 15.

¹¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/cevid>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

¹¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_de=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=49079625. Acesso em: 13 de abril de 2021.

¹¹² Boletim Informativo. 5. ed. p. 46 - 49.

com pesquisadoras da Universidade Federal do Paraná (SÁ, 2021, p. 14). O documento, que fez parte do Planejamento Estratégico da gestão de janeiro de 2020 a janeiro de 2021, explanou importantes dados e considerações relacionados aos perfis das vítimas, dos ofensores e da composição masculina/feminina das instituições e órgãos atuantes nos processos, assim como no tocante às características das agressões, os locais, dias da semana, horários do crime e os meios utilizados para a prática da violência.

A relevância do dossiê para a vítima e a sociedade é, acertadamente, mencionada ao seu final:

Por que aconteceu com ela?’ também busca, de um lado, oferecer elementos para as demais políticas públicas, como por exemplo no setor da educação, e de outro, servir como repertório de informações e de difusão entre as mulheres, de alerta para as situações de risco fazendo com que acionem a rede e as autoridades públicas, como também, para que aquelas que não estão em situação de violência, exercitem a sororidade e atuem positiva e colaborativamente para o rompimento do ciclo de violência.¹¹³

Destarte, constata-se que, com o advento da Lei Maria da Penha, o Poder Judiciário do Paraná tem executado programas, iniciativas e ações internas e interinstitucionais, para concretizar a ratio essendi do referido diploma legal, buscando a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres que estão no contexto de violência doméstica e familiar. Aprofundando a abordagem dessas medidas, para além da exposição da proposta e da finalidade, cumpre fazer a análise referente a elas no tocante à efetivação da justiça.

2.3 SOB O FILTRO DA JUSTIÇA: A RELAÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO PARANAENSE, AS VÍTIMAS E A SOCIEDADE DIANTE DAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV¹¹⁴, o direito fundamental de acesso à Justiça, hodiernamente, ocupa o centro dos debates jurídicos. De modo mais específico, os aspectos principais são pertinentes à abrangência do seu significado e aos hipossuficientes organizacionais.

Conforme leciona Gomes (2019, p. 128), este direito possui estreita relação com os direitos sociais, mas, simultaneamente, como disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, pode ser ligado aos direitos civis e políticos. Ademais, o ponto mais importante mencionado pelo autor consiste em ser um direito humano instrumento de tutela de todos os demais.

¹¹³ Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?, p. 95.

¹¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil.

Referente aos hipossuficientes organizacionais, Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER apud MARINONI, 1994, p. 33) considera serem aqueles que apresentam uma vulnerabilidade peculiar no contexto das relações sociojurídicas que existem na sociedade contemporânea. Por isso, para a autora, esses indivíduos necessitam de guarida quanto ao seu acesso à ordem jurídica justa e à participação através do processo.

Contribuindo para a temática, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988) abordam três ondas, realizando um estudo sobre os obstáculos do acesso à Justiça e os esforços concretizados para a sua superação. Diante da problemática do presente artigo e da contemporaneidade da terceira onda, cabe sintetizar que a primeira se voltou primordialmente para a assistência jurídica, enquanto a segunda, à tutela de interesses metaindividuais e à sua representatividade.

Já a terceira, trabalhada pelos autores, trata da instrumentalidade do processo e dos meios consensuais de solução de conflitos. Na concepção de Gomes, neste marco “a informalização, a desburocratização e a simplificação de procedimentos são objetivos centrais para permitir maior acesso à justiça.”¹¹⁵.

Destarte, denota-se que começa a ser enxergado que os entraves do acesso à Justiça transpõem o ajuizamento da demanda e a representação nos casos que abrangem a coletividade. O próprio processo, se apegado a formalismos e visto como único meio de pacificação social, sobrelevando o seu desenvolvimento formal à prestação da tutela jurisdicional para a solução do conflito, é um obstáculo.

A partir deste panorama, Kim Economides propõe a existência de uma quarta onda, pertinente ao “Valor Justiça”. Aqui, o olhar sobre o acesso passa a incluir os operadores do Direito, devido ao sentimento de injustiça vivenciado pelos indivíduos, avaliando de que modo os atores do sistema realizam a interpretação da ordem jurídica, ante os ideais éticos e em prol da democracia social, e os relevantes desafios no âmbito da atuação profissional e do ensino jurídico¹¹⁶.

Sob esta ótica e com fundamento no arcabouço teórico apresentado, impõe-se trazer à tona a atuação interinstitucional e pertinentes ponderações.

Consoante delineado, o Poder Judiciário do Estado do Paraná implementa ações individuais, endo e extraprocessuais, em prol dos direitos humanos e fundamentais das mulheres que estão em contexto de violência doméstica e familiar. A esse respeito, constata-se como cerne a estreita relação com o neoconstitucionalismo, trazendo como marco filosófico o pós-positivismo e, como teóricos, a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 4 -12).

Não obstante, somente estas medidas não se revelam suficientes para a redução desse quadro, caracterizado pela clandestinidade do cometimento do ato violento, por relações mantidas entre a ofendida e o ofensor e pela complexidade da violência, crescendo a partir de condutas aparentemente insignificantes para patamares mais elevados e em ciclos difíceis de serem rompidos.

¹¹⁵ Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública, p. 202.

¹¹⁶ Defensoria Pública: ponto a ponto: direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública, p. 202.

Em vista deste cenário, objetivando a sua modificação, a atuação do Judiciário paranaense em conjunto aos órgãos governamentais e não-governamentais mostra-se um avanço, porquanto identifica que efetivar mudanças na realidade dessas mulheres enseja mais do que o protagonismo isolado deste Poder e que o cumprimento de suas atribuições no exercício de sua função típica. Ressalte-se que a própria CEVID reconhece expressamente que “trabalho em prol da mulher em situação de violência doméstica é trabalho em rede”¹¹⁷.

Nesse norte, há que se pontuar que, mesmo com os atores do sistema de justiça observando suas funções institucionais no seu respectivo âmbito de atuação, a interinstitucionalidade ainda persiste como essencial, caso seja possível, pois a articulação e o diálogo possibilitam a compreensão ampliada da situação fática dos envolvidos, sob distintas perspectivas, a avaliação sobre os óbices e limitações existentes, as medidas cabíveis de execução e as suas consequências.

Em relação às ações promovidas no Estado do Paraná, extrai-se que a parceria com a AERP, a participação na “Campanha Sinal Vermelho contra a Violência” e os esforços conjugados para a confecção do registro policial online nos casos de violência doméstica e familiar visam efetivar o acesso à Justiça e o início da movimentação do aparato estatal para a proteção das mulheres. Isto porque, a primeira iniciativa mencionada, está direcionada à informação e à conscientização das vítimas e da sociedade sobre a realidade da violência, ao passo que a segunda, a assegurar condições de a revelação ser feita informal, indireta e discretamente pelas vítimas e à preparação dos profissionais que receberão o pedido de ajuda, e, por fim, a terceira, a facilitar a comunicação direta da vítima com a equipe policial sobre o ato violento sofrido.

No âmbito das ações individuais promovidas pelo Judiciário paranaense, a disponibilização de informações no portal eletrônico e nas redes sociais da CEVID, com destaque para os Boletins Informativos e o “Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?”, igualmente, está relacionada a esta fase inicial, exercendo função semelhante à ação de parceria com a AERP.

Nesta etapa, tem-se, também, que a estrutura, os serviços, os encaminhamentos e os programas existentes na CMB refletem o desvelo dos órgãos integrantes do sistema de justiça em amparar as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar e lhes proporcionar meios de fortalecimento da sua autonomia financeira. Pertinente a esta, nunca é demais rememorar que a situação da dependência econômica é comum na realidade da maioria dessas mulheres¹¹⁸, sendo, em alguns casos, a principal motivação ou uma das razões para a manutenção do relacionamento com o agressor, pois são prováveis, na visão delas, as privações e as dificuldades de subsistência que poderão, algumas junto aos filhos, ter que vivenciar com o seu término.

Desta feita, a CMB de Curitiba representa um local de acolhida e recomeço para muitas mulheres, especialmente para as que buscam pela

¹¹⁷ CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 1. ed. 2020, p. 16 - 17.

¹¹⁸ Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?, p. 71.

primeira vez o atendimento, ao encontrarem os serviços que necessitam articulando-se para a dispensa de uma assistência integral em um momento de muita insegurança em suas vidas. Sob o olhar da sociedade, a existência da CMB pode ser vista como um compromisso que está sendo efetivado em prol das mulheres, atenta aos seus direitos fundamentais, principalmente à vida, à liberdade e à integridade em todos as suas vertentes.

Na seara de encaminhamentos iniciais, a atuação do Judiciário do Estado do Paraná, em conjunto com outras instituições, para a retomada dos serviços do IML em favor das mulheres vítimas de violência doméstica que não haviam sofrido agressão sexual, no contexto da pandemia da Covid-19, foi fundamental ao reforçar a necessidade de providências e de uma resposta do órgão. A suspensão dos exames agravava, sobremaneira, a possibilidade de subnotificação dos casos e de uma persecução penal ineficiente, gerando insegurança na vítima em promover a denúncia.

Posteriormente à constatação da violência, pode-se inferir que o Judiciário paranaense não está apenas limitado em garantir o atendimento inicial da vítima e em formalizar a concessão das medidas protetivas. Mais do que isso, a implementação da Patrulha Maria da Penha e do Botão do Pânico revela o compromisso com as mulheres e com a sociedade na fiscalização da observância, pelo agressor, das restrições impostas e na segurança das vítimas, constatando, ainda, que, entre elas, há diferenças no grau de vulnerabilidade, e concretizando, mediante uma avaliação de riscos que será utilizada na ordem das visitas, o princípio da isonomia.

De mais a mais, a participação na “Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha – A Lei é mais forte” evidencia o empenho do Judiciário do Estado do Paraná para a apresentação de respostas de mérito céleres e justas às vítimas. Logo, o olhar em relação às mulheres em contexto de violência doméstica e familiar não se esgota na concessão das medidas protetivas, mas sim perdura atento à relevância do significado sentimental que representa, para as vítimas, a demora no andamento processual da ação penal e no seu julgamento final.

À vista disso, é possível constatar que o Poder Judiciário paranaense não está voltado somente à sua estruturação e à capacitação dos seus membros para garantir a justiça substancial às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Pelo contrário, exterioriza saber a importância da interinstitucionalidade e do estabelecimento de um diálogo com as vítimas e com o meio social, e age de tal modo através da execução das ações mencionadas e de outras iniciativas, deixando nítido seu compromisso, para além do aspecto formal, com a realidade dessas mulheres e com o objetivo fundamental da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÃO

A partir do presente artigo, tornou-se possível refletir, inicialmente, que as concepções quanto à concretização da “justiça”, para o Direito e para a sociedade, no que se refere às mulheres em situação de violência doméstica

e familiar, encontram pontos divergentes e convergentes, sendo envidadas medidas quanto a estes.

Relacionado às distinções, cumpriu destacar a existência, no processo penal, de alguns limites intransponíveis na atuação do Poder Judiciário, para que esteja em conformidade ao Estado Democrático de Direito, ao sistema acusatório adotado e à sua função de garantidor dos direitos fundamentais do acusado. Assim, ponderou-se que há casos nos quais, ainda que a pretensão da vítima e da sociedade esteja direcionada à responsabilização e à punição do investigado para o alcance da sua visão de justiça, não cabe ao Judiciário fazer o papel da acusação, mas tão somente exercer suas funções de intérprete e aplicador do Direito, o que não significa um descaso em relação à mulher e à sociedade, e sim a promoção da justiça em observância ao ordenamento jurídico.

Noutro norte, um olhar convergente sobre a situação dessas mulheres e a efetivação da justiça consistiu em considerar, no âmbito da ação penal, as características peculiares das condutas delitivas, principalmente o aspecto da clandestinidade, culminando na atribuição de relevância à palavra da vítima, no momento da valoração da prova e da análise do conjunto probatório. Além disso, nos vieses da vítima, da sociedade e do Judiciário, a celeridade no andamento processual e na resposta de mérito deve ser buscada para a realização da justiça substancial.

Na seara extraprocessual, vislumbrou-se compatível a visão da sociedade e do Direito a respeito da imprescindibilidade de maior participação do Judiciário em prol da prevenção da violência doméstica e familiar, da facilitação no acionamento do sistema de justiça e no acompanhamento e supervisão das medidas protetivas aplicadas. Assim, adveio a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, propiciando as bases para a implementação e o fortalecimento dessas ações.

Delimitando a análise sobre o Estado do Paraná, a instituição da CEVID e as iniciativas, medidas e articulações sociais e interinstitucionais revelaram que o Poder Judiciário estadual se dedica com afinco a modificar positivamente a situação das mulheres, de forma preventiva e após a violência já vivenciada. Ao que se observa, o Judiciário paranaense está intensamente presente nas questões relacionadas à proteção dessas vítimas, ao seu empoderamento e à conquista da sua autonomia.

Não obstante a persistência expressiva e preocupante dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, pode-se afirmar que o Judiciário estadual está cumprindo suas atribuições para propiciar a mudança deste cenário no Estado e materializar a justiça às vítimas, inclusive, o fazendo de forma transparente, como verifica-se através da CEVID, e em constante diálogo com os demais atores do sistema de justiça e com a sociedade. Por certo, ainda há muito a ser feito, especialmente mediante a ampliação das ações já efetivadas, todavia, ante o já percorrido e concretizado, é notório que o Poder Judiciário do Paraná está no caminho que efetiva a justiça substancial às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, em consonância e respeito à visão delas, da sociedade e conforme o Direito.

REFERÊNCIAS

- ARISTOTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARRUDA, Jocelaine Espindola da Silva. *Um olhar sobre a Lei Maria da Penha no Paraná: avanços e desafios*. Dissertação. Curitiba, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240, abr/jun. 2005, 1-42.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 615.661/MS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 24 de novembro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.441.535/ES. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 28 de maio de 2019.
- BRASIL; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 1941.
- BRASIL. Decreto nº 8.086, de 30 de agosto de 2013. Institui o Programa Mulher Segura e Protegida. Diário Oficial da União. 2013.
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Diário Oficial da União, 2006.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128, de 17 de março de 2011. Diário da Justiça eletrônico, 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 254, de 04 de setembro de 2018. Diário da Justiça eletrônico, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 1. ed. 2020
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 2. ed. 2020.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 3. ed. 2020.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 4. ed.2020.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 5. ed. 2021.
- COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. Casa da Mulher Brasileira é referência no acolhimento de vítimas de violência em Curitiba. Disponível em:

<http://www.compromissoeatitude.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-referencia-no-acolhimento-de-vitimas-de-violencia-em-curitiba-parana-portal-16-06-2019/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. O que é a campanha compromisso e atitude pela Lei Maria da Penha?. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. Referência Nacional, Casa da Mulher Brasileira completa 4 anos em Curitiba. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/06/1937/Referencia-Nacional-Casa-da-Mulher-Brasileira-completa-4-anos-em-Curitiba.html>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CRUZ, Cleusa Nery Saldanha. Casa da Mulher Brasileira em Curitiba: ações de proteção social às mulheres vítimas de violência doméstica. Trabalho de conclusão de curso. Matinhos, 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/59195/CLEUSA%20NERY%20SALDANHA%20CRUZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3 abr. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord.). Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

FBSP- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 14, 2020. ISSN 1983-7364.

GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Nacional.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PARANÁ. Lei nº 19.788, de 20 de dezembro de 2018. Institui no âmbito do Estado do Paraná as Patrulhas Maria da Penha e dá outras providências. Diário Oficial. Curitiba, 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 20, de 11 de novembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 203, de 09 de julho de 2018. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.

OAB PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira é importante instrumento de enfrentamento à violência de gênero. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-importante-instrumento-de-combate-a-violencia-de-genero/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA. Casa da Mulher Brasileira faz 44 mil

atendimentos. Disponível em: <https://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/casa-da-mulher-brasileira-faz-44-mil-atendimentos/54341>. Acesso em: 16 abr. 2021.

RPC Curitiba. Paraná registra 217 inquéritos de feminicídio ou tentativa em 2020, aponta levantamento. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/01/12/parana-registra-217-inqueritos-de-feminicidio-ou-tentativa-em-2020-aponta-levantamento.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SÁ, Priscila Placha. Dossiê Feminicídio: por que aconteceu com ela?. Priscila Placha Sá (coord.). Curitiba, Tribunal de Justiça do Paraná, 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Convênios e parcerias institucionais. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=35702570. Acesso em: 15 abr. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=41071972. Acesso em: 15 abr. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Lançamento regional da campanha “Compromisso e Atitude” pela Lei Maria da Penha. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/lancamento-regional-da-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 18 abr. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Evento online apresenta a campanha “Sinal Vermelho de Combate à violência doméstica. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/evento-online-nesta-terca-feira-4-8-apresenta-a-campanha-sinal-vermelho-de-combate-a-violencia-domestica/18319. Acesso em: 20 abr. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/cevid>. Acesso em: 13 abr. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=49079625. Acesso em: 13 abr. 2021.

ZAMBAM; Neuro José; ANTUNES, Lucio Henrique Spiazzi Algerich. O agir justo segundo Immanuel Kant: considere razões acerca das motivações. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí, ano 6, n. 11, jan/jun 2018, ISSN 2317-5389, p. 3-30.

**APLICABILIDADE DOS MECANISMOS DO PROCESSO ESTRUTURAL
ÀS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE PLANOS DE SAÚDE:
UMA ANÁLISE A PARTIR DAS DEMANDAS PROPOSTAS NO TJ/PR
POR PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN E AUTISMO**

*APPLICABILITY OF THE STRUCTURAL PROCESS MECHANISMS
TO ACTIONS ON HEALTH PLANS: AN ANALYSIS FROM THE
DEMANDS PROPOSED IN TJ / PR BY PEOPLE WITH
DOWN AND AUTISM SYNDROME*

Sara Zolandek ¹¹⁹

INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é uma realidade notada em todas as instâncias do Poder Judiciário nacional. Sendo o direito à saúde previsto no art. 6º da Constituição Federal, configura-se como direito social garantido a todos os cidadãos, tendo aplicabilidade direta e imediata, conforme clássico ensinamento de José Afonso da Silva (1999).

Com vistas a preservar o direito garantido constitucionalmente, multiplicam-se ações que visam à exigência da prestação adequada dos serviços de saúde, tanto no âmbito público (com demandas propostas contra os entes federativos) quanto no âmbito privado, sustentadas por contratos firmados com operadoras da saúde suplementar.

É nesta última esfera que se centraliza o presente estudo, haja vista que os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados mostram-se ineficientes em casos específicos relativos aos planos de saúde, mormente no que se refere às ações de obrigação de fazer propostas contra operadoras, a fim de obter a cobertura para variados tratamentos indicados pelos médicos para crianças com Síndrome de Down e Transtorno do Espectro Autista.

Diante da complexidade dos casos que chegam ao Judiciário sobre a matéria, os instrumentos processuais nem sempre dão conta de garantir ao cidadão o direito constitucionalmente previsto. Por outro lado, há a preocupação sempre presente de que os planos de saúde não sejam onerados indevidamente, a fim de que se preserve o equilíbrio atuarial das operadoras, as quais, afinal, possuem importante função social, já que atuam no setor suplementar dos serviços de saúde.

Nesse passo, os novos contornos trazidos pela doutrina processualista acerca do processo estrutural parecem indicar uma direção que seria aplicável nessas situações, permitindo-se que o magistrado dispusesse de mecanismos

¹¹⁹ Bacharela em Direito pela UFPR. Especialista em Processo Civil. Assessora na 9ª Câmara Cível do TJPR. E-mail: szolandek@gmail.com.

diferenciados no processo, com o escopo de garantir a tutela do direito material do beneficiário do plano e, ao mesmo tempo, observando a necessidade de consideração dos aspectos econômicos que envolvem as operadoras.

A flexibilização do procedimento e a possibilidade de ampliação da interpretação dos pedidos da parte autora configuram-se como importantes instrumentos processuais, característicos do processo estrutural, que seriam bem aproveitados no âmbito das ações propostas contra os planos de saúde para cobertura dos procedimentos de que as pessoas com Síndrome de Down e Autismo necessitam.

1 AS AÇÕES DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PARA COBERTURA DE PROCEDIMENTOS PARA O TRATAMENTO DE PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN E TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NO TJ/PR

As demandas que discutem o dever de cobertura, por parte das operadoras de saúde, de procedimentos médicos para as pessoas (em geral crianças) que têm Síndrome de Down e Transtorno autista são muito comuns, sendo diariamente analisadas em todas as instâncias.

A fim de se possibilitar a averiguação da plausibilidade da aplicação dos institutos do processo estrutural a essas causas, necessário breve resumo acerca das questões comumente ventiladas em demandas dessa natureza, as quais sintetizam, em verdade, os pontos em que há resistência por parte dos planos de saúde de fornecimento do serviço, ainda que haja indicação profissional da necessidade do paciente.

Nesses casos, normalmente, o paciente necessita de diversos tratamentos, que são contínuos, não sendo possível avaliar, de antemão, o período que deverão ser ministrados, haja vista a impossibilidade, *a priori*, de se estabelecer qual será a evolução do quadro de limitações físicas e cognitivas causadas pela síndrome/transtorno.

A indicação de diversos procedimentos para o mesmo paciente justifica-se diante das peculiaridades que esses pacientes possuem, haja vista que sua condição interfere em diversos aspectos físicos, psicológicos e cognitivos, que devem ser trabalhados para alcançar o melhor resultado possível para manutenção da plena saúde dos sujeitos.

Com relação ao autismo, embora haja ainda divergências científicas, alguns estudos concluíram “tratar-se de uma síndrome com comportamentos específicos, manifestados precocemente, com alteração em diversas áreas do desenvolvimento, tais como: percepção, linguagem e cognição” (TAMANAHAI; PERISSINOTO; CHIARI, 2008).

A Síndrome de Down, que possui etiologia genética conhecida, causa, comumente, “hiperflexibilidade das articulações, dificuldades na fala, hipotonia generalizada, pregas epicantais nos olhos, mãos com pregas simiescas, língua protrusa e prejuízo no desenvolvimento motor” (SANTANA; CAVALCANTE, 2018, p. 1009 - 1018).

As diversas repercussões físicas, psicológicas e cognitivas causadas aos pacientes nessas situações justificam a prescrição de uma série de tratamentos e procedimentos, inclusive de forma precoce, com vistas a um resultado mais significativo.

Não é raro, na judicialização da questão, que o autor da demanda cumule diversos pedidos, para cobertura de diferentes tratamentos. A título de exemplo, cite-se caso em que o requerente, diagnosticado com autismo, pleiteou a cobertura de Fonoaudiologia (Método ABA e PECS), Atendimento Psicológico com Terapia Comportamental (Método ABA) e com experiência em autismo, Psicopedagogia (Método ABA), Integração Sensorial, Terapia Ocupacional (Método ABA/DENVER), Psicomotricidade, Musicoterapia, Hidroterapia, Equoterapia e Imunoterapia Nasal¹²⁰. A maior controvérsia, em situações semelhantes, é a vinculação, ou não, do plano aos procedimentos previstos no rol da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Outra questão que se verifica com frequência da prática do Judiciário, é a relativa à possibilidade de que os tratamentos sejam ministrados fora da rede credenciada pela operadora¹²¹, haja vista que os pacientes, geralmente crianças, estabelecem laços de afetividade com determinados profissionais, os quais muitas vezes deixam de fazer parte do quadro de determinado plano de saúde, afetando o tratamento que, como dito, é contínuo e não possui período pré-determinado para que se finalize.

Há, ainda, a título ilustrativo, discussões acerca do fornecimento de medicamentos de uso domiciliar (inclusive o canabidiol)¹²²; à limitação do número de sessões anuais das terapias¹²³; à possibilidade de cobertura com valores de acordo com o previsto na tabela usualmente praticada pela operadora¹²⁴, entre diversos outros assuntos que dependem da individualidade de cada paciente.

¹²⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0038963-71.2015.8.16.0021. Relatora: Juíza Elizabeth de Fátima Nogueira. Diário da Justiça: 8 abr. 2021. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015286301/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-003896371.2015.8.16.0021#integra_4100000015286301. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹²¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0067858-32.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Guilherme Frederico Hernandez Denz. Diário da Justiça: 10 abr. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015850781/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0067858-32.2020.8.16.0000>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹²² PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0066785-25.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Ademir Ribeiro Richter. Diário da Justiça: 21 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015793951/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0066785-25.2020.8.16.0000>. Acesso em 24 abr. 2021.

¹²³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0054603-07.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Humberto Gonçalves Brito. Diário da Justiça: 1 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015209421/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0054603-07.2020.8.16.0000>. Acesso em: 23 abr. 2021.;

¹²⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça (10. Câmara Cível). Agravo de Instrumento 0062266-07.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira. Diário da Justiça: 2 mar. 2021. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015569831/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0062266-07.2020.8.16.0000>. Acesso em: 23 abr. 2021.

Tendo em vista que as limitações decorrentes da Síndrome de Down e do autismo, em regra, acompanham o paciente por toda a vida e, ao mesmo tempo, há alterações dessas limitações conforme o quadro evolui e/ou em razão da idade do paciente, as necessidades e os tratamentos indicados também se modificam. A situação deve ser vista de forma dinâmica, visto que, como sói ocorrer com todas as pessoas, o próprio passar da vida transforma as restrições e as possibilidades dos sujeitos.

Por essa razão, a jurisprudência depara-se com hipóteses que o processo civil tradicional não dá conta de socorrer. Isso porque, ainda que o magistrado determine a elaboração de prova pericial, a fim de verificar a real necessidade do autor acerca dos procedimentos pleiteados, o laudo funciona como uma fotografia, estática, do momento em que o profissional do juízo avaliou o requerente/paciente e de quais eram as limitações *versus* necessidades dentro daquele estágio específico e, portanto, datado.

Por vezes, entre a concessão da tutela antecipada no bojo dos autos e a sentença final já há alteração e os procedimentos requeridos inicialmente não são necessários, enquanto, nesse ínterim, surgiu a conveniência de se adotar outros tratamentos anteriormente deixados de fora dos pleitos.

Tanto é assim que se tornou prática frequente que os magistrados exijam dos autores a apresentação periódica (bimestral, trimestral ou semestral, em regra) de relatórios dos profissionais que o acompanham, com o fito de se avaliar se estão sendo verificados progressos do paciente e se permanece a imprescindibilidade do tratamento¹²⁵.

Mesmo diante dessa precaução dos magistrados, as dificuldades que o procedimento tradicional encontra nesses casos é evidenciada na prática cotidiana, haja vista que os relatórios nem sempre espelham a realidade do paciente, demandando, por exemplo, a realização de diversos laudos periciais, o que encarece o processo e protela a resolução, violando a economia e a eficiência processuais.

Além disso, depois da sentença ainda é possível, naturalmente, que haja necessidade de adequações do tratamento. Diante disso surgem discussões acerca dos limites impostos pela coisa julgada material, pois, não raro, há ampliação dos pedidos iniciais e não simples alterações decorrentes da obrigação de trato contínuo estabelecida nos contratos de plano de saúde.

O procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, visto de modo tradicional, não é suficiente para uma tutela efetiva do direito material invocado, diante da complexidade que envolve as situações envolvendo autismo e Síndrome de Down, além de não resolver o problema da preocupação sempre premente de manutenção do equilíbrio atuarial dos planos de saúde.

¹²⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0045446-10.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador Roberto Portugal Bacellar. Diário da Justiça: 13 fev. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014761131/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0045446-10.2020.8.16.0000>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Tendo isso em mente é que se deve lançar mão das possibilidades de flexibilização do procedimento, que já são previstas na lei processual, sob a perspectiva atual do processo estrutural, a fim de se permitir, na prática cotidiana dos Tribunais, que o direito à saúde seja plenamente garantido, sem onerar de forma desarrazoada as operadoras.

Importante, nesse passo, averiguar quais são os requisitos que a doutrina destaca para configuração de um processo estrutural e os instrumentos que podem ser utilizados com vistas a um processo efetivo e comprometido com a melhor solução dos conflitos, avaliando-se, em seguida, a plausibilidade de aplicá-los às ações de obrigação de fazer que pleiteiam a cobertura de procedimentos destinados a tratar pessoas com autismo e Síndrome de Down.

2 RAÍZES E REQUISITOS DO PROCESSO ESTRUTURAL E A POSSIBILIDADE DE SUA CONFIGURAÇÃO EM DEMANDAS INDIVIDUAIS DE PLANOS DE SAÚDE

O Processo Estrutural, no Brasil, vem sendo construído pela doutrina processualista, havendo exemplos esparsos de aplicação em decisões judiciais, inclusive no âmbito do STF¹²⁶.

Embora ainda haja poucos exemplos práticos de emprego das técnicas estruturais no processo civil pátrio, o desenvolvimento doutrinário gera amplo debate, com importantes contribuições e claro desenvolvimento do tema, importado do sistema norte-americano.

O caso emblemático de aplicação do procedimento das *class action* é o *Brown v. Board Education*¹²⁷, julgado pela Suprema Corte americana na década de 1950, que declarou inconstitucional leis estaduais que previam a segregação racial nas escolas daquele país (PUGA apud ARENHART; JOBIM (org.), 2021, p. 91 – 145).

A mudança de paradigma jurisdicional realizada pelo julgamento de referido caso deu-se, para Mariela Puga, devido ao fato de que a decisão trouxe uma nova perspectiva sobre quais questões são judicializáveis. Isso porque a Corte considerou, no caso *Brown*, não apenas aspectos formais da questão relativa à segregação. A alteração de ótica sobre a questão foi necessária para justificar a inaplicabilidade de precedente do século XIX¹²⁸, no qual se admitiu a separação dos estudantes por raça (caso *Plessy v. Ferguson*), tendo sido firmado o entendimento de que não haveria inconstitucionalidade, sob a doutrina do “*separate but equal*” (“separados, mas iguais”) (PUGA apud ARENHART; JOBIM (org.), 2021, p. 91 – 145).

¹²⁶ Como exemplos: Pet. n. 3.388 (Ação Popular da Raposa Serra do Sol) e ADPF n. 347 (Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro).

¹²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board Education* (1954). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board Education* (1954). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 19 abr. 2021.

A nova perspectiva acerca dos direitos da população negra nos EUA passou pela consideração inclusive do impacto psicológico da separação racial nas escolas, reconhecendo-se que a igualdade não demanda apenas abstenção estatal, mas também uma postura ativa para enfrentamento do problema racial que a sociedade americana enfrentava naquele momento. Note-se que o pedido, no caso *Brown*, não se limitava ao pedido indenizatório, mas configuravam verdadeiras obrigações de fazer (ou não fazer), com o objetivo de proibir que as escolas impedissem a matrícula de crianças em razão de sua cor. Pretendia-se, por conseguinte, a reforma de diversas instituições e de seu *modus operandi*, com o intuito de superar a segregação imposta socialmente (BAUERMANN apud ARENHART; JOBIM (org.), 2021, p. 305 – 327). Era necessária, portanto, uma mudança estrutural¹²⁹.

A partir desse precedente é identificado o desenvolvimento, em solo norte-americano, das chamadas *structural injunctions*, destinadas a resolver o problema dos direitos cuja implementação exigia mais do que a simples declaração de inconstitucionalidade de determinado ato estatal, carecendo de verdadeira supervisão judicial, com vistas a garantir o implemento efetivo dos direitos reconhecidos pelo Judiciário.

Embora a jurisprudência estadunidense tenha se desenvolvido desde a década de cinquenta do século passado no sentido de busca de efetivação do direito material através de instrumentos processuais estruturantes, o Brasil há pouco começa a abrir as portas do Judiciário a situações semelhantes, talvez em razão da tradição do sistema da *civil law* adotado, que, por definição, é mais rígido, fazendo com que os ajustes necessários tenham uma evolução um pouco mais lenta.

Ainda assim, como adiantado linhas atrás, é possível encontrar precedentes, principalmente no âmbito do STF¹³⁰, de decisões estruturais, destinadas a resolver problemas complexos que exigem mais do que a simples proclamação do resultado de uma ação judicial.

Apesar de não haver tradicionalmente a aplicação dos instrumentos estruturais no processo civil pátrio, a doutrina adverte que há ações judiciais

¹²⁹ A necessidade de se resolver o problema de forma estruturada pode ser bem observada no seguinte excerto do julgamento da Suprema Corte: “Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question - the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term.” Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹³⁰ Como exemplos: Pet. n. 3.388 (Ação Popular da Raposa Serra do Sol) e ADFP n. 347 (Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro).

que, na verdade, espelham a ideia do procedimento estruturante, ainda que não sejam tratadas dessa forma, como é o caso das demandas que buscam o fornecimento de medicamentos pelo SUS, pois, segundo defendido “podem ser compreendidos como decisões estruturais comandos que fixam limites e condições ao fornecimento de medicamentos, como forma de fiscalização do sistema” (CASTELO, 2017), já que, nesse caso, o juiz está atuando fora dos limites rígidos estabelecidos no pedido do autor.

Com o fim de fornecer maiores subsídios para identificação das demandas estruturais, Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020, p. 45 – 81) tecem importantes considerações acerca dos elementos caracterizadores desses processos, sobre os quais se passa a comentar para, posteriormente, analisar a adequação de sua aplicação em ações individuais (uma vez que, comumente, associa-se a ideia do processo estrutural aos litígios coletivos (VITORELLI apud ARENHART; JOBIM (org.), 2021, p. 329 – 385) – nos quais, de fato, a caracterização torna-se mais notável).

De acordo com os autores citados, a demanda estrutural possui algumas características típicas, decorrente diretamente da constatação de que o assunto trazido na inicial se trata de um problema estrutural, ou seja, necessário que haja um estado de desconformidade (não necessariamente ilícita), que não representa a situação ideal para tutela completa do direito material invocado (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA 2020, p. 45 – 81).

Em segundo lugar, para que esteja configurado o processo estrutural, a finalidade buscada deve ser a de reestruturação, através de decisões de implementação escalonada (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020, p. 45 – 81), chamadas “decisões em cascata” (ARENHART, 2013, p. 400).

Ainda, o procedimento deve ser bifásico (como ocorre com a recuperação judicial e a falência), haja vista que a primeira sentença se limita ao reconhecimento da situação desconforme e da necessidade de adequá-la ao estado ideal, estabelecendo o projeto a ser seguido pelas partes para alcançá-lo. Também deve se dar de maneira flexível, dando ênfase à cooperação das partes e às medidas executivas atípicas, que já estão previstos expressamente no CPC, o que leva, invariavelmente, a um processo eminentemente consensual (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020, p. 45 – 81).

Partindo-se, então, da ideia trazidas pelos juristas mencionados, a principal nota a ser analisada para configuração do processo estrutural é justamente a da existência de um problema estrutural ou, em outras palavras, de um estado permanente e contínuo de desconformidade, que exige a implementação de diversas ações pelas partes, a fim de alcançar o estado adequado¹³¹ das coisas, que devem estar em conformidade com o ordenamento e, eventualmente, com o contrato entabulado livremente pelas partes. Nessa esteira, a adoção de uma determinada postura ou alteração de uma conduta

¹³¹ Embora seja frequente a menção ao “estado ideal” de coisas, parece preferível a utilização da expressão “estado adequado”, já que a primeira remete a uma situação irreal e inalcançável.

singular por parte do réu não seria suficiente para que o quadro apresentado pelo autor se modificasse plenamente, atingindo a conformidade desejada, reclamando alteração de todo o contexto em que as partes se encontram.

É por isso que alguns requisitos encontrados na doutrina não são imprescindíveis para que se configure o processo estrutural, como a multipolaridade, a coletividade e a complexidade (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020, p. 45 – 81). Basta, portanto, que se esteja diante de um problema estrutural, ainda que veiculado por meio de uma ação individual (CASTELO, 2017), bipolar e despida de grande complexidade.

Note-se, dessa forma, que as ações propostas contra planos de saúde e que envolvem pessoas com Síndrome de Down e autismo (nas quais se busca a cobertura de variados procedimentos) embora em regra sejam veiculadas individualmente, podem configurar o processo estrutural, desde que, da causa de pedir, se depreenda haver a situação desconforme descrita. Porque, se ao requerente foram indicados uma diversidade de tratamentos pelos médicos que o atendem (geralmente credenciados à própria operadora ré), e houve negativa de cobertura, parece que se estaria diante de um estado de desconformidade, com potencial violação do contrato e da legislação pertinente em diversas áreas e de múltiplos modos.

No tópico anterior, ao se descrever, em linhas gerais, os pedidos que são veiculados nessas demandas, verificou-se, inclusive, que os pedidos não se limitam à cobertura, envolvendo também discussões acerca da possibilidade de prestação dos serviços por profissionais fora da rede credenciada (com quem, não raro, as crianças estabeleceram laços afetivos importantes para seu desenvolvimento); fornecimento de medicamentos (inclusive o canabidiol); limitação do número de sessões anuais; devendo-se citar, ainda, debates relativos à proximidade do local do tratamento com a residência do beneficiário; previsão dos tratamentos no rol da ANS; eficácia dos procedimentos, por serem considerados pelas operadoras como experimentais; entre outros.

Como se vê, o problema que envolve pessoas com Síndrome de Down e as operadoras de plano de saúde, no mais das vezes, apresenta-se em estado de completa desconformidade, violadoras do direito à saúde e à integridade física. Por outro lado, a concessão indiscriminada dos procedimentos em casos individuais, sem critérios objetivos a serem observados, tende a onerar em demasia a operadora e os demais beneficiário, com consequências imprevisíveis ao equilíbrio atuarial do plano.

A despeito do reconhecimento da complexidade estrutural dessas ações, a prática processual encontra impasses de difícil transposição, principalmente quando se encara o processo da forma tradicional, sem dar espaço às inovações trazidas pelo CPC/2015, mormente no que concerne à possibilidade de flexibilização do procedimento, sendo premente a necessidade de se repensar o modo como são tratadas essas lides.

A imposição de apresentação periódica de relatórios profissionais pelos beneficiários, como tem sido exigido em diversos casos no Tribunal de Justiça

do Paraná¹³² é louvável, havendo inclusive influências (talvez involuntárias) de instrumentos do processo estrutural, haja vista que os magistrados adotam a técnica em regra de ofício, aquilatando, portanto, os limites da lide estabelecido pelas partes (em boa hora, diga-se). Entretanto, o mecanismo não parece ser suficiente para sanar as complicações advindas de referidas demandas.

Repise-se o fato de que a própria condição dos autores das ações que visam ao tratamento adequado da Síndrome de Down e do autismo impõe desafios a serem enfrentados no processo. Isso decorre da constatação evidente de que a situação não é estanque, sendo dinâmica, havendo evoluções, progressos e regressos na saúde dos indivíduos, que não podem ser desconsiderados pelo julgador, sob pena de se violar o direito buscado em última análise, a saúde.

Se quando a ação foi proposta o quadro de saúde impunha a adoção do procedimento X, Y e Z, pode ser que quando da sentença a situação haja se alterado, devendo-se adotar agora A, B e C. Nesse caso a aplicação da inteligência do art. 493 do CPC resolveria a questão, pois a modificação da situação fática ocorreu antes mesmo da sentença, podendo o magistrado adequar a decisão à nova realidade. Ainda assim a questão fática subjacente, em casos tais, é de tal forma fluida que mesmo a regra do artigo mencionado pode não se mostrar eficaz (MOSSOI, 2020), por alterar demasiadamente o objeto da lide, impondo-se a consideração de um processo com maior maleabilidade.

Todavia, o maior problema surge, em verdade, após essa fase, quando o processo já se encontra em fase executória e, por vezes, os limites impostos pela coisa julgada material impedem a adoção de uma solução mais adequada e eficaz (ainda que se trate de obrigação de trato sucessivo, há limites intransponíveis, por alteração substancial do pedido, por exemplo).

Nesse sentido é que se vislumbra no processo estrutural, bifásico, uma alternativa interessante para resolução das questões que envolvem as ações individuais propostas por pessoas com Síndrome de Down e autismo, na medida em que seria possível, com a maleabilidade característica dessas ações, adequar a prestação jurisdicional à situação fática apresentada em cada período.

Ora, a primeira decisão limitar-se-ia a reconhecer o estado de desconformidade (plano de saúde que viola sistematicamente os direitos do autor ao descumprir o contrato e a legislação/autor que pleiteia procedimentos desnecessários), indicando, com vistas ao futuro¹³³, qual seria a situação

¹³² PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0045446-10.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador Roberto Portugal Bacellar. Diário da Justiça: 13 fev. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014761131/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-004544610.2020.8.16.0000>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹³³ A primeira decisão no processo estrutural é caracteristicamente futurística, por voltar os olhos ao “dever-ser” da situação. Acerca dessa peculiaridade: SANTOS, Karen Borges dos; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. O Processo Estrutural como instrumento adequado para a tutela de Direitos Fundamentais e a necessidade de ressignificação do Processo Civil. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do->

adequada (autor recebendo os tratamentos necessários e devidamente cobertos, quando assim previsto pela lei e pelo contrato).

Aqui, é bom que se diga, já a primeira fase adotará as técnicas estruturantes, pois, além de projetada ao futuro (com vistas à decisão que estabelece “dever-ser” da situação), também poderá lançar mão da plasticidade típica dessa espécie de procedimento, ao admitir, por exemplo, que a inicial não delimite, como tradicionalmente, os pedidos do autor, que poderão ser genéricos (ainda que a hipótese não se enquadre nas exceções expressas do art. 324, §1º, do CPC) (MOSSOI; MEDINA, 2020). Essa estratégia permitirá, no caso específico aqui tratado, que o requerente possua maior margem de atuação, ao pleitear, ilustrativamente, que o contrato e a legislação correlata sejam observados, garantindo-se os procedimentos de que necessita para o tratamento, a reabilitação, ou o progresso de sua condição física e/ou mental. Como se dará esse cumprimento, especificamente, ficará relegado para a segunda fase. O princípio da congruência deverá, por essas razões, ser visto de modo relativo.

Outro mecanismo interessante para aplicação nessas hipóteses, desde a primeira parte do trâmite, são as medidas atípicas, expressamente previstas pelo CPC (art. 139. IV), uma vez que permitirão o ajuste das determinações judiciais de acordo com as peculiaridades de cada demanda, devendo o juiz usar de atividade criativa, para que o processo alcance a tutela do direito à saúde pleiteado, evitando-se a conversão das obrigações em simples perdas e danos (sendo notória a quantidade de pedidos indenizatórios em ações de planos de saúde), dando-se sempre preferência para a tutela específica da obrigação, que resguarda com maior eficiência os direitos.

Possível se pensar na adoção de um calendário processual (CASTELO, 2017), ajustado entre o juiz e as partes, para a prática dos atos processuais, autorizando que o trâmite esteja em consonância com o período de cada um dos tratamentos que estão sendo ministrados ao paciente, fazendo com que a decisão seja postergada para momento no qual já seja possível avaliar a evolução e, portanto, a adequação/necessidade do procedimento. A calendarização é pouco utilizada na prática, embora prevista pelo CPC/2015 (art. 191).

Na mesma esteira, a audiência de saneamento, regulada pelo art. 357, §3º, do CPC/2015, apesar de (infelizmente) quase não utilizada, mostra-se como um instrumento importante. Isso porque, diante da já descrita plasticidade da demanda e da flexibilização do princípio da congruência, aliadas à complexidade fática, pode ser interessante que o magistrado designe audiência de saneamento para, em conjunto com as partes, esclarecer os pontos controvertidos e, inclusive, tratando-se de processo estrutural, qual seria o “estado adequado” buscado, em verdadeira cooperação entre todos os atores processuais. Até porque esse modelo de processo deve ser, de fato, dialógico, pois “condiciona a formação da estrutura processual sob uma perspectiva democrática, que permita a participação e a influência de todos os sujeitos processuais na formação do provimento jurisdicional” (COTA, 2018, p. 243 – 255).

Nessa perspectiva dialógica e democrática, faz-se imprescindível que o juiz adote uma atitude de cooperação, incentivando as partes e se despidendo de uma postura impositiva, na qual a “figura do juiz é o centro do processo estrutural, sendo a medida estruturante estabelecida pelo próprio órgão jurisdicional, seja a partir de sua própria percepção sobre as necessidades do caso, seja por meio da ajuda de um expert nomeado pelo Juízo” (PICOLI, 2018). Deve-se adotar, então, uma estratégia deferente, dando-se protagonismo às partes (MOSSOI; MEDINA, 2020), na busca da eficiência da tutela jurisdicional, preocupada com a solução do caso posto em análise, sem esquecer das repercussões sociais e econômicas da decisão.

Posteriormente, iniciada a segunda fase, com a flexibilização do que se compreende por coisa julgada, inicia-se a fase na qual são proferidas diversas decisões sucessivas¹³⁴, peculiares do processo estrutural (ARENHART, 2013, p. 400), pois o magistrado funcionará como “fiscalizador”, decidindo, em cada questão surgida, se os parâmetros estabelecidos na fase anterior estão sendo seguidos e se o caminho adotado, a cada postura adotada pelas partes, levará ao resultado almejado.

Uma vez mais os instrumentos construídos no âmbito do estudo dos processos estruturais mostram-se de aplicação pertinente nas ações de planos de saúde que versam sobre pessoas com Síndrome de Down e autismo, haja vista que, nessa segunda fase, será possível que o magistrado acompanhe a evolução e o progresso do paciente, ouvindo as partes e, inclusive, os profissionais envolvidos, a fim de verificar se o estado de desconformidade está andando nos trilhos almejados. Sem dúvidas a adoção desse procedimento seria interessante para ambas as partes. O autor não estaria amarrado ao princípio da congruência, o que permitira que os pleitos fossem adequados aos períodos da evolução do quadro; o réu teria maiores chances e maior número de instrumentos processuais adequados para demonstrar quais os tratamentos indispensáveis e quais não são necessários no caso, tendo em conta também o equilíbrio atuarial da operadora.

A cooperação entre os sujeitos processuais, fundamental nas duas fases, faria com que as partes pudessem realizar concessões mútuas, ajustando a relação jurídica para adequá-la ao estado do “dever-ser”, o que facilitaria a preservação dos direitos do autor, sem onerar em demasia e de forma injustificada o réu.

Importante destacar, ademais, que, em regra, as ações que versam sobre os tratamentos das patologias aqui discutidas são propostas por crianças (haja vista que os procedimentos são indicados na infância para o melhor resultado), o que impõe a intervenção do Ministério Público, como *custus legis*. Indene de dúvidas que a atuação do órgão ministerial seria de extrema produtividade no âmbito de um processo calcado no diálogo e aberto

¹³⁴ FISS, Owen. “The forms of justice”. Harvard law review. nov.-79, v. 93, n. 1, p. 18-19; VIOLIN, Jordão. Ob. cit., p. 23; JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes – Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 96 - 97.

ao ajuste dos atos procedimentais, pois o promotor de justiça teria meios para cooperar na busca do estado “ideal” das coisas, podendo, por exemplo, opinar sobre a maneira indicada de se alcançar os objetivos pretendidos e tendo a possibilidade de fiscalizar se as decisões judiciais estão sendo cumpridas de forma a trilhar o caminho mais congruente com a finalidade almejada.

É preciso, no entanto, que os órgãos da Justiça estejam abertos às novas formas de se pensar o processo civil, as quais demandam um trabalho dialógico, cooperativo e democrático, o que excede a visão tradicional do processo, a qual, por vezes, não é capaz de resolver conflitos complexos e, como visto, problemas estruturais. Apesar de exigir uma compreensão diferente sobre o processo, os mecanismos estão, na sua generalidade, previstos expressamente no CPC/2015, que dá espaço maior de atuação criativa ao magistrado, permitindo que o procedimento seja dotado da plasticidade necessária para a solução de situações de desconformidade estruturada.

CONCLUSÃO

De tudo o que restou exposto, vê-se que os instrumentos que vêm sendo construídos pela doutrina pátria no âmbito dos estudos dos processos estruturais podem ser importantes para uma solução mais eficiente das ações que envolvem os planos de saúde e as pessoas com Síndrome de Down e autismo.

A característica plástica do procedimento, a partir de uma visão estrutural, permite que o magistrado, em cooperação com as partes e com o Ministério Público (como *custus legis*), possa adequar o processo às peculiaridades de cada situação, possibilitando-se que os provimentos judiciais estejam em consonância com a evolução dos tratamentos e o progresso alcançado pelo paciente.

Por outro lado, sendo esse processo calcado no ajuste de vontades, com a utilização de mecanismos de conciliação e cooperação, haveria também repercussões positivas para as operadoras, pois o acompanhamento das necessidades do beneficiário evitaria a concessão de procedimentos ineficazes e desnecessários, o que seria propiciado pelo acompanhamento periódico no âmbito da própria demanda.

A maleabilidade da interpretação dos pedidos do autor teria o condão de viabilizar que fossem realizados ajustes durante o trâmite da ação, alterando-se tratamentos, profissionais, clínicas, número de sessões e tudo o mais que fosse imprescindível para a manutenção da saúde, com a vantagem de que haveria maior grau de certeza acerca da indispensabilidade dos atendimentos, evitando-se onerar indevidamente o plano.

Apesar de a utilização prática dos mecanismos estruturais ainda ser incipiente, principalmente nos processos individuais, acredita-se que esse instrumento auxiliaria o Judiciário na busca da efetivação dos direitos fundamentais, dando ênfase à melhor solução dos casos postos a julgamento, privilegiando-se a tutela do direito material, sem se afastar, contudo, do devido processo legal.

É por isso que, se o magistrado, ao analisar a inicial, entendesse que a demanda proposta contém um estado de desconformidade e, portanto, um problema estrutural, já de seu recebimento deveria advertir as partes acerca do procedimento a ser adotado, observando-se o princípio da não surpresa (art. 10 do CPC). Inclusive, seria produtora já na audiência de conciliação a realização de ajustes necessários, como, por exemplo, com relação ao calendário processual e à necessidade de designação de audiência de saneamento. Além de se prestigiar a não surpresa, estar-se-ia também com os olhos voltados ao futuro, antecipando-se obstáculos que poderiam surgir durante o trâmite, para desde logo afastá-los ou reduzi-los, o que também contribuiria sobremaneira com a economia e celeridade processuais.

Nessa esteira de considerações, acredita-se que essa nova visão sobre o processo civil brasileiro, em conjunto com uma postura menos impositiva dos magistrados, poderia contribuir para o alcance das melhores soluções em relação a quem bate às portas da Justiça com a intenção de obter o tratamento de que mais necessita, para a própria evolução pessoal, física e emocional.

Como se pretendeu esclarecer, embora as ideias do processo estrutural ainda sejam inovações nos Tribunais brasileiros, os mecanismos do próprio CPC/2015 podem instrumentalizá-lo, permitindo que o procedimento tenha a plasticidade imprescindível para casos supercomplexos, possibilitando-se que o estado de desconformidade trazido na inicial, ao final do processo, configure-se em um estado adequado, diante da solução mais compatível com os anseios de todas as partes. Afinal, o fim precípua de todo processo é a tutela dos direitos e a realização dos princípios constitucionais conformadores da República, devendo o processo ajustar seus atos a essa finalidade, ainda que seus mecanismos tenham que ser permanentemente atualizados na prática cotidiana, que deve ser aberta às novas ideias, mormente àquelas que se mostrem compatíveis com um processo célere e eficiente.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sergio. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BAUERMANN, Deirê. Structural Injunctions no Direito Norte-Americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 305 - 327.
- CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 274, dez. 2017.
- COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informações Legislativas*. Brasília, a. 55, n. 217, jan./mar. 2018 p. 243 - 255.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 303. 45 – 81, mai. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board Education* (1954). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard law review*. nov.-79. v. 93, n. 1, p. 18 - 19; VIOLIN, Jordão. Ob. cit., p. 23; JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes – Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 96-97.
- MOSSOI, Alana Caroline. MEDINA, José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais Online*. v. 1018, ago. 2020.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0066785-25.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Ademir Ribeiro Richter. *Diário da Justiça*: 21 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015793951/Ac%C3%B3-0066785-25.2020.8.16.0000>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0054603-07.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Humberto Gonçalves Brito. *Diário da Justiça*: 1 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015209421/Ac%C3%B3-0054603-07.2020.8.16.0000>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0062266-07.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira. *Diário da Justiça*: 2 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015569831/Ac%C3%B3-0062266-07.2020.8.16.0000>. Acesso em 23 abr. 2021.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0045446-10.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador Roberto Portugal Bacellar. *Diário da Justiça*: 13 fev. 2021.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0067858-

32.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Guilherme Frederico Hernandez Denz. Diário da Justiça: 10 abr.2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015850781/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0067858-32.2020.8.16.0000>. Acesso em: 26 abr. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0038963-71.2015.8.16.0021. Relatora: Juíza Elizabeth de Fátima Nogueira. Diário da Justiça: 8 abr. 2021. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015286301/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0038963-71.2015.8.16.0021#integra_4100000015286301. Acesso em: 24 abr. 2021.

PÍCOLI, Bruno de Lima. Processo Estrutural. Dissertação – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 91-145.

SANTANA, Nayara Xavier; CAVALCANTE, Jordano. Conceito neuroevolutivo em pacientes com Síndrome de Down: revisão integrativa. SALUSVITA, Bauru, v. 37, n. 4, p. 1009 - 1018, 2018.

SANTOS, Karen Borges dos; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. O Processo Estrutural como instrumento adequado para a tutela de Direitos Fundamentais e a necessidade de ressignificação do Processo Civil. Disponível em: https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/#_ftnref68. Acesso em: 20 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 329 - 385.

**A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO PELA LEI N.º 13.964/2019:
A PERSECUÇÃO CRIMINAL NO LEITO DE PROCRUSTO**

*THE IMPLEMENTATION OF THE GUARANTEE JUDGE IN
THE BRAZILIAN LEGAL ORDER BY LAW No. 13.964 / 2019:
THE CRIMINAL PERSECUTION IN THE PROCREDIT'S BED*

Gabriela Bulcão Chamberlain Nunes ¹³⁵

INTRODUÇÃO

No dia 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei n.º 13.964, apelidada de “Pacote Anticrime”, inserindo mudanças significativas no Código Penal, no Código de Processo Penal e em leis extravagantes. Dentre as alterações promovidas no Código de Processo Penal, a novel legislação foi responsável por inserir nos procedimentos de persecução penal a figura do juiz das garantias.

A modificação foi substancial, sinalizando a intenção de aproximar o processo penal da ordem constitucional vigente. O prazo de *vacatio legis* fixado na legislação, de outro lado, foi exíguo (30 dias), indicando que se pretendia uma alteração imediata. A prática, porém, sugere certa incompatibilidade entre o princípio do devido processo legal, a segurança jurídica e as sucessivas alternâncias legislativas, gerando possíveis antinomias, assim como entre a ideia de construção de uma nova sistemática processual sem a alteração profunda (ou demolição) das bases que sustentam a antiga norma vigente, já que se costumam verificar resquícios inquisitoriais.

O objetivo da presente pesquisa foi proceder a uma análise crítica da implantação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, verificando a forma pela qual a alteração legislativa foi feita e os contornos conferidos ao instituto, para então, considerando os fundamentos de sua aplicabilidade, examinar as possíveis dificuldades práticas de sua implementação nos procedimentos criminais. A persecução penal, enfim, poderia se adaptar à Constituição Federal, ou teria sido colocada em uma espécie de leito de Procusto? Em alusão ao mito grego, segundo o qual o bandido impiedoso colocava suas vítimas em uma cama de ferro de seu exato tamanho, cortando-lhe as pernas se fossem maiores ou esticando-as se fossem menores, estaria o legislador esticando ou amputando conceitos e institutos jurídicos para encaixá-los onde não cabem?

Justifica-se o presente trabalho pela atualidade do tema e, também, por sua relevância teórica e prática. Embora, atualmente, a eficácia dos dispositivos

¹³⁵ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Assistente II de Juiz de Direito, lotada no Gabinete do Juízo da 5.ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Maringá. E-mail: gabrielachamberlain@hotmail.com.

que disciplinam o instituto esteja suspensa, em razão da concessão de pedido liminar em ação direta de inconstitucionalidade, é possível que o Supremo Tribunal Federal, após cognição exauriente, decida pela constitucionalidade, de sorte que haverá profundas alterações na sistemática do processo penal. Outrossim, o instituto está previsto no anteprojeto do novo Código de Processo Penal, de sorte que a análise sobre as incompatibilidades nos ritos processuais pode contribuir para o debate e aperfeiçoamento do instituto.

Quanto à metodologia utilizada, optou-se, essencialmente, pela pesquisa bibliográfica geral e específica, apreciada de modo a apresentar o panorama geral do instituto do juiz das garantias, seus fundamentos doutrinários e, então, a forma pela qual ocorreu sua inserção no Código de Processo Penal. Utilizou-se o método lógico dedutivo, buscando-se conhecer as regras gerais do instituto e analisar sua compatibilidade com os procedimentos disciplinados no Código de Processo Penal.

1 A PERSECUÇÃO PENAL E OS MODELOS DE SISTEMAS PROCESSUAIS

Determinados bens e interesses, considerados imprescindíveis ao convívio social, devem ser preservados, garantindo estabilidade e permanência à sociedade, motivo pelo qual o legislador escolhe, dentre os bens e interesses mais importantes, aqueles que merecem tutela por meio de normas penais. A escolha deve ser feita em atenção aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, os quais, segundo expõe Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2011, p. 43), orientam a utilização do Direito Penal como *ultima ratio*, legitimando-se a criminalização de determinada conduta apenas quando outras formas de sanção ou outros meios de controle social se revelarem insuficientes.

Conforme elucida Fernando da Costa Tourinho Filho (2017, p. 47), a ocorrência de uma infração penal atenta contra esses bens jurídicos, tutelados em função da vida social, de forma que o Estado não permite que a aplicação do preceito sancionador ao transgressor da norma de comportamento fique ao alvedrio do particular. Sendo os bens tutelados pelas normas penais eminentemente públicos, o direito de punir os infratores corresponde ao Estado. Para o doutrinador, o fato de o Estado ser o detentor do *jus puniendi* é uma das expressões mais características da sua soberania.

Inicialmente, o *jus puniendi* permanece *in abstracto*, eis que o Estado, por meio do Poder Legislativo, ao elaborar as leis penais, no preceito secundário, estabelece sanções àqueles que vieram a violar o mandamento proibitivo contido na norma. No instante em que a norma é violada, acrescenta Tourinho Filho (2017, p. 47), o *jus puniendi* desce do plano *abstracto* para o concreto, e o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringi-la com a inflição da pena.

É certo que, em homenagem aos fundamentos da República Federativa do Brasil e aos princípios constitucionais, a pena somente pode ser imposta pelo órgão jurisdicional competente após o devido processo legal. A atividade

do órgão jurisdicional visando à aplicação da sanção àquele considerado culpado é que se denomina *persecutio criminis*.

Tradicionalmente, considerando-se os princípios informadores e, especialmente, o papel do juiz, o processo penal é categorizado em acusatório, inquisitório e misto. Segundo Tourinho Filho (2017, p. 82), o processo acusatório tem como traços profundamente marcantes o contraditório, a paridade de armas, a publicidade, a divisão entre as funções de acusar e de julgar, as quais são atribuídas a pessoas distintas e, ainda, a existência de órgão determinado incumbido da função acusadora. De outro lado, conforme avalia Valter Kenji Ishida (ISHIDA, 2013, p. 21/22), o processo inquisitório tem como características a existência de uma única pessoa acumulando as funções de acusador e julgador, a limitação do direito de defesa, a inexistência de publicidade e o fato de o acusado ser tratado como objeto, não como parte, do processo, cuja finalidade não é a elucidação da verdade real, mas simplesmente a punição do acusado. O sistema misto, por sua vez, seria uma combinação da forma inquisitória com a forma acusatória, desenvolvendo-se de maneira escalonada e bipartida, sendo a primeira fase, a fase instrutória, secreta, escrita e presidida por um juiz armado de poderes inquisitivos, enquanto na segunda fase, a contraditória, admite-se o amplo exercício do direito de defesa.

Sobre o processo penal brasileiro, majoritariamente, entendia a doutrina tratar-se de sistema acusatório, considerando os princípios constitucionais informadores da atividade jurisdicional e a existência de um órgão oficial de acusação, considerando que a Constituição da República atribui ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal pública (artigo 129, inciso I). Tourinho Filho (2017, p. 84), porém, faz a ressalva de que seria um sistema acusatório não puro, com laivos de inquisitivo, considerando os poderes outorgados ao juiz, capaz de influenciar na produção probatória e, inclusive, na instauração do procedimento criminal. Segundo doutrina minoritária, ainda, o sistema pátrio seria o misto, considerando as características particulares do inquérito policial (ISHIDA, 2013, p. 23).

Encerrando o embate doutrinário, a Lei n.º 13.964/2019 inseriu no Código de Processo Penal brasileiro o artigo 3.º-A, estabelecendo que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Conforme avalia Rogério Sanches Cunha (2020, p. 69), visando harmonizar o Código de Processo Penal ao sistema constitucional, a nova lei criou a figura do juiz das garantias, incumbido do controle da legalidade da investigação criminal e da salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

A implementação do juiz das garantias, então, teria vindo com a pretensão de fortalecer o sistema acusatório, adequando o Código de Processo Penal aos preceitos constitucionais, resolvendo alguns vícios do atual sistema, buscando, nas palavras de Vamário Soares Wandereley de Souza (2020), a concretização da imparcialidade da figura do julgador autônomo e independente, o respeito às garantias fundamentais dos sujeitos do processo, o avanço do ordenamento jurídico penal.

Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2020, p. 103) observa que o atual Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689/1941), inspirado no modelo fascista que deu origem ao denominado *Código Rocco* de 1930, entrou em vigor em 1942, em pleno Estado-Novo. A par da abertura democrática consumada no Brasil com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, e a incorporação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, pontua o doutrinador que o Código sofreu apenas alterações pontuais, como as inseridas pela Lei n.º 10.792/2003 (sistemática do interrogatório), pela Lei n.º 11.689/2008 (procedimento do júri), pela Lei n.º 11.690/2008 (prova), pela Lei n.º 11.719/2008 (procedimento comum) e pela Lei n.º 12.403/2011 (medidas cautelares de natureza pessoal). Não há, até o momento, um Código de Processo Penal nascido inteiramente na ordem constitucional vigente.

Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, 2020) avalia que a incompatibilidade filosófica, política e cultural entre a Constituição e o Código de Processo Penal, por si, já seria suficiente para que as comunidades jurídica e política passassem a lutar pela recodificação completa, mas tal caminho foi abandonado em favor das reformas parciais e incoerentes do ponto de vista sistêmico.

A Lei n.º 13.964/2019, com a tamanha pretensão de tornar o processo penal brasileiro verdadeiramente acusatório e de, enfim, compatibilizá-lo com a Constituição Federal, dando destaque à necessidade de imparcialidade do julgador, preservando-o dos pré-julgamentos, insere no Código mais uma reforma pontual. Seria a reforma, dessa vez, potencialmente capaz de atingir a finalidade ou sinalizaria mais uma dificuldade à efetivação da tutela jurisdicional?

2 A INSERÇÃO DO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Como pontuado, a Lei n.º 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, editada com a finalidade de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, foi a responsável por inserir a figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal vigente. Logo de início, porém, chama a atenção o fato de a novel legislação, reconhecida por recrudescer o tratamento dispensado a diversos institutos penais materiais e, então, apelidada de “Pacote Anticrime”, trazer instituto considerado garantista, já que, em outros países, a figura foi criada para fortalecer a aplicação do garantismo, compreendida como técnica para possibilitar a máxima efetividade de todas as normas em plena coerência com os princípios constitucionais, conforme observa Vladimir Passos de Freitas (2019).

A proposta de inserção do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro estava prevista no anteprojeto de Código de Processo Penal, apresentado ao Senado Federal em 2009, aprovado em 2010 e, então, remetido à Câmara dos Deputados. Trata-se, no caso, de projeto de Código inteiramente novo, com um título dedicado aos princípios fundamentais que orientarão a persecução penal, segundo destaca Alessandra Dias Garcia (2014, p. 208).

O fato é que, no projeto original do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, não havia previsão do juiz das garantias, tampouco a vedação explícita à iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 104/105),

Na verdade, foram ali inseridos através de emenda, reproduzindo, em grande parte, o conteúdo referente à matéria que integrava o Projeto de Lei n. 8045/2010 (Projeto de Lei do Senado n. 156/09), destinado à criação de novo Código de Processo Penal, que até já fora aprovado pelo Senado Federal, mas que ainda aguarda apreciação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

De todo modo, avalia o doutrinador que a legítima aprovação pelo Poder Legislativo, referendada, indiretamente, pelo Presidente da República, representa, enquanto não aprovado o texto de um novo Código, “a maior revolução já experimentada pela legislação processual penal pátria desde 1942, que poderá, enfim, se ver livre de uma estrutura marcadamente inquisitorial que sempre a orientou” (LIMA, 2020, p. 105).

No direito comparado, o juiz das garantias encontra previsão nos ordenamentos processuais penais de países como Portugal, França, Itália, Alemanha, Chile, Colômbia e Estados Unidos (CHALFUN; OLIVEIRA JUNIOR, 2020). Com efeito, a previsão da separação funcional entre a atuação jurisdicional nas fases de investigação e julgamento da persecução penal foi a forma encontrada por diversos países, agora incluindo o Brasil, de garantir maior imparcialidade do órgão julgador.

Um dos fundamentos para tal separação é a Teoria da Dissonância Cognitiva, concebida por Leon Festinger, fundamentada na ideia de que seres racionais tendem a buscar um estado de coerência entre suas opiniões, de modo que passam a desenvolver um comportamento, voluntário ou não, a fim de evitar um sentimento incômodo de dissonância cognitiva. Segundo expõe Renato Brasileiro (2020, p. 123), objetivando retornar ao estado de coerência entre suas cognições, o indivíduo passa a desenvolver diversos processos cognitivo-comportamentais reflexos, dentre os quais o doutrinador destaca: (i) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes; (ii) busca involuntária por informações consonantes com a cognição pré-existente; e (iii) evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes.

Conforme elucida Jordan Vilas Boas Reis (2018), a teoria da dissonância cognitiva foi aproximada da persecução penal pelo jurista Bernd Schunemann, aplicando-se diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão. Segundo Renato Brasileiro (LIMA, 2020, p. 124), o estudo pretendia:

[...] responder se o conhecimento do magistrado acerca da investigação preliminar não acaba impedindo

o processamento adequado das circunstâncias e provas do fato em apuração, eis que o mesmo acabaria ficando vinculado, ainda que involuntariamente, à rota traçada pelas agentes estatais responsáveis pela investigação. [...] O autor questiona até que ponto o contato do magistrado com os autos de um procedimento investigatório seria (ou não) capaz de fixar, em sua psique, uma imagem unilateral e tendenciosa do caso penal, capaz de lhe fechar as portas para outras possibilidades, eis que, uma vez preso à tal versão, buscaria a todo custo comprová-lo no processo, colocando em risco sua imparcialidade.

Nessa perspectiva, a previsão de um juiz responsável pelo controle da legalidade na fase investigatória e impedido de atuar na fase de instrução representaria o enriquecimento da carga valorativa do princípio da imparcialidade, sendo vista por parte da doutrina como representação de avanço significativo à persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, a par das discussões sobre a inconstitucionalidade formal em face de vício de iniciativa na Lei n.º 13.964/19 e, também, de inconstitucionalidade material em razão da violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário e em razão da ausência de prévia dotação orçamentária (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.298, n.º 6.299, n.º 6.300 e n.º 6.305), às quais recaem sobre a forma e/ou momento em que a Lei n.º 13.964/19 foi editada, o instituto do juiz das garantias de per si mostra-se materialmente compatível com a Constituição Federal, representando, na visão de parte da doutrina, grande avanço na missão de eliminar os vícios inquisitoriais do Código de Processo Penal.

O instituto, porém, não está imune a críticas, sendo de todo relevante observar o conjunto de normas inserido no Código de Processo Penal em mais esta reforma pontual, avaliando-se os possíveis resultados práticos de tal previsão.

3 OS CONTORNOS DO INSTITUTO NA LEI N.º 13.964/19

A Lei n.º 13.964/19 inseriu no Código de Processo Penal, especificamente no Livro I “do processo em geral”, título I “disposições preliminares”, os artigos 3.º-A a 3.º-F, tratando dos contornos do juiz das garantias no ordenamento brasileiro. A eficácia de todos eles permanece suspensa *sine die* por decisão do Ministro Luiz Fux, o qual, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, revogou a decisão monocrática das ADIs 6.298, 6.299 e 6.300 e suspendeu, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a implantação do juiz das garantias e de seus consectários, dentre outros dispositivos.

O artigo 3.º-A, mencionado acima, não está diretamente relacionado ao instituto, mas explicita que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação

probatória do órgão da acusação. Logo de início, percebe-se que o dispositivo deixou uma perigosa margem interpretativa, sugerindo, *a contrario sensu*, que a substituição probatória em favor da defesa seria válida. Os limites da palavra “substituição” também se apresentam como potencialmente controversos na aplicação do instituto.

O artigo 3.º-B traz a conceituação do instituto, indicando que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Em sua competência inserem-se, de forma geral, as matérias com reserva de jurisdição compreendidas na fase anterior ao início da ação penal, especialmente¹³⁶:

- I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;
- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;
- VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;
- VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;
- IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

¹³⁶ BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

- X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI - decidir sobre os requerimentos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
- XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
- XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Merece destaque o fato de que o advérbio “especialmente” no *caput* do artigo 3.º-B e a redação do inciso XVIII sugerem que o rol de competências acima transcrito é apenas exemplificativo.

Outro ponto a se ressaltar é que a competência do juiz das garantias na Lei n.º 13.964/2019 foi estendida até o recebimento da denúncia. Como observa Renato Brasileiro de Lima, na redação do Projeto do novo Código de Processo Penal, o qual aguarda apreciação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados, a competência cessava com o oferecimento da denúncia pelo titular da ação penal, de sorte que, em um processo em que não houvesse prisão em flagrante e/ou requerimento de medidas cautelares anteriores (prisão, interceptação telefônica, busca e apreensão, pedido de quebra de sigilo bancário, etc.), o processo poderia tramitar integralmente com a atuação de um único magistrado.

Na sistemática aprovada pelo Congresso Nacional, porém, a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do artigo 399 do Código de Processo Penal (artigo 3.º-C, *caput*). Tal alteração implica dizer que em todos os processos criminais, salvo aqueles em que se apura crime de menor potencial ofensivo, sempre haverá a atuação de dois juízes, nem que a atuação do primeiro seja limitada ao recebimento da denúncia, já que, segundo o artigo 3.º-D, *caput*, o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nessas competências ficará impedido de funcionar no processo.

Nesse ponto, cumpre registrar que a literalidade do dispositivo mencionado remete aos artigos 4.º e 5.º, do Código de Processo Penal, os quais sequer tratam de competência do juiz. Na avaliação de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 168), “evidenciando a forma atropelada, irrefletida e até mesmo irresponsável com que o Congresso Nacional aprovou a Lei n.º 13.964/2019, uma rápida leitura de seus dizeres demonstra que se trata de evidente erro material”, sendo a interpretação de que o juiz que atuar nas competências do artigo 3.º-B estará impedido de funcionar no processo a única possível.

Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, ordenou-se que os tribunais criem um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às novas disposições (parágrafo único).

Continuando, conforme estabelece o §1.º do artigo 3.º-C, uma vez recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. Outrossim, ressaltou-se que as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias (redação do §2.º).

Ademais, o artigo 3.º-C, § 3.º, estaria a recomendar a exclusão física dos autos do inquérito do procedimento judicial, acolhendo, então, os fundamentos da teoria da dissonância cognitiva, a fim de impedir a “contaminação” do juiz da instrução. Estabeleceu que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria do juízo, à disposição das partes, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento. Ressalva-se apenas os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

4 AS INCOMPATIBILIDADES E POSSÍVEIS OBSTÁCULOS À IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Entendido o panorama geral da aplicação do juiz das garantias no ordenamento brasileiro, cumpre analisar as primeiras incompatibilidades técnicas e os obstáculos que se revelam em sua aplicação prática no processo penal brasileiro.

Nesse ponto, não se está fazendo referência à dificuldade logística de atuação de mais de um magistrando frente à realidade da maioria dos Tribunais Federais e Estaduais no extenso território brasileiro. Embora a circunstância seja, efetivamente, um critério a se ponderar, existem meios de contornar o problema, expõe Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa (LOPES JR; ROSA, 2019), citando a possibilidade de realização de concursos que estão represados e são necessários, de atuação de magistrados de comarcas contíguas, de distribuição cruzada e de criação de centrais de inquéritos em comarcas maiores para atendimento das pequenas na mesma região, todos facilitados pelo fato de os inquéritos tramitarem eletronicamente (ao menos na maioria das localidades).

As incompatibilidades que ora se evidenciam são atinentes ao procedimento criminal em si, decorrente, em grande parte, da realização de reformas pontuais na sistemática de persecução penal. Tal circunstância conflita, inclusive, com os pressupostos de que o ordenamento jurídico deve ser único, coerente e completo (ROSA, 2016).

O instituto do juiz das garantias, por expressa previsão, não se aplicará às infrações de menor potencial ofensivo (artigo 3.º-C). Há corrente doutrinária, outrossim, argumentando pela inaplicabilidade das novas disposições ao procedimento especial do tribunal do Júri e, ainda, aos casos de incidência da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), como explica Rogério Sanches Cunha (2020, p. 72). Inexiste previsão, além disso, da aplicação da sistemática nos procedimentos de competência originária de Tribunais.

Destaca-se, então, os procedimentos sumário e ordinário, em especial, as disposições do artigo 394 a 399, do Código de Processo Penal, modificados pela Lei n.º 11.719/2008. Em resumo, oferecida a denúncia, o juiz (no caso, o juiz das garantias) deve verificar se existe uma das causas de rejeição do artigo 395, do Código de Processo Penal. Não havendo, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para apresentação da resposta à acusação.

Apresentada a resposta, o juiz (no caso, o juiz da instrução, eis que o juiz das garantias deverá ter efetuado a remessa dos autos após o recebimento da denúncia), deverá analisar se existe hipótese de absolvição sumária, ou seja, a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato, a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo inimputabilidade, a manifesta atipicidade do fato ou a extinção da punibilidade. Considerando, porém, que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria do juízo e não serão apensados aos autos do processo, com ressalva apenas dos documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, com base em quais elementos deve o juiz da instrução analisar e fundamentar a existência ou inexistência de hipótese de absolvição sumária?

Ademais, caso a defesa apresente teses preliminares de mérito, sustentando a existência de causas que ensejariam a rejeição da denúncia, como deverá proceder? Tem prevalecido o entendimento de que, como

a resposta à acusação é o primeiro momento de manifestação da defesa, é perfeitamente possível que o juiz reveja a decisão que recebeu a inicial acusatória, realizando nova valoração (SAIBRO, 2020). Nessa perspectiva, seria possível que o juiz da instrução realizasse nova avaliação da decisão do juiz das garantias que recebeu a denúncia? Em sendo possível, novamente, com base em quais elementos fundamentaria a nova decisão?

Nem se pode cogitar da manutenção dos autos na competência do juiz das garantias até este momento processual, porquanto a apresentação de resposta à acusação e a análise de hipótese de julgamento antecipado constitui, sem dúvida, etapas de verdadeiro processo penal, não relacionadas à fase investigatória.

De maneira semelhante, decorrente da mesma circunstância, qual seja, a exclusão física dos autos do inquérito, apresenta-se a problemática da obrigatoriedade de reexame da necessidade das medidas cautelares em curso pelo juiz da instrução e julgamento (artigo 3.º-C, §2.º, do Código de Processo Penal) e da obrigatoriedade de revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias (artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019). Segundo indica Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 166), há uma “contradição insuperável decorrente do fato de o legislador não ter implementado uma fase procedimental intermediária entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória”.

Lembre-se, além disso, que a Lei n.º 13.964/2019 não revogou expressamente o artigo 12, do Código de Processo Penal, segundo o qual “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Embora uma interpretação sistemática, especialmente considerando o embasamento na teoria da dissonância cognitiva, possa conduzir à conclusão de que os autos de investigação preliminar não mais poderão integrar os autos do processo judicial, o fato é que, novamente, existe grande margem interpretativa, o que acaba por dificultar o trabalho do aplicador do direito e, ainda, reduzir a segurança jurídica.

A solução apontada por Renato Brasileiro de Lima (2020. P. 167), com a ressalva do autor de que não parece ser a mais técnica, é a de que, ao menos em regra, não mais se deverá permitir ao juiz da instrução e julgamento ter contato com quaisquer dos elementos informativos produzidos na fase de inquérito, mas que, para análise da hipótese de absolvição sumária, revisão da necessidade de cautelares e da prisão preventiva, “outro caminho não há senão se admitir o acesso do juiz da instrução e julgamento aos atos investigatórios”.

Ora, a análise da hipótese de absolvição sumária constitui etapa dos ritos sumário e ordinário, de sorte que, em todos os autos, o juiz da instrução deverá ter acesso, além das provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas, aos elementos informativos inquisitoriais que sejam necessários para fundamentar a decisão. Nesse sentido, se, à luz da teoria da dissonância cognitiva aplicada ao processo penal, já estaria ele “contaminado” pelo produzido na fase anterior, qual o sentido de funcionamento do juiz das garantias?

As incompatibilidades na processualística penal tendem a gerar, reiterar-se, insegurança jurídica, porquanto permanecerá no campo da interpretação a solução para problemas graves ou de “contradições insuperáveis” provocadas pelo legislador.

Conforme expõe Fauzi Hassan Choukr (2000), as reformas pontuais geram incoerências sistêmicas, as quais tendem a ser tratadas com benevolência, já que as sucessivas reformas chamariam a atenção para a necessidade de reforma total. Outrossim, a fragmentação diminui a confiabilidade do sistema e deslegitima o intérprete. Em suas palavras,

Uma das consequências mais desastrosas da pulverização legislativa através das reformas pontuais é que as incoerências sistêmicas e mesmos os erros técnicos tendem a ser tratados com benevolência ímpar pelos operadores do direito. Esse comodismo nada desejável impedirá a correta verificação dos malefícios da reforma fragmentada pois seria politicamente inadmissível a reforma para corrigir o erro da reforma. As sucessivas edições normativas deslegitimariam o processo parcial e, na verdade, chamariam a atenção para a necessidade da reforma total. [...] Neste ponto, a fragmentação legislativa através de tortuosas reformas parciais, além de fazer com que o sistema perca em confiabilidade e coerência interna, deslegitima o intérprete ou, mais que isso, faz nascer a falsa idéia que toda interpretação é possível, na medida em que sem a necessária fronteira colocada pelo ordenamento, não há limites para a interpretação.

O autor também chama atenção para o fato de que, historicamente atrelada a regimes autoritários com reflexos no campo jurídico, a derivação ideológica imediata da sociedade brasileira tem espírito inquisitivo e sendo a “alma processual penal” inquisitiva, seus valores se chocam com os princípios democráticos previstos na Constituição. Não se descarta uma dimensão subjetiva, pela formação cultural dos julgadores, mas, “em suma, não é possível construir uma ‘consciência acusatória’ a partir de reformas fragmentadas”.

Dessa forma, o instituto do juiz das garantias, na sistemática da Lei n.º 13.964/2019, estaria fadado à ineficácia, não atingindo a densidade valorativa do princípio da imparcialidade pretendida e, ademais, dificultando a aplicação da lei penal, com margens interpretativas por onde ainda se revelariam os vícios inquisitoriais.

CONCLUSÃO

A Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, inseriu profundas alterações na legislação penal e incluiu no Código de Processo Penal a figura

do juiz das garantias. O instituto não é novidade no direito interno, já que sua inclusão no projeto de lei que deu azo à Lei n.º 13.964 operou-se por emenda, sendo a proposta extraída do anteprojeto do novo Código de Processo Penal. Tampouco é novidade no direito comparado, já que diversos países, em especial nos continentes Americano e Europeu, já contam com disposições semelhantes em sua ordem jurídica.

Nestes países, de maneira geral, a figura foi criada para fortalecer a aplicação do garantismo, compreendida como técnica para possibilitar a máxima efetividade de todas as normas em plena coerência com os princípios constitucionais. Tendo amparo na Teoria da Dissonância Cognitiva, fundamentada na ideia de que seres racionais tendem a buscar um estado de coerência entre suas opiniões e, para tanto, desenvolver processos cognitivo-comportamentais reflexos, desvalorizando-se elementos dissonantes e buscando informações que corroborem a pré-concepção, pretende-se garantir maior imparcialidade ao órgão julgador, afastando-o, tanto quanto possível, da fase investigatória, a fim de que não se contamine pelas diligências e informações colhidas em sede inquisitorial.

A pretensão seria tornar o processo penal verdadeiramente acusatório, objetivando sua compatibilidade com os princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal. A forma pela qual o instituto foi inserido no ordenamento jurídico e os contornos que lhe foram conferidos pela Lei n.º 13.964/2019, porém, provocaram incompatibilidades técnicas nos procedimentos, em especial, sumário e ordinário, bem como deixou margens interpretativas perigosas, potencialmente perturbadoras do trabalho do aplicador do direito e produtoras de insegurança jurídica.

Dessa forma, o instituto do juiz das garantias, na sistemática da Lei n.º 13.964/2019, estaria direcionado à ineficácia, não atingindo a densidade valorativa do princípio da imparcialidade pretendida e, ademais, dificultando a aplicação da lei penal, com margens interpretativas por onde ainda se revelariam os vícios inquisitoriais, atuando, em última análise, como instrumento contra garantista. Sendo a pretensão de reestruturação do processo penal verdadeira, a mudança deveria vir por um novo código, elaborado inteiramente sob a nova ordem constitucional. Caso contrário, o que se consegue é apenas dificultar a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.
- BRASIL. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal. Acesso em: 10 jul. 2020.
- BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 9 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita e Inconstitucionalidade n.º 6.298. Relator: Ministro Luiz Fux. Medida cautelar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 9 jul. 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- CHALFUN, Gustavo; OLIVEIRA JÚNIOR, José Gomes de. Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF. Migalhas, 6 fev. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em: 9 jul. 2020.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. Âmbito Jurídico, 28 fev. 2000. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/as-reformas-pontuais-do-codigo-de-processo-penal/>. Acesso em: 9 jul. 2020.
- FACCIN, Carlos Eduardo. O Juiz das Garantias: A concretização da imparcialidade por meio da aproximação ao sistema processual penal acusatório. Orientador: Josiane Petry Faria. 2017. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito, Universidade de Passo Fundo, Casca, 2017.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça. Conjur, 29 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>. Acesso em: 9 jul. 2020.
- FROTA, Marcus Vinícius Ferreira de Sousa; COUTO, Gabrielle Paloma Santos Bezerra; ALMEIDA, Marcelo José Coelho; COSSATE, Tatiana Morais. O Juiz

das Garantias como instrumento de consolidação do Sistema Acusatório: A originalidade cognitiva em favor da presunção de inocência. 2018. Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas), Balsas, 2018.

GARCIA, Alessandra Dias. O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal. Orientador: Marcos Alexandre Coelho Zilli. 2014. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

IENNACO, Rodrigo. O juiz de garantias e o conhecimento (a posteriori) do conteúdo da investigação pelo juiz do processo – primeiras impressões. Observatório da Justiça Militar Estadual, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/15/O-juiz-de-garantias-e-o-conhecimento-a-posteriori-do-conteudo-da-investigacao-pelo-juiz-do-processo-%E2%80%93-primeiras-impressoes>. Acesso em: 9 jul. 2020.

ISHIDA, Valter Kenji. Processo Penal: incluindo as Leis n.º 12.654, de 28 de maio de 2012, n.º 12.694, de 24 de julho de 2012, que instituiu o juízo colegiado em primeiro grau, n.º 12.714, de 14 de setembro de 2012, e n.º 12.736, de 30 de novembro de 2012. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal: volume único. 8. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal. Conjur, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 9 jul. 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira. Conjur, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>. Acesso em: 9 jul. 2020.

REIS, Jordan Vilas Boas. Teoria da Dissonância Cognitiva: a primeira impressão é a que fica?. Canal Ciências Criminais, 10 nov. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/dissonancia-cognitiva-primeira-impressao/>. Acesso em: 9 jul. 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. Não se faça de Bobbio: a importância do ordenamento jurídico. Revista Consultor Jurídico, 26 de nov. 2016, às 08h05. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SAIBRO, Henrique. O juiz pode rejeitar a denúncia após a resposta à acusação? Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-juiz-pode-rejeitar-a-denuncia-apos-a-resposta-a-acusacao/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SOUZA, Vamário Soares Wanderley de. A imparcialidade do julgador na figura do juiz das garantias fundamentais. Migalhas, 7 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317977/a-imparcialidade-do-julgador-na-figura-do-juiz-das-garantias-fundamentais>. Acesso em: 9 jul. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

DA NECESSIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL SOB A LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

*OF THE NEED FOR TESTING OF ALCOHOLEMIA IN RULE
OF VULNERABLE UNDER THE LIGHT OF
CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS*

Natan Galves Santana¹³⁷

INTRODUÇÃO

Atualmente e com frequência a sociedade discute aspectos ligados ao direito penal, seja em reuniões entre amigos, familiares ou no trabalho, muitas vezes, com argumentos populistas e com severas críticas aos direitos humanos. Neste aspecto o presente estudo busca abordar as garantias constitucionais em um dos crimes que causam mais repulsa na população, qual seja: estupro de vulnerável.

De conhecimento notório que o Brasil é um Estado Democrático de Direito no qual tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como princípios internacionais a prevalência dos direitos humanos, logo, o Estado deverá assegurar o respeito a todas as pessoas, inclusive, e principalmente aos mais vulneráveis, como é caso dos presidiários.

As principais garantias constitucionais para as pessoas que estão sendo acusada de crimes, podem ser enumerada em três, sendo elas: o princípio da legalidade: somente poderá ter acusação de algum crime se no momento do fato já existia lei prevendo o crime e a pena; o princípio da melhor interpretação ao réu: ou seja, o operador do direito não poderá fazer uso da hermenêutica para aumentar a pena ou a gravidade do delito para o réu; por fim, o princípio do *in dubio pro reo*: assim, no caso de dúvida sobre o cometimento do crime não poderá condenar o acusado.

Em um segundo momento, o presente ensaio verifica como se dá o crime de estupro de vulnerável, com análise sobre o sujeito passivo e ativo, bem como a pena e a sua natureza, além de explanas sobre as suas qualificadoras. Ainda, debate sobre a embriaguez voluntária da vítima e do acusado, e como será a prova da vulnerabilidade da vítima no momento da relação sexual não consentida e como a jurisprudência vem decidindo em casos semelhantes pelo país.

Com isso, surgem diversas indagações como seria possível reconhecer estupro de vulnerável mesmo sem o teste de alcoolemia? É estupro de vulnerável

¹³⁷ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Damásio Educacional. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FAVENI. Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado. Advogado no Paraná. E-mail: ngalvess@gmail.com.

no caso de embriaguez voluntária? Se o réu também estiver alcoolizado será tipificado o art. 217-A do CP? Pois bem, essas e outras indagações poderão ser respondidas por diversos caminhos, há no sistema Judiciário múltiplos entendimentos, longe desde trabalho elencar qual seja correto, mas busca trazer elementos que possibilita reflexões sobre o crime em tela, sem deixar de aplicar os direitos fundamentais humanos de quem poderá ter a liberdade restringida.

Foi utilizada neste estudo a metodologia dedutiva, com revisão bibliografias em doutrinas, livros, periódicos e em legislação constitucional, infraconstitucional, bem como internacional, para melhor análise sobre a temática do estupro de vulnerável decorrente de embriaguez voluntária, provas e a hermenêutica neste tipo de crime.

1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Preliminarmente, frisa-se que rege no Brasil o Estado Democrático de Direito, assim deverá ter um direito penal legítimo e principalmente, seguir os princípios constitucionais, logo, não será admitido a definição absoluta de crimes, ainda deverá seguir a ordem formal e a ordem material, veja-se: “formal (somente a lei pode descrê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito)” (CAPEZ, 2015).

Vislumbraque o princípio da legalidade nasceu como o constitucionalismo, e que essa garantia de liberdade é decorrente da experiência britânica, já que o Direito Penal visa também colocar limites ao poder punitivo que é conferido ao Estado (DOTTI, 2020).

Convém destacar que o princípio da legalidade é espelho de um direito penal moderno que possui seus sólidos fundamentos nos direitos fundamentais, característica marcante do Estado Democrático de Direito, logo, garante a segurança jurídica, a liberdade e, principalmente, o tratamento igualitário. A título de ilustração, frisa-se que o princípio da legalidade ganha força na Revolução Francesa como uma garantia individual, haja vista que, proíbe uma intervenção estatal abusiva e arbitrária (PRADO, 2017).

Ao analisar o princípio da legalidade é imprescindível mencionar o disposto no inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, no qual reza “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹³⁸, em constatação mais minuciosa, pactua com o que estabelece o inciso II, do mencionado artigo, logo, os cidadãos apenas estarão impedidos de fazer algo com proibição legal.

Além de ser uma norma expressa na Lei Maior, também é elencada no art. 1º do Código Penal, que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”¹³⁹. Ademais, comandos jurídicos

¹³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. 1988.

¹³⁹ BRASIL. Código Penal. Brasília, DF. 1940.

que impõe comportamentos deverão ser criados de acordo com a legislação constitucional (MORAES, 2014).

Neste viés, a lei penal deverá ser prévia, ou seja, deve ser estabelecida antes do fato criminoso, além de ser escrita e certa, assim, não poderá ter meios vagos e indeterminados que possa gerar dúvidas para o aplicador do direito, ainda, no caso desta lei ser indeterminada é proibido ao Poder Judiciário utilizar-se da analogia *in malam partem*.

Na esfera penal, o princípio da legalidade desempenha papel fundamental, haja vista, que inibe injustiças, bem como assegura um Estado democrático de Direito, com respeito aos direitos humanos fundamentais, garantindo a preservação da dignidade da pessoa humana. Com lucidez, Medina elenca que a legalidade assume outras dimensões por meio de subprincípios, considerando que a lei penal deve ser criada por lei federal, então, protegerá o princípio da reserva legal, como o princípio da taxatividade, eis que o fato típico deve ser definido como crime, em tempo, é inaceitável em uma democracia o judiciário modificar ou dar outro sentido a norma escrita pelo legislador, já que não é função do juiz legislar, logo, os tribunais devem assegurar a legalidade, devendo o legislador assumir o seu papel para ajustar as leis às exigências buscadas pela sociedade.

Destarte, de grande valia esclarecer que o princípio da legalidade inibe o abuso estatal, já que não poderá criar normas ou interpretar de forma que prejudique o suposto réu, *in verbis*:

É importante notar que, como princípio de limitação do poder punitivo estatal, a legalidade tem seu plano de alcance delimitado pela garantia individual que estabelece à liberdade, não devendo operar contra o cidadão. Assim, a anterioridade da lei somente é exigível para o fim de impedir a maior responsabilização penal, sendo obrigatória a retroatividade sempre que for benéfica à liberdade individual. No mesmo sentido, o requisito da lei escrita não impede a utilização de princípios gerais do Direito, dos costumes ou da jurisprudência como fontes para deslegitimar a punição. Finalmente, a analogia apenas é vedada nas hipóteses de prejuízo ao agente (*in malam partem*), vale dizer, nos casos em que implicar a expansão da responsabilidade penal (SOUZA, 2020, s.p).

Angelin e Correa relata que o princípio da legalidade tem como objetivo principal retirar do Estado o seu poder absoluto, neste diapasão, menciona Bonavides no qual dispõe que este princípio “nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes” (ANGELIN; CORRÊA, 2016).

Posto isso, notório que o princípio da legalidade desempenha função relevante em um Estado Democrático de Direito, considerando que proporciona o respeito aos direitos fundamentais, eis que não haverá abuso estatal, assim, não haverá julgamento, nem condenações sem a prévia publicação da norma proibitiva, pois do contrário, ocorreria ofensa à dignidade humana, além de provocar uma séria de violações aos direitos humanos e aos consagrados na Constituição Federal.

2 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA AO RÉU

Interpretar uma norma jurídica, talvez, parece ser algo simples. Por outro lado, pode ser considerada a mais árdua tarefa do operador do direito, já que em algumas situações não se chegará a um consenso, tendo em vista que cada pessoa possui suas convicções, religião, filosofia, e modo de vida que interferirá direta ou indiretamente na hermenêutica jurídica.

Inadequado seria esquecer as palavras de Cambi, que muito esclarece no que tange as decisões e interpretações judiciais, veja-se:

No Estado Democrático de Direito, o juiz deve ter autoconhecimento de suas neuroses e frustrações, e autocrítica, para não projetar, narcisicamente, os seus desejos ocultos, as suas neuroses e frustrações ao decidir os conflitos de interesses. Isso visa inibir transtornos de personalidade narcisista, evitando a propagação de juízes que se julguem grandiosos e carreguem a necessidade, permanente e excessiva, de admiração e de aprovação da comunidade. [...] Enfim, afirmar que a motivação das decisões deve ser guiada pelo uso das razões públicas significa afastar os juízes de dogmas religiosos ou ideológicos, próprio de determinados segmentos da sociedade, bem como de opiniões particulares, para que a decisão se imponha a todos, legitimando socialmente o exercício da jurisdição (CAMBI, 2020).

Todavia, quando se esta diante de interpretação de norma penal, como deverá ocorrer a interpretação? O Judiciário deve interpretar para prejudicar ou beneficiar o acusado?

Pois bem, percebe-se que a hermenêutica poderá ser criativa de modo a possibilitar uma interpretação mais restritiva ou extensiva, para isso, o intérprete faz uso de vários critérios como a interpretação gramatical, histórico, teleológico e a sistemática, como já analisado o direito penal não tolera que haja julgamento com a lei posterior ao evento criminoso, eis que ofenderia o princípio da legalidade, neste mesmo aspecto, a norma penal deverá ser interpretada pelo sistema gramatical, considerando que uma interpretação extensiva pode agravar o delito, por consequência haveria o agravamento da pena e colocaria em risco o princípio da legalidade. Quiçá entendimento do Supremo Tribunal Federal a interpretação deverá possuir o seu arcabouço constitucional, com especial atenção aos princípios, já que é pacífico na doutrina que a interpretação extensiva poderia ser prejudicial ao réu, eis que o julgador poderia utilizar-se da analogia *in malam partem*, ofendendo o princípio do *in dubio pro reo* (DUTRA, 2014) que ainda será objeto de estudo.

Corroborando o assunto, Streck evidencia que a lei é decorrente de palavras, porém a palavra não consegue de modo satisfatório abranger os múltiplos sentidos, como clássico exemplo da frase: ‘você é um cão’, que poderá ser interpreta de dois modos, o primeiro demonstra a fidelidade de uma pessoa para com a outra, já a segunda interpretação poderá ser completamente oposta, ou seja, ofensiva, de modo crítico e maléfico, continua o autor:

Assim, o grande salto para (um)a teoria do direito (pós-positivista) é a recepção correta (adequada) dos pressupostos teóricos advindos da fenomenologia hermenêutica. Minimamente, todos nós sabemos o que é “legítima defesa”. Todavia, não podemos imaginar as múltiplas possibilidades em que se dá a legítima defesa. Ou seja, conclui-se disso que o legislador não trata das legítimas defesas, mas, sim de um conteúdo “dogmático” de legítima defesa, que busca servir de bússola para as hipóteses aplicativas (STRECK, 2016).

Posto essas considerações, que são as bases iniciais para a interpretação, retorna-se ao tema central da pesquisa. Com a posição que seria impossível o magistrado ao analisar um texto de lei e interpretar de modo que a pena fosse maior ao acusado, já que no caso do texto não estabelecer pena mais gravosa, mesmo com repulsa social, o juiz estará restrita ao texto, logo, deverá se interpretado de modo mais benéfico ao acusado.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, como elenca trecho da ementa de um agravo de recurso especial “em se tratando de matéria penal, havendo dúvidas, deve prevalecer a interpretação que seja mais benéfica ao réu”¹⁴⁰.

A lei de introdução às normas do direito brasileiro menciona em seu art. 4º que no caso de omissão, o juiz poderá aplicar a analogia, costumes ou outros princípios gerais do direito¹⁴¹. No que tange a analogia no direito penal, é possível desde que busca integrar o sistema de exclusão de ilicitude ou de isenção de pena, sendo que a analogia *in bonam partem* é admissível quando a lei impõe ou admite. E que a analogia não se confunde com a interpretação extensiva (DOTTI, 2020). Frisa-se que a lei de introdução ao Código Penal não menciona sobre omissões, entende-se que não poderá ocorrer essas lacunas.

Por outro lado, não é permitido suprir omissões e/ou lacunas deixadas pelo legislador por meio de equiparação, diante disso, vedado o reaproveitamento da norma, sendo unânime que apenas poderá utilizar-se da analogia para beneficiar o réu, ou seja, permitido a analogia *in bonam partem*. O Código Penal possui em seu texto inúmeros artigos que podem ser interpretados de modo extensivo, como no caso do homicídio qualificado pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I), a violação de domicílio, elenca a palavra casa, sem ao menos trazer o conceito (art. 150) (LIMA; MUNIZ NETO, 2020), o estupro de vulnerável que estabelece por qualquer outro meio não puder se defender (art. 217-A, §1º), ocorre que há discussões sobre a embriaguez voluntária.

Por fim, o Poder Judiciário não pode aplicar uma interpretação que cause mais prejuízos ao réu, pois uma interpretação extensiva poderá abrir brechas à violação ao princípio da legalidade, desse modo, se o legislador não utilizou de meios adequados ou ainda, a evolução da sociedade e a indignação social desejam uma punição mais severa a determinados crimes, não cabe ao juiz se encarregar dessa obrigação, eis que apenas fará proveito da hermenêutica jurídica para beneficiar o acusado.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior tribunal de justiça. Agravo em recurso especial. Brasília, DF, 2018.

¹⁴¹ BRASIL. Lei de introdução as normas do direito brasileiro. Brasília, DF. 2010.

3 PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Primeiramente, destaca-se que o processo penal foi um importante instrumento para destruir os direitos fundamentais, sendo que durante a evolução histórica houve uma busca incessante a com fim de buscar a verdade e condenar o culpado. No princípio a prova era religiosa, ou seja, o suposto criminoso era submetido a torturas físicas, caso não houvesse dano, era inocente aos olhos de Deus, caso contrário seria condenado, se alguém ousasse questionar essa prova, seria blasfêmia. Já no século V a.C a prova passou a ser testemunhal sendo valorada por um juiz. Em Roma, ocorreu o período *res publica*, logo quem fosse mais persuasivo teria a melhor prova, porém os tribunais tinham liberdade sobre essa prova. Com o passar do tempo, e principalmente com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi implantado um sistema probatório, consagrando o princípio da presunção de inocência (PINHEIRO, 2021).

Destarte, a Declaração Universal de Direitos Humanos no artigo 11 menciona que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”¹⁴². No mesmo sentido a Constituição Federal de 1988 elenca no inciso LVII, do art. 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁴³. Por fim, o Código de Processo Penal elenca no art. 386, VI que no caso de dúvida o juiz absolverá o acusado no caso de dúvida.

Assinale, ainda, que o princípio do *in dubio pro reo* é um dos mais importantes princípios do processo penal, assim, destaca-se o seu conceito:

Entre os princípios gerais do processo penal inclui-se o *in dubio pro reo*. Se, no momento de decidir, o juiz estiver em dúvida sobre fato juridicamente relevante, a solução deve ser dada em favor do acusado. Do ponto de vista hermenêutico, há questionamento se a máxima do *in dubio pro reo* – inegavelmente aplicável a dúvidas sobre “questões de fato” – é também critério de solução da dúvida sobre “questões de direito” (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2019, s. p).

Há doutrinadores que entendem que o princípio *in dubio pro reo* será aplicado apenas em algumas situações nos casos de agravantes de incriminação, bem como nas causas de exclusão de ilicitude e nos casos de atenuantes, caso o juiz tenha dúvida deverá proferir decisão absolutória, e apresentada toda prova referente ao evento criminoso caberá ao juiz valorar em favor do acusado. Convém enaltecer que o princípio do *in dubio pro reo* é violado caso o julgador decida *contra reum* quanto ainda resta dúvida sobre o caso (PINHEIRO, 2021).

¹⁴² ONU. Declaração Universal dos direitos humanos. 1948

¹⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. 1988.

É bem verdade que o princípio do *in dubio pro reo* é confundido com o princípio da presunção de inocência, porém mesmo sendo gênero e se aplica em favor do réu, há uma distinção. No que tange a presunção de inocência é aplicada na fase processual e extraprocessual, por seu turno, o *in dubio pro reo* a sua aplicação se dá por meio de regra de julgamento, eis que o juiz deve ter certeza dos atos praticados, bem como da qualificadora, pois no caso de dúvida não poderá julgar de outra forma, a não a favor do réu (DEZEM, 2020).

Cabe, ainda, observar que o *in dubio pro reo* tem aplicação no julgamento, em caso de dúvidas, ou seja, trata-se de uma regra de interpretação que guiará o magistrado em seus julgamentos, diante disso, deverá absolver o réu ou não aplicar qualificadoras ou agravantes. Por seu turno, não se pode esquecer, que no inquérito policial vigora o *in dubio pro societate*, desta feita, no caso de dúvida deverá ocorrer à investigação favorecendo a sociedade, eis que vigora um processo democrático, logo, o acusado se defenderá, bem poderá provar a verdade dos fatos, mas após as investigações, se ainda permaneçam dúvidas, o promotor de justiça deverá pedir novas diligências ou arquivar o inquérito (NICOLITT, 2016).

De grande valia mencionar entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, diante disso, destaca-se:

1. Nos crimes de natureza sexual, frequentemente praticados às ocultas e na ausência de testemunhas, a palavra da vítima assume valor proeminente. Neste caso, porém, a eg. Corte de origem destacou que, apesar de existirem elementos que, a princípio corroboram a versão apresentada pela vítima, também é fato que há indícios que amparam a versão exculpante apresentada pela defesa do acusado, de modo a viabilizar a invocação do princípio do *in dubio pro reo*. [...] (STJ - Acórdão Agrg no Aresp 1118273 / Mg, Relator(a): Min. Jorge Mussi, data de julgamento: 18/09/2018, data de publicação: 18/10/2018, 5ª Turma)¹⁴⁴.

Por fim, em caso de dúvida o juiz não poderá seguir a vontade da sociedade, considerando que, em regra, a sociedade busca sempre pela condenação, assim, deverá aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Frisa-se que até o ano de 2009 o crime de estupro de vulnerável não era um crime autônomo, ou seja, não era tipificado no Código Penal, eis que era aplicado o crime de estupro e de atentado violento ao pudor, porém com a publicação da Lei nº. 12.015/2009 o crime atentado violento ao pudor

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Agrg no Aresp 1118273. Brasília, DF. 2018.

foi revogado, e oportunidade em que foi criado o art. 217-A que trata do estupro de vulnerável (SOUZA, 2020, s.p).

Neste sentido destaca-se o art. 217-A do CP “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”¹⁴⁵. Todavia, esse texto, fez com que surgissem diversos debates na sociedade, considerando que não é incomum a prática de relação sexual ou outros atos libidinosos com pessoas cada vez mais novas, eis que todos possui liberdade sexual, diante disso surgem indagações, se o fato do menor de 14 (catorze) anos desejar praticar o ato sexual ou até tenha mantido outras relações sexuais anteriores, também seria um fato criminoso.

Entende-se como “conjunção carnal: é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher”, já o ato libidinoso são os outros atos, como cópula oral, anal, frisa-se que no caso de haver ameaça para que ocorra a relação sexual haverá a tipificação do crime de estupro nos termos do art. 213 do CP (CAPEZ, 2012).

Quiçá leitura do mencionado artigo, verifica que para ocorrer este delito independe de consentimento da vítima, ou seja, mesmo que a pessoa menor de 14 (catorze) anos queria realizar práticas sexuais, o crime estará consumado e mesmo que já tenha tido outras relações sexuais, também haverá se configurado o crime, em razão dessas discussões o STJ editou a súmula 593, reza que

crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente¹⁴⁶.

De grande valia mencionar os motivos que buscam justificar a criminalização da prática sexual com crianças, em um primeiro momento, não seria possível o consentimento de uma criança, pois ainda lhe falta maturidade para discernir sobre vários atos e consequência que poderá advir dessas condutas, bem como a criança nesta idade está moldando a sua personalidade e a sua sexualidade, a prática sexual poderá interromper esse desenvolvimento, e que poderá causar sérios transtornos e prejuízos a essas crianças, pois conforme estudos essas crianças terão no futuro, problemas de relacionamentos, além das dificuldades que terão em manter vínculos afetivos seja no trabalho ou na família. Por fim, o ato sexual em crianças causa lesões corporais, bem como gravidez (SOUZA, 2020, s.p).

Entretanto, o estupro de vulnerável não é apenas nessa situação, o § 1º do art. 217-A, elenca outras hipóteses que ensejará esse crime, *in verbis*:

Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário

¹⁴⁵ BRASIL. Código Penal. Brasília, DF. 1940.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Súmula 593. Brasília, DF. 2017.

discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência¹⁴⁷.

Mister, ressaltar que assim, como os menores de 14 (catorze) anos as pessoas com deficiência ou com enfermidade não consiga expressar sua vontade ou não ter o discernimento para tanto, também será considerando como estupro de vulnerável, todavia, frisa-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº. 13.146/2015 determina que a deficiência não afeta a capacidade civil para as pessoas exercerem os seus direitos sexuais e reprodutivos. Por outro lado, o mesmo estatuto menciona que será deficiência a pessoa que possua algum impedimento de longo prazo, seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial¹⁴⁸, nesse viés, percebe-se que não há exatamente um confronto de normas, mas apenas que busca proteger quem esteja impedido de exercer suas razões.

Diante disso, nota-se que o estupro de vulnerável busca proteger a liberdade sexual, principalmente dos vulneráveis, eis que não possui discernimento para consentir com o ato, assim o sujeito ativo do delito poderá ser qualquer pessoa maior de 18 (dezoito) anos, tanto do sexo feminino como do sexo masculino, por sua vez o sujeito passivo será os menores de 14 (catorze) ou maiores desde que seja vulnerável.

Neste tipo de crime o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, é a intenção do indivíduo de cometer o delito criminoso de fazer o mal a alguém, seja por ação ou por omissão, ainda, no dolo no âmbito do direito penal também será empregado quando o agente assumiu o risco do resultado que acabaria em crime, sendo que poderá ser dividido em dolo direto e o indireto, o dolo direto é o que resulta na intenção criminoso, já o indireto o agente não se preocupa com o resultado, apenas realiza o fato criminoso (SILVA, 2012). Na seara do artigo 217-A “sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais” (CAPEZ, 2012).

O art. 217-A possui em seu texto duas formas de crime qualificado, elencado no § 3º, quando resulta lesão corporal de natureza grave, a pena será de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, e no § 4º, determina que no caso de morte a pena será de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, sendo que no crime previsto no caput e no § 1º a pena será de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Convém esclarecer que o crime de estupro de vulnerável é um crime hediondo, conforme elenca o art. 1º, VI, da Lei nº. 8.072/90, desse modo, nos termos do art. 2º da mencionada lei, são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado (§ 1º) a prisão preventiva terá prazo de 30 (trinta) dias, poderá ser prorrogado se comprovar a necessidade (§ 4º)¹⁴⁹.

Em linhas gerais, pode se afirmar que trata de um crime que busca proteger o vulnerável, seja por deficiência ou idade, o agente deverá ter a

¹⁴⁷ BRASIL. Código Penal. Brasília, DF. 1940.

¹⁴⁸ BRASIL. Estatuto da pessoa com deficiência. Brasília, DF. 2015.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília, DF. 1990.

intenção de praticar o ato, considerando ser um crime doloso, sendo instantâneo e de resultado, por fim, é um crime de ação penal pública incondicionada.

5 EMBRIAGUEZ E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme analisado, o art. 217-A no § 1º, determina que haverá o crime quando uma pessoa não puder oferecer resistência, ou seja, quando a pessoa for vulnerável, diante disso, surgem indagações sobre a vulnerabilidade que o legislador buscar proteger, por consequência, o juiz poderá criar situações que ele entende ser vulnerável, fazendo uma interpretação extensiva e totalmente prejudicial ao acusado, logo violará a hermenêutica constitucional.

Posto essas considerações iniciais, passa a verificar a embriaguez voluntária da vítima no crime de estupro de vulnerável, Capez menciona que outras pessoas estariam impossibilitada de oferecer resistência as investidas do acusado como no caso da pessoa embriagada por completo ou por narcotização, todavia, destaca o doutrinador que esta presunção seria relativa, logo, a vítima deveria provar a completa impossibilidade de resistir, por outro lado, elenca que não seria possível comprovar a impossibilidade de opor ao ato sexual (CAPEZ, 2012).

Há ainda, jurista que se posiciona que a incapacidade de oferecer resistência seria indiferente se foi o acusado que colocou a vítima nesta situação ou simplesmente tenha se aproveitado de a vítima estar impossibilitada de se defender (PRADO, 2017), por outro diapasão, cita-se:

Nesse diapasão, vem à baila a questão referente à embriaguez da vítima, discutindo-se se tal poderia ser um elemento capaz de caracterizar o estupro de vulnerável, ou seriam pertinentes outras figuras delitivas, como a violação mediante fraude. Cuida-se de estupro de vulnerável quando o agente faz com que a vítima se utilize de substância entorpecente, v.g., bebida alcoólica, para manter com ela conjunção carnal ou outro ato libidinoso (SOUZA, 2020. s.p).

Constata que a doutrina não é pacífica, pois há argumentos que são contrários ao estupro de vulnerável quando a vítima de forma involuntária ingere bebidas alcoólicas, para outra parte, não faz diferença como a vítima chegou ao estado de não conseguir oferecer resistência, convém esclarecer que a lei não menciona em quais estados ocorrerá ou não a estupro de vulnerável, ficando a interpretação do juiz.

Posto isso, é de suma importância mencionar que no caso de o entendimento ser favorável ao estupro de vulnerável decorrente da embriaguez da vítima, deverá ter prova suficiente que demonstra a impossibilidade de oferecer resistência, neste cenário, destaca-se o seguinte trecho que relatora menciona sobre um caso que aconteceu no Rio Grande do Sul, pois imprescindível a prova da embriaguez:

que a teria impossibilitado de oferecer resistência à investida do acusado, já que inexistente, nos autos, exame toxicológico

que atestasse o nível de álcool no sangue da vítima ou o uso de qualquer outra substância. [...] Sem essa prova, é inviável afirmar que ela perdera a capacidade de resistência ao suposto ataque sexual, mormente porque a prova oral não é conclusiva a esse respeito [...] Assim, diante da ausência de elementos probatórios capazes de estabelecer o juízo de certeza, mormente no tocante à ausência de discernimento para a prática do ato ou da impossibilidade de oferecer resistência, indispensáveis para sustentar uma condenação, decido a favor do acusado, com fundamento no princípio do in dubio pro reo (MIGALHAS, 2019).

Portanto, nessas situações a prova testemunhal de terceiros ou o depoimento da vítima não serão suficientes para condenar uma pessoa, será necessário que tenha prova técnica, ou seja, indispensável exame médico, confirmando que a quantidade de álcool no sangue da vítima o deixaria incapacitada para resistir a relação sexual, logo, é necessário que a comunicação do crime seja imediata, assim quem tiver conhecimento dos fatos, não poderá deixar passar dias, semanas ou meses para realizar a denúncia, sob pena de ficar impossibilitado de provar que estava completamente alcoolizado, o que o deixava vulnerável.

Mister, que o fato de estar embriagado não coloca a vítima em uma situação de vulnerabilidade, com já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis*:

PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CP. EMBRIAGUEZ. CAPACIDADE DE OFERECER RESISTÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. Impositiva a absolvição, com base no princípio in dubio pro reo, se o conjunto probatório não autoriza afirmar, com a certeza necessária que se exige para condenação pela prática de estupro de vulnerável, que o estado de embriaguez da vítima, no momento do ato sexual, era completa a ponto de retirar-lhe a capacidade de oferecer resistência, principalmente se não foi realizado o teste de alcoolemia. Apelação provida para absolver os réus. (TJDFT - Acórdão 0005828-91.2017.8.07.0007, Relator(a): Des. George Lopes, data de julgamento: 02/08/2018, data de publicação: 16/08/2018, 1ª Turma Criminal)¹⁵⁰.

Assim sendo, verifica-se que a discussão sobre a embriaguez voluntária da vítima e o estupro de vulnerável existe no ordenamento jurídico, em que

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão 0005828-91.2017.8.07.0007. Brasília, DF. 2018.

pese, seja por parte minoritária, ademais, como medida de justiça, o que não se espera diferente, apenas se configura o estupro de vulnerável decorrente de embriaguez completa caso haja teste de alcoolemia, comprovante que a vítima não condições para oferecer resistência a relação sexual, logo, era vulnerável.

CONCLUSÃO

É possível constatar a importância dos direitos humanos fundamentais, pois garante o pleno desenvolvimento humano, bem como o respeito aos princípios constitucionais, evitando assim, que o Estado seja arbitrário e abusivo a população, um clássico exemplo, é o princípio da legalidade, assim, em hipótese alguma o Estado condenar um cidadão sem lei anterior ao fato cometido.

Outro cuidado que merece atenção é a interpretação pelo juiz, considerando que todas as pessoas possuem suas crenças, bem como suas convicções, assim, o cuidado deverá ser redobrado para que não ocorra decisões com cunho pessoal que desejam a aprovação da comunidade, eis que, em muitas situações a comunidade busca a punição, sem o cuidado de como ocorreu os fatos ou das provas que há foram inseridas no processo judicial.

Neste aspecto, entra em cena o crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do Código Penal, que busca proteger a sexualidade de pessoas que não têm condições de consentir com a relação sexual, que é o caso dos menores de 14 anos, as pessoas com alguma deficiência ou enfermidade, além de situações que a pessoa não consiga oferecer resistência.

No que tange as pessoas que não conseguem oferecer resistência, destaca-se as pessoas alcoolizadas, primeiramente, destaca-se que há entendimento que apenas ocorreria estupro de vulnerável caso o acusado com vontade de manter relação sem consentimento utilize de meios para deixar a vítima vulnerável. Para outros, independe como a vítima ficou em estado de vulnerabilidade.

Ainda, no que se refere à embriaguez da vítima é pacífico na jurisprudência que é imprescindível o teste de alcoolemia, ou seja, o exame médico que comprove que a vítima estava em situação completa de embriaguez, assim, vulnerável a situação, portanto, caso a vítima demore para realizar a denúncia, não poderá encaixar o crime de estupro de vulnerável, eis que não haverá prova suficientes para condenação.

Todavia, convém elencar que em muitas decisões este entendimento não é observado, assim, mantém pessoas presas ou até condenam em crime mais severo, pela aprovação social, atacando diretamente a Lei Maior, bem como deixando a justiça de lado.

Por fim, nota-se que o respeito aos direitos fundamentais é essencial para manter o estado Democrático de Direito, desta feita, a interpretação será sempre para beneficiar o réu, e que em caso de dúvidas deverá ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, e que em crime que causa repulsa social como o estupro de vulnerável ou o estupro, deverá seguir os ditames constitucionais, para que não ocorra ofensa aos direitos fundamentais e condenações injustas ou pena superior ao que realmente caberia ao caso.

REFERÊNCIAS

- ANGELIN, Rosângela; CORRÊA, Maite Alexandra Bakalarczyk. A influência dos movimentos sociais na formação da vontade do estado brasileiro e na promoção dos direitos humanos. In: Anais do Congresso Estadual de Teologia, p. 44 - 55. 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. 1988.
- BRASIL. Lei de introdução as normas do direito brasileiro. Brasília, DF. 2010.
- BRASIL. Superior tribunal de justiça. Agravo em recurso especial. Brasília, DF, 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 0005828-91.2017.8.07.0007. Brasília, DF. 2018.
- BRASIL. Estatuto da pessoa com deficiência. Brasília, DF. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Agrg no Aresp 1118273. Brasília, DF. 2018.
- BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília, DF. 1990.
- BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Súmula 593. Brasília, DF. 2017.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: Parte especial 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- DUTRA, Bruna Martins Amorim. O princípio da legalidade e suas implicações na hermenêutica penal. Revista eletrônica de Direito Penal. v. 2. n. 1. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14322>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. Código de processo penal comentado [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- LIMA, Daniel; MUNIZ NETO, José. Analogia e interpretação em direito penal: o que precisamos saber?. Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/analogia-e-interpretacao-em-direito-penal-o-que-precisamos-saber/>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- MIGALHAS, Redação do. Motorista é absolvido de estupro por falta de prova do grau de embriaguez de passageira. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/307830/motorista-e-absolvido-de-estupro-por-falta-de-prova-do-grau-de-embriaguez-de-passageira>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. ed. São paulo: Atlas, 2014.
- NICOLITT, André. Manual de processo penal [livro eletrônico]. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2016.

UNIDAS, Organizações das Nações. Declaração Universal dos direitos humanos. ONU. 1948

PINHEIRO, José Penim. Princípio in dubio pro reo – considerações gerais. Julgar online, 2021.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.

SILVA, De Plácido. E. Vocabulário jurídico conciso. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de. Código Penal comentado [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Por que a norma é sempre o resultado da aplicação do texto. In: MARGRAF, Alencar Frederico et al. Hermenêutica constitucional: desafios para uma interpretação efetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STALKING E O DIREITO

STALKING AND THE LAW

Denise Hammerschmidt¹⁵¹
Zeno Luis Quadros Junior¹⁵²

INTRODUÇÃO

O stalking ainda é pouco conhecido na sociedade brasileira, não por ser um fenômeno raro, mas por ser um fenômeno pouco discutido, o que faz com que as condutas dos stalkers, sujeitos ativos do stalking, não sejam relacionadas entre si, de modo a passarem despercebidas, ao menos enquanto atos de stalking.

Por vezes se noticia um crime passional, motivado por ciúmes do parceiro ou ex-companheiro da vítima, por outras se noticia um crime de ódio, por rejeição do ex-companheiro. Também não é incomum que se apresente o stalker como o perseguidor, sendo que em outra vez se apresenta como o psicótico, ou, até mesmo, como uma pessoa perdidamente apaixonada pela vítima.

Não estão erradas as definições acima, mas a ausência de estudos acerca do stalking acaba por dificultar que se identifique que, embora condutas diferentes, os atos praticados sejam decorrentes do mesmo fenômeno. Todos os casos hipotéticos acima poderiam se referir a stalkers, e, por não serem relacionados entre si e pela falta de discussão acerca do tema, esse fato passaria despercebido.

A situação vem se alterando, e com a promulgação da Lei nº 14.132 de 31 de março de 2021, a conduta de “perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”¹⁵³ passa a ser tipificada. Ou seja, recentemente o Estado passou a enfrentar a existência do fenômeno do stalking na seara do Direito Penal. No âmbito do Direito Civil há uma resposta adequada, mas limitada, por natureza, à esfera econômica.

¹⁵¹ Pós-Doutora pela Universidade de Barcelona. Doutora em Direito Penal e Mestra em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Mestra em Direito Penal Supra Individual pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Juíza Titular da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça no Estado do Paraná. Ex-membra do Conselho Penitenciário do Paraná (COPEN) e do Fundo Penitenciário do Estado do Paraná (FUPEN). Professora visitante já integrando o Corpo Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da UENP. Endereço: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – Sede Mauá. Rua Mauá, 920. Gabinete nº 266 – Centro Cívico. Curitiba – PR. CEP: 80030-200. Telefone: (41) 3210-7549. E-mail: denise_hammerschmidt@hotmail.com

¹⁵² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Assessor de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pesquisador na área de Direito Penal. E-mail: zeno_quadros@yahoo.com.br

¹⁵³ Art. 147-A do Código Penal.

Ainda que o debate esteja sendo fomentado no meio jurídico, principalmente a partir da promulgação da referida lei, são também necessários esforços de conscientização da sociedade. Por óbvio, se a vítima de stalking sequer sabe sobre a existência do fenômeno, dificilmente conseguirá denunciar o agressor como stalker, se limitando a denunciar seus atos, o que retarda o processo, podendo acarretar consequências desastrosas.

O stalking pode ser sofrido por qualquer pessoa, seja homem¹⁵⁴, mulher (MANDEL, 2014), famoso (DEHÖ, 2019) ou pessoa que exerça qualquer atividade¹⁵⁵. Todavia, existem tipos diferentes de stalking, e, conforme fundamentado adiante, as mulheres são as principais vítimas do stalking relacionado à violência doméstica e familiar.

Ainda que recentemente o Poder Legislativo tenha aprovado o Projeto de Lei que veio a criminalizar a conduta do stalking, nos termos supracitados, não se pode ignorar a inércia deste poder, que por mais de uma década debatia o tema, sendo apresentados mais de uma dezena de projetos de leis no Congresso Nacional, até que, finalmente, algo concreto tenha sido feito.

Ademais, a ausência de estudos sobre o tema por parte de órgãos oficiais, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), dificulta a análise do tema segundo as especificidades da realidade brasileira, obstando os debates, ante a ausência de informação.

Desse modo, pretende-se auxiliar na compreensão do tema, se debruçando sobre a conceituação do termo stalking e fazendo um pequeno resgate histórico, visando a melhor elucidação do tema, para então analisar as respostas que o Direito oferece ao fenômeno stalking, seja na seara penal, seja na cível.

1 CONCEITO DE STALKING

Stalking pode ser, inicialmente, conceituado como atos persecutórios e obsessivos. Todavia, para se ter maior clareza, é necessário fazer breve apontamento acerca da etimologia do termo. O termo Stalking vem do idioma inglês britânico, da época medieval, e costumava ser utilizado no âmbito das caçadas, com o significado de se aproximar ou seguir um animal sem ser percebido.

Houve, então, uma evolução do termo, que hoje abriga também a prática que aqui se discute. No Cambridge Dictionary, um dos significados para o termo é o de “seguir um animal ou uma pessoa o mais aproximadamente possível sem ser visto ou ouvido, geralmente visando apanhá-lo ou matá-lo”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Fã de Sean Penn é presa após perseguir o ator e rondar sua casa. Folha de S. Paulo, 2016. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2016/12/fa-de-sean-penn-e-presa-apos-perseguir-o-ator-e-rondar-sua-casa.shtml>. Acesso em: 1 nov. 2019.

¹⁵⁵ Mulheres vítimas de ‘Stalking’ relatam consequências de perseguição que não é considerada crime no Brasil. G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2019/03/10/mulheres-vitimas-de-stalking-relatam-consequencias-de-perseguiacao-que-nao-e-considerada-crime-no-brasil.ghtml>. Disponível em: 1 nov. 2019.

¹⁵⁶ Tradução direta de: “to follow an animal or person as closely as possible without being seen

Porém, a conceituação de Stalking como atos persecutórios e obsessivos não é suficiente, seja pela necessidade de maior precisão quanto à matéria estudada, seja por observância ao Princípio da Máxima Taxatividade, que, como se demonstrará, será necessário para o estudo deste fenômeno na seara do Direito Penal.

Deste modo, cita-se Bruno Bottiglieri (apud COSTA, 2018, p. 1 – 2), que, assim define Stalking:

Stalking também é conhecido como perseguição insidiosa, obsessiva, insistente, persistente ou assédio por intrusão. Este se configura quando o agente, por meio de vários artifícios, invade a rotina e a esfera de privacidade de outra pessoa, repetitivamente, na maioria dos casos, sem violência física, resultando em considerável sofrimento mental, psicossomático e social não só à vítima, mas também às pessoas mais próximas a esta.

Por sua vez, Ana Lara Camargo de Castro e Spencer Toth Sydow conceituam stalking como sendo:

Trata-se de curso de conduta de importunação, caracterizado pela insistência, impertinência e habitualidade; desenvolvido por qualquer meio de contato, vigilância, perseguição ou assédio; e que resulte em perda significativa da tranquilidade, violação da privacidade ou acarrete temor de mal injusto ou grave (CASTRO; SYDOW, 2017, p. 53).

Como se pode observar, um dos pontos em comum entre as definições apresentadas é a necessidade de repetição dos atos, ou melhor, a insistência. Outro ponto relevante é observar que não se trata de uma prática específica, mas de uma invasão à esfera de privacidade da vítima, que pode se dar por variados e numerosos atos.

Não se pode, contudo, ignorar que os atos dos stalkers, além de se repetirem, tendem a variar, de modo que se faz relevante fazer breve análise acerca de tais atos. Ao elencar alguns dos atos dessa miríade de ferramentas das quais se utilizam os stalkers, Bottiglieri aponta que:

Na prática, o evento poderá se manifestar de variadas formas, como, por exemplo: perseguição no trabalho, na rua, em casa, em redes sociais, inúmeras mensagens, cartas ou presentes enviados ao mesmo destinatário, inúmeras ligações, repetidas injúrias, espera de passagem nos lugares que frequente,

or heard, usually in order to catch or kill them”.

ofensas, difamações ou declarações em locais públicos para uma pessoa, dentre muitas outras (COSTA, 2018, p. 2).

Ora, não se pode ter a pretensão de esgotar as formas pelas quais os stalkers invadem a esfera das suas vítimas, mas é necessário que tais métodos sejam objeto de estudo para que a sociedade possa combatê-los com efetividade. É nesse sentido que Bottiglieri descreveu algumas das ações comuns aos stalkers, como citado.

Embora existam numerosos atos pelos quais o stalker possa perseguir sua vítima, alguns merecem detida atenção, como é o caso dos que caracterizam o cyberstalking, de modo que posteriormente abordaremos o tema com maior atenção.

Desse modo, arrisca-se uma definição de stalking, sempre tendo em vista que é um fenômeno que se encontra em mutação, conforme surgem novos meios de perseguição, como sendo uma invasão insistente à esfera de privacidade da vítima, por meio da prática de variados atos que visam a obter determinado controle ou informações sensíveis sobre a vítima, de modo a saciar, temporariamente, o interesse anormal do stalker pela mesma.

2.1 PERFIS DOS STALKERS

Mesmo de posse dessas informações, traçar um perfil para os stalkers é tarefa árdua, principalmente por não existir um único perfil possível, sendo necessário subdividir o stalker em alguns perfis e estudá-los separadamente. Por este motivo, alguns autores formularam estudos em que se esforçam para traçar perfis de stalkers, sendo talvez o mais completo o estudo de Mullen, Pathé e Purcell (2000), analisado por Castro e Sydow (2017, p. 61), que acerca do estudo descreveram:

Mullen, Pathé e Purcell desenvolveram classificação hoje bastante consagrada, subdividindo os stalkers em cinco tipos: rejeitado, rancoroso, carente de intimidade, conquistador incompetente e predador. [...] O rejeitado vem do contexto de ruptura relacional, usualmente erótico-afetiva, mas também familiar ou de amizade. [...] O rancoroso surge do contexto de sentir-se maltratado, injustiçado ou humilhado. [...] O carente busca intimidade, surge de um contexto de solidão e falta de autoconfiança. [...] O conquistador incompetente é aquele que aparece em contexto de solidão ou lascívia, com foco em vítima estranha ou mera conhecida. [...] O predatório surge no contexto de transtorno de preferência sexual (perversão).

Ante o exposto, e considerando a existência de numerosas outras subdivisões, defendidas por outros estudiosos, resta evidente a dificuldade de traçar perfis dos stalkers, para possível tratamento médico, por exemplo.

Ademais, nota-se a necessidade de estudos sobre este fenômeno por institutos brasileiros, para que se estude as peculiaridades existentes no país, e traçar uma melhor resposta, a fim de dirimir o número de novas vítimas, além de evitar, assim, as desastrosas consequências.

2.2 BREVE RESGATE HISTÓRICO

Ainda na tentativa de entender o conceito de stalking, se faz necessário um resgate histórico acerca do tema. Bottiglieri defende que o fenômeno hoje chamado de stalking é “tão antigo quanto o próprio homem no contexto social”, mas pontua a proibição constante no quarto livro, título IV, capítulo IV do Código Justiniano como primeiro registro histórico da existência deste fenômeno, datando de 527 d.C (COSTA, 2018, p. 13).

A despeito de não ter desaparecido ao longo dos anos, a discussão sobre o tema se reacendeu, com maior proximidade do fenômeno de que se trata, no século passado, quando o conceito de Erotomania foi cunhado, como sendo a crença irreal de uma pessoa de que outra pessoa está apaixonada por ele, este delírio também é chamado de Síndrome de Clérambault, por ter sido primeiramente descrito pelo psiquiatra Gaëtan Gatian de Clérambault.

Já naquele século se tinha conhecimento de pessoas que perseguiam atores, e na década de 1980 este fenômeno se intensificou nos Estados Unidos da América. Não foi por outra razão que o primeiro estado americano a proibir a prática em sua legislação foi a Califórnia, onde se localiza Hollywood, distrito que é símbolo do cinema americano, e onde residem numerosos atores daquele país.

Nos anos mais recentes, a internet possibilitou o cyberstalking, de modo que este vem se tornando cada vez mais comum.

3 STALKING E CYBERSTALKING

O cyberstalking pode ser definido como stalking que ocorre no âmbito da internet ou é realizado a partir de meios tecnológicos ou computadorizados. Pela necessidade de tecnologia recente para se configurar, o cyberstalking é um fenômeno novo.

Castro e Sydow relatam o que descrevem como sendo o primeiro caso de cyberstalking registrado (CASTRO; SYDOW, 2017, p. 25 – 40). Também é possível acessar o relato original¹⁵⁷. O caso é simbólico, pois, por ter ocorrido em 1996, ao compará-lo com os atos de cyberstalkers atuais, podemos perceber uma notável diferença, ante o avanço da internet. Os atos realizados na época, hoje seriam ineficazes, mas nem por isso o cyberstalking deixou de existir, apenas adotou outros métodos.

¹⁵⁷ Cyberstalking Happened to Me. Disponível em: http://books.infotoday.com/books/netcrimes2/hitchcock_chap1.pdf. Acesso em: 24 out. 2019.

No caso, J. A. Hitchcock, uma escritora e professora universitária, tomou conhecimento que uma editora, a Woodside Literary Agency, estava aceitando novos autores de sua área. Ao entrar em contato, recebeu uma carta informando que havia interesse no seu livro, mas que ela deveria enviar um manuscrito completo, e que seria cobrada uma taxa de leitura. Como Hitchcock já havia publicado alguns livros e nunca lhe havia sido cobrada tal taxa, ela entrou num grupo de discussões online para perguntar aos demais se conheciam a editora e se o mesmo aconteceu com eles. Foi quando ela descobriu que se tratava de um golpe, e que a referida editora era conhecida por enviar *SPAM*. Então, a professora passou a informar sobre esse fato, nas comunidades online de escritores de que participava.

Em seguida, começou a receber numerosos e-mails com letras repetidas à exaustão, tornando-os gigantescos. Atualmente, talvez esses e-mails fossem direto para a caixa de *SPAM*, e pouco incomodariam, mas na época, isso significava passar dezenas de minutos baixando e-mails sem qualquer conteúdo relevante, ocupando o parco espaço disponível no computador do leitor. Ademais, a internet era discada, o que significa dizer que essas dezenas de minutos fazendo download de e-mails incômodos geravam um custo elevado.

Não fosse suficiente, foram enviados e-mails agressivos à Universidade em que Hitchcock dava aula, falsamente assinados por ela, embora ela desconhecesse os remetentes. Da mesma maneira, foram feitas publicações se passando por ela em grupos de discussões online. Por fim, os atos invasivos não mais se limitavam ao âmbito da internet, mas ameaçavam a vida da professora, que acredita que teve, inclusive, seu carro perseguido por ao menos uma vez.

Ao fazer uma conexão entre esses atos invasivos e a editora Woodside, a professora conseguiu mover o judiciário e ao menos duas pessoas foram presas.

Atualmente, não é um ato padrão de um cyberstalker enviar múltiplos e-mails com letras repetidas, sem qualquer conteúdo, pois isso causaria pouco ou nenhum incômodo. De outro modo, os cyberstalkers atuais vigiam suas vítimas pelas redes sociais, leem, comentam ou interagem com elas, por meio das mesmas redes, em uma frequência desagradável, além de rastrear seus passos, seja por meio de análises constantes dos conteúdos publicados, seja por meios ilícitos como rastreio de celulares. Diversas outras práticas são possíveis, desde que com o fim de invadir a esfera de privacidade da vítima, repetidamente.

Como demonstrado, os atos praticados pelos cyberstalkers se amoldam à realidade da época em que atuam. Da mesma maneira, o cyberstalking não se difere, em suma, do stalking, apenas é um novo método para a obtenção do mesmo fim. Deste modo, apesar do resgate histórico nos mostrar que stalking é um fenômeno antigo, é necessário, como já afirmado, uma análise mais detalhada deste fenômeno ao tempo e no local em que se pretende combatê-lo, motivo pelo qual é necessário maior estudo acerca da realidade do stalking e do cyberstalking no Brasil.

Ainda, necessário consignar que stalking é uma prática muito dispendiosa. O stalker gasta muito empenho, tempo e dinheiro para perseguir a vítima nos mais diversos horários e locais, com os mais diversos meios, repetidamente, muitas vezes por numerosos anos. Por sua vez, o cyberstalking é menos custoso, pois o cyberstalker não precisa deixar suas atividades para perseguir a vítima, do mesmo modo que não precisa se adequar aos horários praticados e locais frequentados pela vítima. Esta diferença faz com que o cyberstalking seja facilmente praticado e, portanto, cada vez mais difundido, de modo que merece especial atenção.

4 ASSÉDIO MORAL, STALKING, BULLYING E MOBBING

Não se pretende aqui estudar Bullying ou Mobbing. Todavia, nota-se que a doutrina, por vezes, classifica a ambos, assim como ao stalking, como variantes de Assédio Moral. Há, inclusive, aqueles que diferem estes fenômenos apenas quanto à etimologia, ou seja, afirmam que não existem diferenças além dos nomes.

Nesse sentido, cita-se Wanderley Elenilton Gonçalves Santos (2012):

É de se notar que o mobbing, o bullying e o stalking, variantes do assédio moral, são fenômenos que se complementam, vez que não existem diferenças técnicas entre elas, distinguindo-as apenas pela etimologia e tempo histórico de surgimento. Sendo assim, partindo das explicações de Hádassa Dolores Bonilha Ferreira, podemos compreender que “a primeira forma de descoberta do assédio moral foi o chamado mobbing. Esse termo advém do verbo inglês to mob, que transmite a idéia de tumulto, turba, confusão. [...] Consiste em um processo envolvendo vários indivíduos contra apenas um. [...] Sua utilização hodierna corresponde a perseguições coletivas, as quais podem culminar em violência física”. (FERREIRA, 2010, p. 57). Perceba que diante da definição exposta, tudo o que foi visto até aqui se amolda ao conceito de mobbing, assim como se amoldará também ao conceito de bullying e stalking.

As condutas, porém, se diferem por mais do que a etimologia e o tempo de surgimento. Como se percebe, Santos utiliza a definição de Mobbing para definir stalking e bullying. Todavia, enquanto mobbing se caracteriza pelo tratamento vexatório dado a um indivíduo por um grupo, o stalking não envolve multiplicidade de pessoas, mas, de regra, duas, a vítima e o stalker.

Quanto às diferenças entre stalking e bullying, Bottiglieri (COSTA, 2018, p. 8) aduz:

Ao contrário do bullying, o stalking busca aproximar-se ou criar laços de afeto com a vítima, ou seja,

se trata de um conjunto de atitudes indiretas na qual o transtorno psicológico experimentado pela vítima não é o principal resultado pretendido pelo intruso, e sim mera consequência da perseguição insistente.

Como não é o objetivo deste estudo, não se avançará na definição dos fenômenos citados, sendo suficiente comprovar que se tratam de fenômenos diferentes.

5 STALKING E A MULHER

Evidente que a mulher não é a única vítima de stalking. Inclusive, Clérambault, quem primeiro descreveu Erotomania, relata casos de delirantes de ambos os sexos.

Aliás, é interessante um registro que Clérambault fez de uma paciente que acreditava que o Rei Jorge V, rei da Inglaterra, estava apaixonado por ela. O psiquiatra convenceu a paciente de que poderia entregar uma carta sua ao Rei Jorge V, fazendo com que ela lhe entregasse uma carta em que assegurava ao Rei seus sentimentos. Esta paciente foi levada à Enfermaria Especial por, ao perseguir o Rei, estapear dois guardas e fazer um escândalo público (FERREIRA; SANTIAGO, 2014, p. 210).

É relevante, contudo, notar que existe o stalking relacionado à violência doméstica e familiar, situação em que a mulher passa a ser a vítima principal. Neste ponto, necessário consignar que a jurisprudência entende se tratar de violência doméstica e familiar também a violência sofrida após o término do relacionamento, inclusive dos relacionamentos que não resultaram em casamento¹⁵⁸, o que é relevante para a aplicação de medidas protetivas, como se verá adiante.

Castro e Sydow também citam, entre outros motivos para que a mulher seja a principal vítima deste tipo de stalking, o fato de que, dentro de um relacionamento, a relação de proteção do homem com a mulher, inclusive tolhendo a liberdade desta, seja na escolha das vestimentas, nos horários, nas amizades etc. é romantizado, extremamente aceito na sociedade atual.

Com isso, torna-se difícil ou demorado perceber que estes atos se tratam de uma invasão à esfera da vítima, posto que, mesmo após o fim do relacionamento, esse controle exacerbado é muitas vezes aceito pela sociedade (CASTRO, 2017, p. 95 e 96).

De modo similar, existe aceitação social também em relação ao cortejo que parte de um homem a uma mulher, que quando se torna mais agressivo pode demorar a ser percebido como um incômodo, sendo confundido, muitas vezes, com demonstração de afeto, ou uma insistência bem quista.

¹⁵⁸ STJ julga cada vez mais ações sobre relacionamentos. Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-25/stj-julga-cada-vez-aco-es-relacionamentos-amorosos/>. Acesso em: 22 out. 2019.

Fato é que neste tipo de stalking, as mulheres são as principais vítimas, e o Direito, até recentemente, não possuía as ferramentas adequadas para tratar destes casos. Espera-se que com a inclusão do art. 147-A no Código Penal, aplicado em consonância com as ferramentas disponíveis pela Lei Maria da Penha, o Estado passe a se mostrar mais atuante contra tais violências. Contudo, impende criticar, novamente, a ausência de estudos acerca do tema por órgãos oficiais, que resultariam em mais dados para elaborar uma política pública que auxiliasse na solução do problema.

6 STALKING E O DIREITO

O Stalking é relevante ao Direito, pois viola numerosos direitos das vítimas, como o direito à intimidade¹⁵⁹, à liberdade individual¹⁶⁰ e o direito à vida privada¹⁶¹, de previsão constitucional, e, a depender dos atos efetivamente praticados pelo stalker, viola o sigilo de correspondência¹⁶² e comunicações telegráficas¹⁶³, direito à honra¹⁶⁴, à livre manifestação do pensamento¹⁶⁵, direito de ir e vir¹⁶⁶, além de direitos da personalidade, da dignidade, entre muitos outros.

Assim, não poderia se furta o Direito ao tema, porque a Constituição Federal de 1988 (CF/88) assegura o “direito a indenização pelo dano material ou moral” decorrente da violação de alguns direitos violados pela prática do fenômeno ora estudado¹⁶⁷. Do mesmo modo, o Código Civil prevê o direito de indenização àquele que teve seu direito violado¹⁶⁸.

Ademais, sendo fenômeno crescente na sociedade, capaz de causar tormenta, necessária a incidência do Direito para adequadamente coibir sua prática, regulando a vida em sociedade, visando à pacificação social.

Contudo, mesmo que demonstrada a necessidade de incidência do Direito sobre o fenômeno ora tratado, imperioso se faz um aprofundamento acerca de como tal fenômeno é tratado atualmente, seja pelo Direito Civil, seja pelo Direito Penal.

7 STALKING E O DIREITO CIVIL

A Responsabilidade Civil é o instituto do Direito Civil que obriga aquele que causou o dano a repará-lo àquele que sofreu o dano. Esse instituto está previsto no Título IX do Livro I, da Parte Especial do Código Civil.

¹⁵⁹ Art. 5º, X, da Constituição Federal.

¹⁶⁰ Art. 5º, caput, da Constituição Federal

¹⁶¹ Art. 5º, X, da Constituição Federal.

¹⁶² Art. 5º, XII, da Constituição Federal.

¹⁶³ Art. 5º, XII, da Constituição Federal.

¹⁶⁴ Art. 5º, X, da Constituição Federal.

¹⁶⁵ Art. 5º, IV, da Constituição Federal.

¹⁶⁶ Art. 5º, XV, da Constituição Federal.

¹⁶⁷ Art. 5º, X, da Constituição Federal.

¹⁶⁸ Art. 186 c/c art. 929, ambos do Código Civil.

Reproduz-se o texto do artigo que inaugura o referido título:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”¹⁶⁹

Da leitura do texto legal, nasce a necessidade de definir o ato ilícito, o que é feito nos art. 186 e 187 do mesmo Código, cujos textos seguem:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”¹⁷⁰

Acerca da caracterização do stalking como ato ilícito ante o disposto no art. 186 do Código Civil, já foi demonstrado que a prática fere numerosos direitos. Mas para classificá-lo como ato ilícito, necessário também demonstrar que causa dano, e, finalmente, que há nexos causal entre o ato e o dano.

O dano pode ser moral, material ou estético. O dano moral é mais facilmente observado no stalking, posto que a ofensa ao direito à imagem, privacidade, honra, entre outros, normalmente configura dano moral, pois afeta a pessoa em seu íntimo. Por sua vez, o dano material também se observa no stalking, mas com menor frequência. Têm-se, aqui, os danos por invasão, por exemplo. Um dano material mais comum é o gasto com médicos, pois ser vítima de stalking é psicologicamente traumático. Ainda, a vítima de stalking pode perder seu emprego por causa do stalker, por meio de práticas como a que foi relatada pela professora Hitchcock (2017, p. 25 – 40), ou pela insegurança causada à vítima, que opta por se mudar, mudar sua rotina. Consigne-se que o Código Civil, em seu art. 402, dispõe sobre os lucros cessantes. Os danos estéticos se configuram, em suma, quando a vítima tem sua integridade física afetada de maneira irreversível, afetando sua estética permanentemente.

Embora não seja jurisprudência dominante, nem haja previsão legal nesse sentido, é possível que se discuta os danos ao projeto de vida. É especialmente relevante no caso em apreço, pois o stalking pode afetar a vítima em seu íntimo, de maneira grave, de modo que esta altere seus planos de vida, ou altere-os para poder se ver livre do stalker.

¹⁶⁹ Art. 927 do Código Civil.

¹⁷⁰ Art. 186 e 187 do Código Civil.

8 STALKING E O DIREITO PENAL

Diferentemente do Direito Civil, no Direito Penal vigora o Princípio da Máxima Taxatividade, como aduzem Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 206), no excerto que a seguir se transcreve:

“Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas, nem por isso o princípio da legalidade deve ser desprezado, mas sim cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra. Daí, não basta que a criminalização primária se formaliza em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme o princípio da máxima taxatividade legal.”

Assim, para que a prática de stalking seja proibida pelo Direito Penal Brasileiro, é necessária uma previsão específica, que até recentemente não existia, mesmo se tratando de um fenômeno que tanto mal à saúde, física e/ou psicológica. Tal fato não impedia em absoluto a atuação do braço mais pesado do poder estatal em todos os casos, isso porque: (i) a conduta do stalker muitas vezes atrai a aplicação de outros tipos penais e (ii) antes de promulgada a Lei 14.132/21, era aplicável o art. 65 da Lei das Contravenções Penais (LCP) em alguns casos.

Assim, a título de análise histórica, cita-se o art. 65 da LCP:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.¹⁷¹

Ainda, até a promulgação da lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, era possível a aplicação do art. 61 da LCP aos atos de cyberstalking ofensivos ao pudor. O referido artigo assim dispunha:

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.¹⁷²

Todavia, a Lei 13.718/18 revogou o supracitado artigo, adicionando, entre outros, o art. 215-A ao Código Penal, que passa a ter a seguinte redação:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria

¹⁷¹ Art. 65 da Lei das Contravenções Penais.

¹⁷² Art. 61 da Lei das Contravenções Penais.

lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.¹⁷³

Atualmente, vigora a Lei 14.132, de 31 de março de 2021, que revoga o art. 65 da LCP e adiciona o art. 147-A ao Código Penal, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Perseguição

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.”¹⁷⁴

O art. 147-A do Código Penal, por ter sido promulgado muito recentemente, ainda não foi objeto de análise por nenhum tribunal, inexistindo jurisprudência acerca de sua aplicação. Também, por ora, são poucos os posicionamentos doutrinários.

Assim, necessária uma breve análise do tipo, consignando-se, contudo, que alguns pontos podem vir a ter entendimentos jurisprudenciais específicos, principalmente considerando a abertura do referido tipo.

8.1 ANÁLISE DO TIPO PENAL DO ART. 147-A DO CÓDIGO PENAL

Perseguição

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

¹⁷³ Art. 215-A do Código Penal.

¹⁷⁴ Art. 147-A do Código Penal.

I – contra criança, adolescente ou idoso;
 II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;
 III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.
 § 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.
 § 3º Somente se procede mediante representação

Bem jurídico tutelado: O art. 147-A tipifica a conduta de perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. O principal bem jurídico tutelado é a *Liberdade Individual*, conforme indica a localização do tipo dentro do Código Penal, ou seja, no Capítulo VI, intitulado “Dos Crimes Contra a Liberdade Individual”, Seção I, intitulado “Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal”. A Liberdade Individual é bem jurídico de ordem constitucional, estando insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Subsidiariamente, tutela-se os bens jurídicos *intimidade*¹⁷⁵ e *liberdade individual*¹⁷⁶ e o *direito à vida privada*.

Sujeito ativo: Não havendo qualquer limitação prevista na lei, ou pela natureza da conduta, o sujeito ativo é *qualquer pessoa*.

Sujeito passivo: O sujeito passivo também é *qualquer pessoa*, mas se faz relevante consignar que há aumento de pena se o sujeito passivo for criança, adolescente, idoso, ou mulher que sofra a perseguição por razão da condição do sexo feminino.

Tipo objetivo: O núcleo do tipo é o verbo *perseguir*, mas tal perseguição deve ser reiterada. Perseguir significa ir atrás de, atormentar, importunar (CUNHA, 2021). Importante consignar que a perseguição, além de reiterada, deve resultar em ameaça à integridade física ou psicológica, restrição à capacidade de locomoção ou invasão ou perturbação à esfera de liberdade ou de privacidade da vítima.

Tipo subjetivo: Exige-se o *dolo*, não havendo exigência de elemento subjetivo especial. Não é admitida a modalidade culposa.

Classificação doutrinária: Há maior divergência de posicionamentos na doutrina neste ponto, havendo posicionamentos no sentido de que se trata de crime material (GRECO, 2021), formal (BARROS, 2021; COSTA; FONTES; HOFFMAN, 2021), ou mesmo uma mescla de ambos (PROCOPIO, 2021). Filiamo-nos à tese de que se trata de *crime formal*, por entender que é desnecessário que ocorra um resultado naturalístico para a consumação do crime, mas não ignorando a possibilidade de que o mesmo ocorra.

¹⁷⁵ Art. 5º, X, da Constituição Federal.

¹⁷⁶ Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal

Consumação: O crime previsto é um crime habitual (GRECO, 2021), de modo que necessário que se pratiquem reiterados atos para que se consume o crime. Assim, *não é possível a tentativa*.

Pena prevista: Reclusão, de seis meses a dois anos, e multa. A pena é aumentada em metade se o crime for contra criança, adolescente, idoso, ou mulher que sofra a perseguição por razão da condição do sexo feminino.

Prescrição penal em abstrato: No caso do *caput*, a prescrição em abstrato se dá em *quatro anos* (art. 109, V, do CP); No caso do parágrafo primeiro, a prescrição em abstrato se dá em *oito anos* (art. 109, IV, do CP).

Ação penal: *Pública condicionada*, conforme o parágrafo 3º do dispositivo em comento.

Benefícios Penais ou Processuais: Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, de modo que se aplica a Lei 9.099/95, possibilitando a transação penal, bem como a suspensão condicional do processo. Contudo, quando praticado contra mulher no âmbito da violência doméstica, aplica-se a Lei 11.340/06, restando afastada a aplicação da Lei 9.099/95 e seus benefícios (art. 41 da Lei 11.340/06).

Competência: *Justiça Estadual*, podendo ter sua competência atraída para a Justiça Federal por peculiaridades do caso concreto, nos termos do art. 109, IV, da CF/88 c/c art. 109, IX, da CF/88.

8.2 LEI 11.340/06

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Esta lei prevê medidas protetivas de urgência para garantir a segurança da mulher, dentre as quais, a suspensão da posse de armas, o afastamento do lar por parte do agressor, a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores etc.

Tais medidas protetivas, de fato, aumentam a segurança da mulher e são plenamente aplicáveis aos casos de stalking que mais as afetam. Ademais, a jurisprudência, como dito, possui interpretação extensiva com relação à violência doméstica e familiar, de maneira que enquadra neste conceito a violência sofrida pelo ex-marido, por exemplo.

Ainda, consigne-se que esta lei proíbe a substituição da pena, transfere a competência para a Justiça Ordinária e permite a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou instrução criminal.

CONCLUSÃO

Analisado o conceito de stalking, algumas de suas formas, demonstrado não ser fato recente, e comprovados os males sociais que tal fenômeno causa, resta claro que o Estado não pode se eximir de se opor ao stalking, buscando meios para melhor entender e evitar sua ocorrência.

Porém, a ausência de estudos empíricos, por meio de órgãos oficiais, sobre o tema, como já defendido, afeta em muito a discussão. Todavia, pôde-

se chegar à uma conceituação, e, a partir dela, analisar as respostas que o Estado Brasileiro dá ao fenômeno do stalking.

Assim, observou-se que a resposta do Estado na seara do Direito Civil é adequada, embora insuficiente pela própria natureza do Direito Civil. O Direito Penal, ainda que muitos anos atrasado, a partir da recente promulgação da Lei 14.132 de 31 de março de 2021, começa a efetivamente proteger a vítima dessas condutas tão maléficas. Resta-nos, enquanto operadores do direito, estudar o tema e defender uma adequada aplicação da legislação acerca do tema pelos tribunais. Mais que isso, enquanto cidadãos, cabe fomentar a discussão, para que as vítimas de stalkers saibam pelo que estão passando e possam buscar guarida no direito, principalmente considerando que o art. 147-A do Código Penal prevê o processamento por meio de Ação Penal Pública Condicionada à representação da vítima.

Ademais, se faz importante recordar que a Lei 11.340/06 lança uma luz à situação das mulheres vítimas de stalking no âmbito da violência doméstica e familiar.

Por fim, ainda, ao analisar os Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, pode-se notar que, embora alguns tenham sua tramitação demasiadamente alongada, existem Projetos que estão avançando, com propostas positivas. Todavia, repete-se: é urgente um estudo empírico, para lançar luz sobre o fenômeno especificamente na realidade brasileira, para que, então, se possa combatê-lo de maneira eficaz.

REFERÊNCIAS

AMIKY, Luciana Gerbovic. Stalking. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2019.

Aprovado projetos que tipificam o ‘stalking’ como crime ou contravenção penal. Senado Notícias, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/14/aprovados-projetos-que-tipificam-o-stalking-como-crime-ou-contravencao-penal/>. Acesso em: 22 out. 2019.

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo doutrinário do stalking (crime de perseguição persistente, novo artigo 147-A do Código Penal. Portal genjurídico.com.br, 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/05/estudo-doutrinario-do-stalking/>. Acessado em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5419/2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=664484&filename=PL+5419/2009. Acesso em: 30 out. 2019. Texto Original.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 1369/2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7924938&ts=1571777924958&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2019. Texto Original.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 1414/2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7926755&ts=1571776975706&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2019. Texto Original.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 236/2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1572470009377&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2019. Texto Original.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. “Stalking” ou assédio por intrusão e violência contra a mulher. *Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-96/assedio-moral-bullying-mobbing-e-stalking-semelhancas-distincoes-e-consequencias-juridicas/>. Acesso em: 22 out. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Tramitação do Projeto de Lei 1414/2019 na Câmara dos Deputados. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2225516>. Acesso em: 30 out. 2019

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Tramitação do Projeto de Lei 5419/2009 na Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=438638>. Acesso em: 30 out. 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

COSTA, Adriano Souza; FONTES, Eduardo; HOFFMAN, Henrique. *Stalking: o crime de perseguição ameaçadora*. *Revista Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policia-stalking-crime-perseguiacao-ameacadora>. Acesso em: 20 abr. 2021.

COSTA, Bruno Bottiglieri Freitas. *Stalking: A responsabilidade civil e penal daqueles que perseguem obsessivamente*. Santos: Clube dos Autores, 2018.

CCJ pretende criminalizar prática de perseguição obsessiva, o ‘stalking’. *Senado Notícias*, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/03/ccj-pretende-criminalizar-pratica-de-perseguiacao-obsessiva-o-2018stalking2019/>. Acesso em: 22 out. 2019.

CRESPO, Marcelo. *Algumas reflexões sobre o cyberstalking*. *Canal Ciências Criminais*, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking/>. Acesso em: 03 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 14.132/21: Insere no Código Penal o art. 174-A para tipificar o crime de perseguição*. *Meu Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Cyberstalking Happened to Me. Disponível em: http://books.infotoday.com/books/netcrimes2/hitchcock_chap1.pdf Acesso em: 24 out. 2019.

DEHÒ, Maurício. “Stalker” de Natalie Portman que diz ser John Wick é preso nos EUA. *UOL*, 2019. Disponível em: <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/27/stalker-de-natalie-portman-que-diz-ser-john-wick-e-presos-nos-eua.htm>. Acesso em: 1 nov. 2019.

Fã de Sean Penn é presa após perseguir o ator e rondar sua casa. *Folha de S. Paulo*, 2016. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2016/12/fa-de-sean-penn-e-presa-apos-perseguir-o-ator-e-rondar-sua-casa.shtml>. Acesso em: 1 nov. 2019.

FERNANDES, Talita. *Importunação sexual agora é crime; lei pune ejaculação em público*. *Folha de S. Paulo*, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/importunacao-sexual-agora-e-crime-ejacular-em-mulheres-no-transporte-e-exemplo.shtml>. Acesso em: 29 out. 2019.

FERREIRA, Cristiana Miranda Ramos; SANTIAGO, Jéses. *Apresentação de*

pacientes: Clérambault, mestre de Lacan. Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, 2014. Disponível em: <http://www.psicopatologiafundamental.org.br/uploads/files/latinojunho14scielo.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

GRECO, Rogério. Novo crime: Perseguição – art. 147-A do Código Penal. Portal rogeriogreco.com.br, 2021. Disponível em: <https://www.rogeriogreco.com.br/post/nova-lei-de-perseguicao-%C3%A7%C3%A3o>. Acessado em: 20 abr. 2021.

HENRIQUE, Alfredo. Perseguição em redes sociais está perto de se tornar crime. Folha de S. Paulo, 2019. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2019/09/perseguicao-em-redes-sociais-esta-perto-de-se-tornar-crime.shtml>. Acesso em: 20 out. 2019.

MANDEL, Gabriel. Mulher perseguida por ex-compenheiro será indenizada. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-20/perseguida-fim-relacao-mulher-indenizada-ex-companheiro>. Acesso em: 01 nov. 2019.

MULLEN, Paul E.; PATHÉ, Michele; PURCELL, Rosemary. Stalkers and Their Victims. Cambridge: University Press (2000)

Mulheres vítimas de ‘Stalking’ relatam consequências de perseguição que não é considerada crime no Brasil. G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2019/03/10/mulheres-vitimas-de-stalking-relatam-consequencias-de-perseguicao-que-nao-e-considerada-crime-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 1 nov. 2019.

PROCOPIO, Michael. O novo crime de Perseguição ou Stalking. Portal Estratégia Concursos, 2021. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/o-novo-crime-de-perseguicao-ou-stalking/>. Acessado em: 20 abr. 2021.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Stalking: atos persecutórios obsessivos ou insidiosos lei maria da penha (11.340/2006), lei antibullying (13.185/2015) e reforma penal. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

SANTORO, Clarice. Cyberstalking e outros crimes da Internet. Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/cyberstalking-outros-crimes-internet/>. Acesso em: 28 out. 2019.

SANTOS, Wanderley Elenilton Golçalves. Assédio moral, bullying, mobbing e stalking: Semelhanças, distinções e consequências jurídicas. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-96/assedio-moral-bullying-mobbing-e-stalking-semelhancas-distincoes-e-consequencias-juridicas/>. Acesso em: 22 out. 2019.

SENADO FEDERAL. Tramitação do Projeto de Lei 236/2012 no Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 30 out. 2019.

SENADO FEDERAL. Tramitação do Projeto de Lei 1369/2019 no Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135596>. Acesso em: 30 out. 2019.

SENADO FEDERAL. Tramitação do Projeto de Lei 1414/2019 no Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135668>. Acesso em: 30 out. 2019

Senadoras sugerem prisão para casos de stalking. Senado Notícias, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/24/senadoras-sugerem-prisao-para-casos-de-stalking/>. Acesso em: 22 out. 2019.

STJ julga cada vez mais ações sobre relacionamentos. Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-25/stj-julga-cada-vez-aco-es-relacionamentos-amorosos/>. Acesso em: 22 out. 2019.

TASINAFFO, Fernanda. Cyberstalking: do anonimato ao medo. Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/cyberstalking-anonimato-medo/>. Acesso em: 28 out. 2019.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4. ed., maio de 2011. 3ª reimpressão, maio e 2017.

ZAREMBA, Júlia. Projetos de lei buscam criminalizar o ‘stalking’ no Brasil. Folha de S. Paulo, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/projetos-de-lei-buscam-criminalizar-o-stalking-no-brasil.shtml>. Acesso em: 22 out. 2019.

TELETRABALHO NO MEIO AMBIENTE EDUCACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA E O NECESSÁRIO DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO

TELE-WORK IN THE EDUCATIONAL ENVIRONMENT IN PANDEMIC TIMES AND THE NECESSARY RIGHT TO LEISURE AND DISCONNECTION

Gabriela M. H. de Barros Donate¹⁷⁷
Thomires E. Pauliv Badaró de Lima¹⁷⁸
Luiz Eduardo Gunther¹⁷⁹

INTRODUÇÃO

A importância do debate científico do teletrabalho no meio ambiente educacional em tempos de pandemia se mostra necessário quando o assunto é a saúde mental e física dos empregados, que presos a uma nova modalidade de trabalho ofertada, acabam por estender suas jornadas e deixam o lazer de lado, o que ocasiona sérios problemas.

O teletrabalho é a modalidade de prestação de serviços fora das dependências do empregador, com ampla utilização de tecnologias de informação e de comunicação, contudo, sem constituir numa modalidade de trabalho externo, conforme Lei n° 13.467/2017.

Com a Medida Provisória n° 927/2020, em virtude da calamidade pública decretada pela pandemia no Covid-19, foi permitido ao empregado optar pela modalidade de teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, sem necessidade de aditivo ao seu contrato de trabalho, podendo escolher inclusive quando retornar ao trabalho presencial.

O presente artigo tem a finalidade de analisar o teletrabalho a partir das regras previstas na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e legislação portuguesa, trazendo à tona os limites do seu alcance na vida do empregado e como essa modalidade pode trazer uma problemática para a vida do teletrabalhador no tocante ao seu direito de desconexão e lazer.

¹⁷⁷ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogada. E-mail: gabriela@hinterlang.adv.br

¹⁷⁸ Doutoranda pelo Programa de Direito Empresarial e Cidadania. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Educação a Distância pelo Centro Universitário UniOpet. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogada e Professora Universitária. E-mail: thomiresbadaro@hotmail.com.

¹⁷⁹ Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1997). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Integrante dos Conselhos Editoriais da Editora Juruá, do Instituto Memória e da Editora Clássica. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br.

A problemática da pesquisa que se pretende enfrentar, consiste em responder em que medida o teletrabalho pode atingir a saúde física e mental do teletrabalhador?

O presente trabalho utilizará como metodologia de trabalho o método teórico-dedutivo, partindo-se dos aspectos gerais para os particulares, trazendo como fundamentação estudos jurídicos da legislação especial, da doutrina e de artigo científico sobre o tema.

Ainda, com relação a dialética necessária em um estudo científico, se utilizará do método dedutivo dialético, partindo da análise de duas hipóteses, sendo uma positiva e outra negativa, com o objetivo de encontrar uma solução a problemática proposta, abordando as vantagens e desvantagens do teletrabalho e suas consequências.

Com a intenção de responder ao questionamento do presente estudo, no primeiro capítulo será tratado sobre o teletrabalho como uma modalidade especial de trabalho a distância, com a presença obrigatória de tecnologia da comunicação e informática (TIC), a fim de se apontar as suas características, como funciona, suas vantagens e desvantagens para o trabalhador no âmbito da legislação brasileira.

No segundo capítulo adentrará no estudo do teletrabalho na legislação de Portugal, abarcando as suas vantagens e desvantagens e suas principais características.

No terceiro capítulo a pesquisa se debruçar-se-á na controvérsia central sobre as vantagens e desvantagens do teletrabalho no ambiente educacional no Brasil e Portugal, objeto principal da temática de estudo proposta no presente artigo, adentrando nas hipóteses positivas e negativas e como esta modalidade de regime de trabalho tem alterado o cotidiano dos trabalhadores no ambiente educacional, descrevendo o contexto do teletrabalho proposto pela Medida Provisória nº 937/2020.

O presente trabalho possui o objetivo de trazer a reflexão do direito à desconexão e ao lazer no teletrabalho no meio ambiente educacional em tempos de pandemia, a fim de se apontar se este regime de trabalho tem afetado a saúde mental e física dos trabalhadores, visto que o isolamento social na pandemia da Covid-19 agravou a precariedade das condições de trabalho no meio ambiente educacional.

1 REGIME DE TELETRABALHO E CARACTERÍSTICAS: DA UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL

Uma das grandes mudanças efetuadas pela Reforma Trabalhista através da Lei nº 13.467/2017, foi em face do teletrabalho, que se dá com a utilização de tecnologia de informação e de comunicação, com a prestação de serviços fora das dependências do empregador, previsto no capítulo II-A, art. 75-B da CLT¹⁸⁰.

¹⁸⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Art.

O dispositivo legal vincula os elementos caracterizadores do teletrabalho, como o geográfico, onde o empregado desempenha suas atividades fora do local físico do empregador; o tecnológico, onde o empregado desenvolve suas atividades com a ajuda de tecnologia e organizativo, onde o empregador deverá compreender o empregado remoto como parte integrante de sua rede de empregados, em especial no tocante a medicina do trabalho, capacitações e promoções (FINCATO, 2018).

Essa modalidade de prestação de serviço deverá seguir as novas regras impostas pela Reforma Trabalhista, existindo requisitos para se configurar um teletrabalho, bem como para verificar o vínculo empregatício entre empregador e empregado.

Marco Villatore e Edison Junior afirmam que os requisitos são (2018, p. 78):

Equipara o trabalho exercido no ambiente oferecido pelo empregador com o executado no domicílio do próprio empregado ou, ainda, o executado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação emprego, isto é, a continuidade, a onerosidade, a pessoalidade, a alteridade e a subordinação.

Mesmo com a distância entre empregado e empregador no teletrabalho, os requisitos devem estar presentes para que possa ser reconhecido o vínculo empregatício entre as partes com o intuito de garantir aos teletrabalhadores seus direitos trabalhistas.

Considerado um dos requisitos mais importantes do teletrabalho, a subordinação do empregado ao empregador é controlada mesmo pelo trabalho à distância, a fim de que o empregador possa ter a certeza de que o serviço está sendo desenvolvido de forma correta.

O empregador é detentor de poderes e como assume os riscos da atividade econômica, pode indicar e exigir a forma como a prestação do serviço do empregado deve ser realizada, conforme art. 2º, caput, da CLT.¹⁸¹

De acordo com Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima e Sandra Mara Maciel de Lima (apud ANDRADE, 2016, p. 145)

É o empregador que assume os riscos da atividade econômica, eis que tem a primazia econômica, visando

75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 de nov. 2020.

¹⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 de nov. 2020.

o lucro no seu empreendimento, para a realização de tal mister é necessário a contratação e pagamento do salário dessa prestação laboral, devendo dirigir a execução dos serviços a maneira que entender mais conveniente para o fim da atividade na qual está inserido.

Quando a CLT menciona em seu art. 75-B¹⁸² que o teletrabalho será realizado fora das dependências do empregador, é importante frisar que o contrato de trabalho pode ser realizado em diversos locais, como o domicílio do empregado, telecentros, centros satélites, telecottages e em locais não fixos (VILLATORE; JUNIOR, 2018, p. 79).

O teletrabalho, portanto, é realizado fora das dependências do local físico do empregador, com a utilização de meios tecnológicos e de comunicação, e é o empregador que possui o conhecimento da melhor forma de prestação do serviço pelo empregado, devendo agir em conformidade com a legislação trabalhista ao exercer este poder, para que não coaduna em assédio moral contra o empregado.

Através desse poder, o empregador pode realizar o controle da jornada do empregado, podendo utilizar de mecanismos tecnológicos para a garantia desse controle, visto que a subordinação não desaparece nessa modalidade de relação trabalhista, o que muda **é a forma como se dá o controle (WOJTECKI, 2014, p. 64)**.

O entendimento recente trazido pelo Enunciado n° 2 da Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, prevê a possibilidade de controle de jornada do teletrabalhador dentro da relação de trabalho¹⁸³:

CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO NAS RELAÇÕES DE TELETRABALHO. TELETRABALHO. CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO E INTERVALOS. POSSIBILIDADE REAL E EFETIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 62, III DA CLT. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR DA JORNADA DE TRABALHO DO TELETRABALHADOR.

Cinara Rosenfield e Daniela Alves (apud ROSENFELD; ALVES, 2011) mencionam em seu estudo o relatório científico desenvolvido pelo o Electronic

¹⁸² BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 de nov. 2020.

¹⁸³ JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. Comissão 6: Teletrabalho. Contrato de trabalho intermitente. Contrato de trabalho a tempo parcial. Terceirização. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=6>. Acesso em: 26 de nov. 2020.

Commerce and Telework Trends: *Benchmarking Progress on New Ways of Working and New Forms of Business across Europe* (EcaTT), relatório realizado pela organização alemã EMPIRICA que afirma que o:

Teletrabalhadores são aqueles trabalhadores que trabalham de forma computadorizada (com um computador), distanciados do negócio de seu empregador ou da pessoa que os contrata e que transmitem os resultados de sua atividade por uma ligação de telecomunicação.

Outra característica notável do teletrabalho é a impossibilidade de realização de hora extra, conforme previsto no art. 62, inciso III da CLT¹⁸⁴: “[...] não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] os empregados em regime de teletrabalho”.

Tal ponto é extremamente complicado na modalidade de teletrabalho, visto que muitos direitos fundamentais dos trabalhadores, como o direito à desconexão e ao lazer podem acabar sendo afetados, visto que como o trabalho é exercido fora das dependências da empresa, não haverá a fixação de horário de trabalho e nem hora para descanso e alimentação, dentre outros intervalos e não haverá o pagamento de adicionais pelo trabalho realizado no período noturno (VILLATORE; JUNIOR apud NETO; KAJOTA (coord), 2018, p. 81).

Ainda, é responsabilidade do empregado adquirir equipamentos tecnológicos para o exercício das suas atividades conforme previsto no art. 75-D da CLT¹⁸⁵, o que exige deste que coloque os seus bens pessoais a disposição e em favor do empregador.

Essa situação é o requisito de alteridade, onde o empregado presta serviços por conta alheia, sem assunção de qualquer risco pelo empregador nas palavras de Sergio Pinto Martins (2012, p. 101 - 102), sendo responsabilidade do empregado arcar com as despesas do seu serviço, o que pode gerar desgastes emocionais e financeiros no empregado.

Compreende-se que o teletrabalho é uma modalidade especial de contrato de trabalho, possuindo muitas vantagens, como não ter gasto para locomoção, tempo para se alimentar melhor e para se exercitar, tempo para a família, mas como toda atividade laboral deve ser realizada com moderação, podendo este trabalho ser realizado no ambiente do trabalhador (home office), devendo ser realizado com racionalidade e proporcionalidade (JOÃO;

¹⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 62, inciso III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 de nov. 2020.

¹⁸⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 de nov. 2020.

GAGGINI, 2020), a fim de que o empregado tenha direito ao seu tempo de desconexão e lazer.

Passa-se no capítulo que segue a trazer o contexto do teletrabalho na legislação de Portugal, suas características, vantagens e desvantagens.

2 DA EFETIVIDADE DO TELETRABALHO EM PORTUGAL

O teletrabalho no Ordenamento Jurídico Português adveio com o Código do Trabalho, aprovado pela Lei n° 99/2003, de 27 de agosto, sendo que sua última alteração se deu com a Lei n° 7/009, de 12 de fevereiro.¹⁸⁶

Antes do Código do Trabalho português, que passou a tratar do teletrabalho, tal regime não era mencionado nas legislações portuguesas, sendo apenas trazido em alguns enunciados gerais, como o Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal em 1997 (p. 54):

O teletrabalho poderá ser entendido como um modo flexível de trabalho, cobrindo várias áreas de actividade, em que os trabalhadores podem desempenhar as suas funções remotamente a partir de casa ou de um local de trabalho (telecentro), numa determinada percentagem dos seus horários de trabalho. As telecomunicações e as tecnologias de informação constituirão cada vez mais ferramentas indispensáveis no desempenho do trabalho remoto, quebrando barreiras geográficas e permitindo a partilha de informação num ambiente electrónico disperso.

O enunciado menciona as vantagens do teletrabalho para o trabalhador (PORTUGAL, 1997, p. 54):

A possibilidade de uma pessoa poder trabalhar em casa ou noutro sítio qualquer através de um terminal móvel, ou ainda num telecentro comunitário local (através do qual os recursos tecnológicos e organizacionais são partilhados por um grupo de utilizadores) perto da residência, evita um gasto diário financeiro e de tempo em transportes, com benefícios ambientais evidentes, e permite a flexibilização total do horário de trabalho de forma a que se estabeleça uma melhor integração com os restantes aspectos da vida de cada um.

No entanto, o enunciado informa que o teletrabalho, apesar das suas vantagens, pode ser um meio de precarização do emprego, caso não seja

¹⁸⁶ PORTUGAL. Código do Trabalho. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – Ministério Público. Lei n° 99/2003, de 27 de agosto de 2003. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=441&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=. Acesso em: 27 de nov. 2020.

promovida a segurança na relação do trabalho, podendo inclusive potencializar o isolamento dos indivíduos (PORTUGAL, 1997, p. 54).

O enunciado trazido pela Resolução do Conselho de Ministros nº 53/2001, de 24 de maio, com o tema “Competitividade, Inovação e Coesão” também trata sobre o teletrabalho em terras portuguesas.¹⁸⁷

Até o advento do Código do Trabalho em 2003, as únicas diretrizes sobre o teletrabalho eram em enunciados como acima mencionado, tendo essa realidade mudado com a crise econômica e financeira que assolou Portugal em 2001 (LOURTIE, 2011).

A partir dessa crise o país teve que realizar mudanças estruturais¹⁸⁸, que objetivavam:

dar lastro à retoma do crescimento económico, ao fomento da produtividade e ao incremento da competitividade, promovendo uma sustentada criação de emprego, a competitividade empresarial e, bem assim, a inclusão social.

Nesse cenário, algumas empresas portuguesas já haviam adotado medidas de flexibilidade nas relações trabalhistas, com avanços nas telecomunicações a fim de enfrentar a crise, sem, contudo, possuírem uma legislação autônoma que pudesse regular as relações trabalhistas, com o intuito de trazer segurança para o empregador e empregado.

A alteração realizada no Código do Trabalho em 2009, trouxe características essenciais para o teletrabalho que se aproximam em muito das características do teletrabalho no Brasil.

O art. 165 da Lei nº 7/2009 do Código do Trabalho¹⁸⁹ conceitua o teletrabalho na seara portuguesa: “*considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica. Habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação*”.

O regime de teletrabalho português versa tão somente sobre o teletrabalho subordinado, sendo que este trabalho deve ser realizado habitualmente fora da empresa, com a utilização de recursos de tecnologia de informação e de comunicação (TIC) e com uma alteração na organização e realização da atividade pelo empregado (RABELO, 2004, p. 13 – 14).

¹⁸⁷ PORTUGAL. DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. Resolução do Conselho de Ministros nº 53/2001. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/332955/details/maximized>. Acesso em: 27 nov. 2020.

¹⁸⁸ PORTUGAL. Proposta de Lei nº 207/XII, de 13 de fevereiro de 2014. Exposição de motivos. Lisboa, Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d6a41334c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl207-XII.doc&Inline=true%3E>. Acesso em: 27 de nov. 2020.

¹⁸⁹ PORTUGAL. Código do Trabalho. Art. 165. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1047&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so_miolo=. Acesso em: 27 de nov. 2020.

Já o art. 168 da Lei nº 7/2009 do Código do Trabalho¹⁹⁰ prevê os instrumentos de trabalho necessários na prestação subordinada de teletrabalho.

A grande diferença é que no Brasil as despesas no teletrabalho são do trabalhador, devendo este arcar com todos os custos para a instalação, manutenção e despesas relacionados a atividade de teletrabalho, o que na legislação portuguesa é diferente, trazendo uma maior segurança e tranquilidade ao empregado.

Importante mencionar que os teletrabalhadores portugueses possuem os mesmos direitos que os trabalhadores de regime normal de contrato de trabalho, conforme art. 169 do Código do Trabalho de 2009¹⁹¹, garantindo o princípio da igualdade insculpido no art. 13º da Constituição da República Portuguesa¹⁹².

Ainda, o Código do Trabalho de 2009 no art. 170¹⁹³ traz a importância do respeito a privacidade do trabalhador e o tempo de descanso e de repouso da família, bem como a garantia de boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico.

Em Portugal, a pandemia tornou o teletrabalho uma realidade ainda mais expressiva para milhares de trabalhadores, mas é importante mencionar que o país antes da Covid-19 já estava acima da média no quesito teletrabalho (PATRÍCIO, 2020).

Em um momento tão peculiar que o Brasil, Portugal e o mundo vivenciam através da Covid-19, se levantou o debate intenso sobre a o teletrabalho no meio ambiente educacional em tempos de pandemia e o direito dos docentes ao lazer e à desconexão, problemática esta que será tratada no capítulo seguinte.

3 TEMPOS DE PANDEMIA E O TELETRABALHO NO MEIO AMBIENTE EDUCACIONAL NO BRASIL E PORTUGAL: UM DEBATE NECESSÁRIO SOBRE O DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO

Em 24 de março de 2020, a Medida Provisória nº 927/2020¹⁹⁴, trouxe as medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública ocasionado pelo Covid-19 no Brasil, sendo que dentre as medidas para a preservação do empregado e da renda, os empregadores poderiam utilizar a modalidade de teletrabalho.

¹⁹⁰ PORTUGAL. Código do Trabalho. Art. 168. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1047&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so_miolo=. Acesso em: 27 de nov. 2020.

¹⁹¹ PORTUGAL. Código do Trabalho. Art. 169. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1047&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so_miolo=. Acesso em: 27 de nov. 2020.

¹⁹² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Art. 13. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 27 de nov. 2020.

¹⁹³ PORTUGAL. Código do Trabalho. Art. 170. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1047&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so_miolo=. Acesso em: 27 de nov. 2020.

¹⁹⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 927. Brasília, 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 29 de nov. 2020.

As medidas possibilitaram a realização do teletrabalho, sem a necessidade de aditivo ao contrato de trabalho em virtude da pandemia do Covid-19, tendo sido definido que durante o estado de calamidade pública, o empregador poderia, a seu critério, sem necessidade de acordo mútuo, alterar o regime do trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar em qualquer momento o retorno do empregado ao regime de trabalho presencial.

Em Portugal, em 13 de abril de 2020 foi publicado o Decreto-Lei nº 14-G/2020, que estabeleceu as medidas para o enfrentamento da Covid-19 na área educacional, tendo colocado a modalidade de ensino não presencial como solução a pandemia (GONÇALVES, 2020).

O teletrabalho possui muitas vantagens, mas como toda atividade laboral deve ser realizada com moderação, sendo que o empregador deve exigir que o trabalho seja realizado com racionalidade e proporcionalidade pelo empregado, visto que o excesso pode culminar em consequências físicas e mentais para este.

Com o advento da pandemia do Covid-19, os teletrabalhadores docentes no meio educacional passaram a trabalhar ligados a tecnologia, tendo adequado o seu trabalho educacional a nova realidade remota.

Dessa forma, a proposta do presente trabalho é responder ao seguinte questionamento: em que medida o teletrabalho pode atingir a saúde física e mental do teletrabalhador?

O teletrabalho, apresenta vantagens e desvantagens dentro de uma relação trabalhista. De acordo com Bruna Torres (TORRES, 2017):

Como pode ser visto, essa modalidade traz enormes vantagens e benefícios para empresas e colaboradores. De um lado as empresas ganham ao diminuírem gastos imobiliários com a redução dos espaços utilizados como escritórios e, segundo dados, as empresas que adotaram essa modalidade reduzem cerca de 20% de seus custos imobiliários e de consumo. Além disso, há um aumento significativo na produtividade, já que os colaboradores são menos interrompidos e ficam mais motivados. Outro ponto importante é o da redução no absenteísmo, a atração de talentos e a retenção de talentos.

As vantagens do teletrabalho, além das mencionadas por Bruna Torres podem ser facilmente elencadas, visto que auxilia na melhora da qualidade de vida dos empregados, em razão desses não precisarem se locomover por meio de transporte até o trabalho, auxiliando ainda na preservação ambiental, o que lhe garante mais tempo com a família, com lazer, descanso e desconexão.

A possibilidade do trabalhador poder gerir o seu horário, lhe garante mais tempo dedicado ao lazer.

No entanto, infelizmente o teletrabalho não possui só vantagens, sendo acompanhado de desvantagens, como mencionado por Robinson Luís Barbosa (BARBOSA, 2006, p. 620):

Cita-se como desvantagens em relação ao teletrabalhador o fato do isolamento e a marginalização a que ele fica submetido. Especialmente o que exerce a sua atividade no domicílio, conduz com certa frequência a um desentrosamento social e psicológico que empobrece a experiência profissional, enfraquece as oportunidades de fazer carreira na empresa, menos direitos trabalhistas e sociais, uma vez que sua visibilidade é diminuta e o trabalho pode ser facilmente ocultável dos órgãos fiscalizadores e dos sindicatos, mistura-se o trabalho com a vida pessoal e familiar.

A grande desvantagem do teletrabalho para o teletrabalhador é o seu isolamento social, visto que este não se comunica com seus colegas de trabalho e com as pessoas no mundo, o que pode lhe gerar estresse e desgaste emocional.

O teletrabalho imposto ao profissional de educação foi uma alternativa jurídica louvável, visto que permitiu a continuidade da missão do ensino e do aprendizado, que deve ser executada com moderação, pois o docente continua a ter o direito ao lazer, ao descanso semanal remunerado e de ter descanso aos finais de semana.

Com essa reviravolta no cotidiano do docente, podemos apontar que a hipótese negativa do presente estudo é no sentido de que o ambiente virtual educacional em tempos de pandemia trouxe grandes benefícios para os teletrabalhadores educacionais, visto que passaram a exercer suas funções em locais distantes do empregador o que lhes garantiu mais tempo de qualidade, mais tempo de lazer, mais tempo com a família, maior liberdade e autonomia na realização do trabalho, mais tempo para estudar e uma maior produtividade.

No Brasil, de acordo com Renata Lázaro Alves da Costa o teletrabalho em tempos de pandemia “atua como verdadeiro “herói” para inúmeras empresas e trabalhadores brasileiros, pois, a um só tempo, “salva” o isolamento social, a empregabilidade e a produtividade” (COSTA, 2020, p. 94).

Já em Portugal o teletrabalho conforme mencionado por Mário Simões Barata “elimina a despesa das deslocações para a (e da) empresa; diminui o “stress” laboral e proporciona um melhor aproveitamento do tempo; e facilita o acesso ao emprego por parte de pessoas com deficiência” (BARATA, 2020, p. 60).

A hipótese negativa acima apresentada, esclarece a problemática proposta no sentido de que o teletrabalho não atinge a saúde física e mental do teletrabalhador docente, visto que este acaba por contrair mais qualidade de vida, uma vez que não perde tempo com deslocamento, diminui o seu stress em virtude de poder resolver assuntos pela internet, whatsapp, computador, não precisando se deslocar até o trabalho, se torna mais produtivo e lhe garante mais tempo de lazer e desconexão ao lado de seus familiares.

No entanto, o presente trabalho também se propõe a trazer uma hipótese positiva, onde é possível identificar as desvantagens do teletrabalho, inclusive no ambiente educacional em tempos de pandemia.

Para Renata Costa (2020, p. 90) no Brasil o teletrabalho pode promover a

autoexploração, situação em que o indivíduo trabalha incessantemente todo o tempo, misturando as atividades domiciliares com as profissionais, mantendo-se alerta 24 horas, em total desrespeito com as necessidades de lazer, convívio familiar e saúde.

Com o teletrabalho efetuado pelo docente durante a pandemia, este passou a trabalhar mais, visto que a elaboração das aulas, correção de trabalhos e provas exigem uma atenção especial do professor, tendo este que atender a todos os seus alunos de forma igualitária, tirando o trabalho dentro de casa que também aumentou.

Camilla Cândido (2020) afirma que a pandemia impôs aos professores uma drástica adaptação do ensino presencial:

E, além de todas as preocupações com a didática do ensino, é necessário, e de extrema importância, que os docentes se preocupem e considerem todo o contexto dessa migração que ocorre em meio à pandemia, que impõe nova organização do cotidiano e preocupação com a saúde, além das apreensões causadas pela instabilidade do vínculo profissional, ameaçados a todo instante como consequência de proposições legislativas que visam redução das mensalidades, encerramento do ano letivo e rescisão de contratos.

No país português Susana Leal (2020, p. 23) menciona que a pandemia “provocou rapidamente efeitos negativos não só na saúde física, mas também na saúde psicológica” dos teletrabalhadores.

A hipótese positiva demonstra que o teletrabalho pode atingir a saúde física e mental do teletrabalhador, ampliando essa situação para o docente, na medida em que os professores têm trabalhado mais durante a pandemia e não possuem direito ao lazer que é essencial na vida mental e física, visto que a demanda de correção de trabalhos, provas e atendimento aos alunos cresceu exponencialmente.

Fica o alerta quanto ao excesso do teletrabalho na vida profissional do docente, que pode ter a sua vida pessoal atingida, angariando problemas de saúde mental e física, com um esgotamento em virtude da não concretização do seu direito ao lazer e desconexão.

O teletrabalhador docente tem o direito à desconexão e deve usufruir deste mesmo em tempos de pandemia, devendo se afastar do local de trabalho a fim de contrair momento de lazer, repouso, descanso e intimidade, para que se reduza

riscos de doenças e acidentes de trabalho, conforme previsto nos arts. 6º e 7º da Constituição da República.¹⁹⁵

A partir do presente estudo, observa-se que o teletrabalho no âmbito educacional possui suas vantagens, no entanto, as desvantagens são grandes visto que o docente teletrabalhador acaba trabalhando muito mais, o que lhe causa grande estresse e cansaço emocional e físico, culminando em doenças físicas e mentais.

Brasil e Portugal possuem praticamente a mesma opinião com relação ao teletrabalho em suas vantagens e desvantagens, sendo que ambos os países avançam em pesquisas que possam contribuir para a redução da afetação do teletrabalho na saúde física e mental do teletrabalhador em tempos de pandemia.

CONCLUSÃO

Diante da análise feita através do presente artigo, é possível identificar, que o teletrabalho em tempos de pandemia no meio ambiente educacional veio para auxiliar a continuidade da importante missão educacional, sendo que a Medida Provisória nº 927/2020 facilitou a utilização desta modalidade durante o estado de calamidade pública, gerando e mantendo empregos no período de pandemia.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o teletrabalho a partir da legislação brasileira e portuguesa, bem como as vantagens, desvantagens e características desse modelo de relação trabalhista em cada país.

Ainda, conforme exposto no primeiro capítulo do presente estudo, o teletrabalho na legislação brasileira está previsto na Convenção Coletiva do Trabalho, no artigo 75-B, e permite o trabalho fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação.

Já no segundo capítulo foi tratado sobre o teletrabalho na legislação portuguesa, previsto no Decreto-Lei nº 14-G/2020, bem como suas características, vantagens e desvantagens, tendo sido demonstrado, que diferentemente do Brasil, o teletrabalho em Portugal é recente.

Em suma, a hipótese positiva demonstrou que da noite para o dia os docentes tiveram que se reinventar em virtude do Covid-19, com ferramentas e espaços adequados para o desenvolvimento do ensino à distância, tendo que lidar com uma sobrecarga excessiva de trabalho para atender de forma igualitária a todos os alunos e ainda lidar com o isolamento social no Brasil e em Portugal.

Essa nova realidade proporcionada pela pandemia tem atingido a saúde física e mental do teletrabalhador em geral e dos teletrabalhadores docentes, visto que o aumento de trabalho, a falta de descanso para dar conta

¹⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Arts. 6º e 7º Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 de nov. 2020.

das tarefas profissionais e de casa, trouxeram graves consequências para os teletrabalhadores, como estresse, fadiga, cansaço, insônia e outras.

Com relação a hipótese negativa apresentada no presente estudo, foi possível levantar que o teletrabalho não tem atingido a saúde física e mental dos teletrabalhadores docentes na medida em que estes têm a opção de realizar o trabalho a distância, economizando em transporte, contraindo mais tempo para si e para a sua família e ganho em qualidade de vida.

Neste sentido, o presente estudo buscou responder um questionamento sobre o atingimento da saúde física e mental pelo teletrabalho em tempos de pandemia e através do levantamento realizado, foi possível constatar que o teletrabalho tem atingido a saúde física e mental dos teletrabalhadores pela obstrução do direito ao lazer e desconexão.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 de nov. 2020.
- BRASIL. Medida Provisória nº 927. Brasília, de 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso
- BARBOSA, Robinson Luís Duarte. O teletrabalho dentro de uma visão mais ampla da subordinação jurídica. Revista Direito e Liberdade. v. 3, n. 2, p. 607 - 628, set. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16046868.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- BARATA, Mário Simões. O regime jurídico do teletrabalho em Portugal. Revista Ibérica do Direito – RIV, v.1, n. 1 2020. Disponível em: <http://revistaibericadodireito.com/index.php/revistaiberica/article/view/19/21>. Acesso em: 29 de nov. 2020.
- COSTA. Renata Lázaro Alves. Aspectos relevantes sobre o teletrabalho e a sua ascensão. Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, PR. v. 9. n. 90. p. 88-96, jul. 2020.
- CÂNDIDO. Camilla Louise Galdino. Educação durante a pandemia: irregularidades no teletrabalho de professoras e professores. Disponível em: <http://fepesp.org.br/noticia/7982/>. Acesso em: 29 de nov. 2020.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, PR. v. 3. n. 33. p. 8-20, set. 2014.
- FINCATO, Denise. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. Revista Magister de Direito do Trabalho. Ano XIV - n. 82. Jan-Fev/2018.
- GONÇALVES. Sónia P. Educação no contexto da pandemia: Um olhar sobre o caso de Portugal. Política.estadão.com.br, 6 mar. 2020, 16:56. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/educacao-no-contexto-da-pandemia-um-olhar-sobre-o-caso-de-portugal/>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. Direito da personalidade nas relações de trabalho contemporâneas. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.
- JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. Brasília, 2017. Comissão 6: Teletrabalho. Contrato de trabalho intermitente. Contrato de trabalho a tempo parcial. Terceirização. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=6>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- LIMA, Thomires Elizabeth; Lima, Pauliv Badaró de. Assédio moral e a dignidade da pessoa humana: os limites do poder do empregador. In: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de; Silva, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; MISAILIDIS,

Mirta Gladys Lorena Manzo de (coord). Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I. Florianópolis: CONPEDI/UNB/UCB/IDP/UDF, 2016.

LOURTIE, Pedro. Portugal no contexto da crise do euro. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992011000400005. Acesso em: 27 nov. 2020.

LEAL, Susana. Artigo de opinião do Centro de investigação em qualidade de vida. Cieqv, newsletter, out. 2020. Disponível em: <https://www.cieqv.pt/wp-content/uploads/2020/11/02-cieqv-newsletter-out2020.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTUGAL. Código do Trabalho. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – Ministério Público. Lei n° 99/2003, promulgada em 27 de agosto de 2003. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=441&tabela=leivelhas&nversao=1&so_miolo=. Acesso em: 27 nov. 2020.

PORTUGAL. Livro Verde Para a Sociedade da Informação em Portugal. Ministério da Ciência e da Tecnologia. Lisboa, 1997. Disponível em: <http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2020.

PORTUGAL. Proposta de Lei nº 207/XII, de 13 de fevereiro de 2014. Exposição de motivos. Lisboa, Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d6a41334c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl207-XII.doc&Inline=true%3E>. Acesso em: 27 nov. 2020.

PORTUGAL. DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. Resolução do Conselho de Ministros n° 53/2001. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/332955/details/maximized>. Acesso em: 27 nov. 2020.

PATRÍCIO, Isabel. Teletrabalho na pandemia? Portugal estava acima da média da EU antes do vírus. Eco.sapo.pt, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2020/04/24/teletrabalho-na-pandemia-portugal-estava-acima-da-media-da-ue-antes-do-virus/>. Acesso em: 27 nov. 2020.

ROSENFELD, Cinara L; ALVES, Daniela Alves. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. v. 54. n. 1 jan. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582011000100006&script=sci_arttext&tlng=pt#back5. Acesso em: 25 nov. 2020.

RABELO, Glória. Teletrabalho e Privacidade: contributos e desafios para o Direito do Trabalho. Portugal: Editora RG, 2004.

TORRES, Bruna Hannouche. O impacto da tecnologia no direito do trabalho: reflexos de uma modernização. UFPE, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24242/1/TCC-%20Bruna%20Hannouche%20Torres%20-%202017%20-%20N10%20-%20FDR%20-%20Completo.pdf>. Acesso em 29 de nov. 2020.

VILLATORE, Marco Antônio César; JUNIOR, Edison Luiz Rodrigues. Novidades sobre o Teletrabalho e a Lei n. 13.467, publicada em 13 de julho de 2017: O avanço legislativo e o retrocesso de direitos. In: NETO, José Affonso Dallegrave; KAJOTA, Ernani (coord). Reforma Trabalhista Ponto a Ponto. Estudos em homenagem

ao Professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: Editora LTDA, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/GABRIELA/Downloads/9292.6%20-%20REFORMA%20TRABALHISTA%20PONTO%20A%20PONTO.%20-%20CTP.pdf>. Acesso em: 26 de nov. 2020.

WOJTECKI, Caroline Maria Rudek; BRUGINSKI, Márcia Kazenoh. A redefinição da subordinação jurídica no teletrabalho. In: Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 33. n. 33. p. 58-70, set. 2014, p. 64.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR À LUZ DOS DEVERES LEGAIS DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA

THE INCIDENT TO RESOLVE REPEAT DEMANDS - IRDR IN THE LIGHT OF LEGAL DUTIES OF INTEGRITY AND CONSISTENCY

Henrique Kurscheidt ¹⁹⁶

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil - CPC, ao mesmo tempo em que estabeleceu aos tribunais o dever de tornar sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente” (art. 926), criou diversos institutos que, visando imprimir celeridade ao processo, reduzem a liberdade decisória do julgador. Em razão dessa restrição, é possível vislumbrar possível incompatibilidade da sistemática de tais institutos com os deveres legais previstos no art. 926, sobretudo com as noções de integridade e coerência.

Dentre estes novos institutos, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, previsto no art. 976 do CPC e que visa estabelecer tese jurídica vinculante para aplicação em processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito.

Assim, o presente artigo visa analisar se o IRDR é compatível com as noções de integridade e coerência, tomando-se, em tal análise, a doutrina de Ronald Dworkin e sua concepção do direito como integridade como referencial teórico.

1 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Código de Processo Civil – CPC prevê, em seu artigo 926, que os tribunais possuem o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Visando a consecução da almejada uniformização jurisprudencial, o CPC instituiu, dentre outros instrumentos, a possibilidade de instauração, no âmbito dos tribunais, do chamado incidente de uniformização de demandas repetitivas – IRDR. O incidente tem cabimento quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976), para fixação de “tese jurídica” que será obrigatoriamente aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” e “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986” (art. 985), sob pena de cassação da decisão que a inobservar, por meio de reclamação ao tribunal (art. 988, IV).

¹⁹⁶ Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

A tese jurídica resultante do julgamento do IRDR possui observância obrigatória (art. 927, III) e sua revisão somente pode ser promovida no âmbito do próprio tribunal que a fixou, mediante fundamentação adequada e específica e considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º). Os processos posteriores ao julgamento do IRDR, que contenham pedidos contrários à tese estabelecida, comportam julgamento de improcedência liminar (art. 332, III) e os recursos que tratem de sua (in) aplicação podem ser julgados monocraticamente (art. 932, IV, “c” e V, “c”).

A sistemática estabelecida pelo novo instituto, que impõe a observância da tese firmada, vai ao encontro dos deveres de uniformização e estabilidade instituídos pelo supramencionado art. 926. Contudo, não se tem a mesma clareza em relação à compatibilidade de tal sistemática com as noções de integridade e coerência trazidas pelo mesmo art. 926.

2 INTEGRIDADE E COERÊNCIA

A terminologia empregada na redação do art. 926 do CPC, ao instituir os deveres legais de integridade e coerência, foi nitidamente influenciada pela doutrina de Dworkin e seu conceito de direito (STRECK, 2017, p. 1214 - 1245)

A opção realizada pelo legislador é objeto de críticas oriundas de relevante parcela da doutrina, que aponta que a tomada de posição legislativa em tema doutrinário tão controverso como o conceito de direito é desnecessária para operacionalização da lei processual civil e não deveria ter sido objeto de expressa disposição legal (MARINO, ARENHART e MITIDIERO, 2018).

Tais críticas são refutadas por Lenio Streck que, embora reconheça que se trata de matéria efetivamente controversa no campo doutrinário, sustenta a legitimidade da opção legislativa, embasada no entendimento de que tal configuração teórica é a mais adequada às exigências constitucionais. Aponta, ainda, que os termos integridade e coerência não são unívocos, podendo também ser compreendidos no sentido “lato” e com significação diversa daquela que lhes é atribuída pela concepção de Dworkin, não se podendo negar que o direito, nesse sentido, deve ser íntegro e coerente (2017, p. 1216).

Em que pese a controvérsia doutrinária acerca do acerto ou não da adoção da terminologia dworkiniana em nosso direito positivo, dada a opção realizada pelo legislador, a concepção de Ronald Dworkin será utilizada no presente trabalho como parâmetro e referencial teórico na análise da compatibilidade da sistemática instituída pelo IRDR com os deveres de integridade e coerência exigidos pelo art. 926 do CPC.

O direito como integridade, segundo a concepção de Dworkin, demanda que o julgador encare o fenômeno jurídico, a partir da perspectiva de uma interpretação construtiva. Voltada, ao mesmo tempo, para o passado e para o futuro, mas a partir de um olhar centrado na contemporaneidade, como um conjunto coerente de princípios de moral política e tendo como pressuposto que os direitos e deveres, que constam ou derivam dos princípios

de justiça, equidade e devido processo legal, foram todos criados por um mesmo autor: a comunidade personificada. Sob tal perspectiva, o julgador deve almejar dar à prática jurídica interpretação que a revele sob sua melhor luz, ou seja, dando aos institutos jurídicos a melhor e mais coerente interpretação em vista da história jurídica-institucional, da moral política e da legislação em vigor (DWORKIN, 2014b, p. 271 - 272).

2.1 INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA

Para compreensão do conceito exposto acima, é necessário, antes de tudo, compreender o que Dworkin chama de “interpretação construtiva”. O autor sustenta que a interpretação da prática jurídica é semelhante à interpretação artística, por buscar compreender essencialmente o propósito de algo criado como uma entidade distinta de seus autores. Diferenciando-se, por esse aspecto, da interpretação da conversação, que objetiva elucidar a intenção do orador ao fazer determinada afirmação, e da interpretação científica, que visa descrever e compreender fatos não criados por pessoas. O autor prossegue afirmando que a interpretação construtiva não se limita a encontrar esse propósito ou significado, mas também reconstrói o objeto da interpretação sob sua luz, compreendendo-o e tentando atribuir-lhe o máximo de valor a partir dessa perspectiva, de forma que, nesse processo, valor e conteúdo se confundem (DWORKIN, 2014b, p. 56 - 65).

Visando refinar a interpretação construtiva e transformá-la em instrumento adequado à análise do direito enquanto prática social, Dworkin a divide analiticamente em três diferentes etapas: uma primeira “pré-interpretativa” na qual o intérprete identifica as “regras e padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”; uma segunda “interpretativa”, na qual o intérprete busca identificar uma “justificativa geral” para a prática identificada na etapa antecedente e que, embora não precise ajustar-se integralmente a cada detalhe de tal prática “deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática” e, por fim, uma derradeira “etapa pós interpretativa ou reformuladora”, na qual o intérprete definirá o que a justificativa geral identificada na etapa interpretativa realmente demanda da prática analisada, ou seja, buscará identificar de que forma tal prática pode melhor servir à tal justificativa (2014, p. 56 - 65).

2.2 BACKWARD AND FORWARD-LOOKING

Ao afirmar que a interpretação do fenômeno jurídico, na perspectiva do direito como integridade, deve ser realizada a partir de uma perspectiva voltada para contemporaneidade, mas sem desconsiderar o passado e o futuro (*backward and forward-looking*), Dworkin distancia sua concepção do direito do convencionalismo e do pragmatismo, situando o direito como integridade como verdadeiro meio termo entre esta e aquela concepção.

Assim, o direito como integridade se volta para o passado com o objetivo de encontrar princípios que justifiquem e organizem coerentemente sua história, se necessário reconhecendo eventuais desvios de rota ou equívocos passados, e compor “uma história geral digna de ser contada” e que permita afirmar que “a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado” (DWORKIN, 2014, p. 274).

Em relação à perspectiva futura, a integridade demanda que o intérprete do direito adote determinada linha interpretativa ao analisar um caso concreto somente quando considere que os mesmos princípios que sustentaram tal interpretação serão também os mais adequados para análise e solução de casos futuros (ROSENFELD, 1998, p. 28).

Este dever de coerência está estritamente relacionado à doutrina da responsabilidade política do mesmo autor, segundo a qual: “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”. (DWORKIN, 2010, p. 137 - 139).

2.3 ROMANCE EM CADEIA, MORALIDADE POLÍTICA E RESPOSTA CORRETA

Nessa perspectiva, os juízes atuam como autores e críticos do direito como integridade, acrescentando novos detalhes à tradição que interpretam a cada julgamento e que serão futuramente levados em consideração por eles mesmos e por outros juízes ao decidirem casos futuros. Para ilustrar essa dinâmica, Dworkin compara a construção e interpretação da tradição jurídica a um gênero literário artificial chamado por ele de “romance em cadeia”, no qual cada juiz, ao decidir um novo caso, deve se considerar autor de um romance escrito coletivamente por todos aqueles que o antecederam e no qual lhe cabe escrever um novo capítulo, que deve guardar conformidade e harmonia com os capítulos antecedentes, como se todos tivessem sido escritos por um único autor (DWORKIN, 2014, p. 275 - 276).

Dworkin divide a tarefa interpretativa do autor que pretende dar continuidade a esse projeto literário coletivo em duas dimensões. A primeira delas, consistente em um juízo de adequação, na qual o autor deverá encontrar uma ou mais interpretações compatíveis com o texto já escrito e que possua um “poder explicativo geral” da história contada até aquele ponto. Ainda que em alguns casos não se possa obter sucesso total nessa busca por adequação e encontrar uma interpretação que se adeque a cada segmento do texto anterior, devem ser descartadas as interpretações manifestamente inadequadas ao restante da obra, ou seja, aquelas que descrevem uma trama que jamais poderia ser fruto do trabalho de um único autor. Se nem esse sucesso parcial puder ser alcançado, ou seja, se cada interpretação possível se mostrar frontalmente incompatível com o restante da obra, a alternativa será o abandono do projeto interpretativo, pois, nessa hipótese, “nada por ser considerado como continuação do romance: é sempre um novo começo” (DWORKIN, 2014, p. 278).

Superado esse juízo inicial de adequação, o autor deve selecionar, dentre as interpretações que se mostrarem adequadas à obra já escrita, qual delas resulta no melhor romance possível, considerados todos os aspectos, inclusive as considerações formais e estruturais relacionadas à primeira dimensão da interpretação. Dworkin destaca que, o autor, ao decidir qual é a melhor maneira de interpretar e escrever o próximo capítulo da obra coletiva, embora não esteja mecanicamente coagido pelo restante da obra, também não detém total liberdade criativa, como possuiria se estivesse a escrever uma obra individual. Nesse ponto, o da escolha da interpretação que resulta no melhor romance, o jurista utilizará critério diverso daquele que orienta o romancista, pois, para aquele: “a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética” (DWORKIN, 2014b, p. 286).

Ao se referir à moral política como critério de seleção das diversas interpretações possíveis, Dworkin não se refere à moral do conjunto da população ou da maioria de seus integrantes e sim à moral da “comunidade personificada”, da moral de um ente político, dotado de princípios e responsabilidades próprios, e que não se confunde com a de seus membros. A esse respeito, o autor ressalta que: “a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como o fazem as pessoas” (DWORKIN, 2014, p. 277 - 278).

Segundo tal concepção, a moral política busca definir “o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”. Além das virtudes políticas clássicas de equidade, justiça e processo legal adjetivo, oriundas da teoria política axiomática utópica, Dworkin sustenta que a moralidade política exige que o Estado, considerado como agente moral, “tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns” e que tal exigência decorre da virtude da integridade política, que “constitui a vida do direito tal qual o conhecemos” e impõe ao Estado um dever de coerência de princípio (2014, p. 201 - 203).

Prosseguindo na construção do “romance em cadeia”, o julgador, pautado na moralidade política, mas sem deixar de acionar seus valores pessoais, deve selecionar, dentre as interpretações que passaram pelo teste inicial de adequação à história já escrita, aquela que mostra os princípios da comunidade sob sua melhor luz, ou seja, aquela que resulta na melhor história possível, considerados todos os aspectos (DWORKIN, 2014, p. 298). A solução encontrada deve ser a melhor para o caso analisado, devendo também justificar coerentemente as decisões políticas tomadas no passado e permitir a replicação de seus fundamentos em casos futuros.

Diante desse grave dever de integridade e coerência com o passado e o futuro institucional é necessário que o julgador “ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 2014, p. 294).

A resposta encontrada, ou seja, a interpretação que sobrevive ao teste inicial de adequação e se revela aquela mais coerente com a moralidade política da comunidade e mostra seus princípios sob sua melhor luz, seria, na concepção de Dworkin a “resposta correta”.

Assim, os deveres legais de coerência e integridade, compreendidos sob a ótica dworkiniana, exigem que o “jugador aplique o Direito em sua totalidade fenomênica, isto é, lançando sempre olhares para o passado o para o futuro na tentativa de construir para o caso concreto uma decisão que seja demonstravelmente a mais adequada possível” (SCHMITZ, 2015, p. 334).

4 O IRDR À LUZ DOS DEVERES LEGAIS DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA

A sistemática instituída pelo IRDR tem como traço marcante o caráter vinculante e obrigatório da tese oriunda de seu julgamento, tratando-se de instituto orientado por aquilo que Dworkin chama de “doutrina estrita dos precedentes” (2014, p. 31). Esse caráter vinculante constitui ferramenta hábil à consecução dos deveres de uniformidade e estabilidade previstos no art. 926 do CPC.

Por outro lado, é possível vislumbrar possível incompatibilidade entre a sistemática trazida pelo IRDR e a almejada integridade e coerência do direito, também exigidas pelo art. 926 do CPC, quando compreendidas sob a luz da concepção dworkiniana. Nesse sentido é a posição sustentada por Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Conceição Lourdes Xavier e Fábio Silva Azevedo (2015).

Dworkin, no entanto, reconhece a necessidade do direito como integridade coexistir com essas inevitáveis limitações institucionais, diante do caráter complexo da prestação jurisdicional. Como demonstra o autor, outros princípios da moralidade política, como a supremacia legislativa e devido processo legal, legitimam essa espécie de restrição. Dessa forma, embora possam constituir obstáculo à adoção da solução interpretativa que representaria a melhor justificativa para o direito como um todo, não podem deixar de ser observadas pelo julgador, sob pena de violação ainda mais severa à integridade do direito (2019, p. 483).

Dworkin denomina a integridade resultante da aplicação do direito mediante a observância de tais limitações institucionais de “integridade inclusiva”, que exige do juiz, a partir de tais limitações, a construção de uma “teoria geral do direito contemporâneo (...) que reflita, tanto quanto possível, os princípios correntes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, (...) combinados na proporção adequada” (2019, p. 483).

Em contraposição, a “integridade pura” seria o produto de uma avaliação abstrata, livre das amarras institucionais e na qual se pretende “considerar o que o direito seria se os juízes fossem livres simplesmente para buscar coerência nos princípios de justiça que permeiam e unem as diferentes áreas do direito”. Essa forma especial de integridade se relaciona com a virtude política da justiça, que, segundo Dworkin, possui um papel especial na construção de uma comunidade de princípios, tendo em vista que, enquanto as demais virtudes são “de maneiras

diferentes, ligados a instituições específicas dentro da comunidade” e “atribuem responsabilidades diferentes a diferentes autoridades, diferentemente situadas”, a virtude da justiça “refere-se àquilo a que a comunidade personificada, abstraíndo-se de responsabilidades institucionais, deve por si só obter” (2014, p. 486).

Assim, enquanto o direito contemporâneo, declarado e aplicado pelo juiz, é orientado pela integridade inclusiva, a integridade pura aponta a direção e define um direito mais puro, que seria resultante da aplicação direta e irrestrita da virtude política da justiça, livre das amarras institucionais decorrentes da equidade e do processo justo.

Dworkin situa o debate entre as diferentes concepções do que seria o direito puro “em sua busca pela integridade, entendida do ponto de vista da justiça apenas” (2014, p. 486) no plano da teoria política utópica e da moral política abstrata, mas que não deixa de pertencer ao direito, na medida em que “cada competidor começará a estabelecer um esboço contemporâneo do futuro que celebra” e que: “os imperativos da integridade sempre desafiam o direito de hoje com as possibilidades de amanhã, e que toda decisão em um caso difícil é um voto para um dos sonhos do direito” (2014, p. 487).

Assim, embora a sistemática instituída pelo IRDR limite a amplitude interpretativa do juiz e talvez contrarie o “espírito geral” do direito como integridade, não nos parece correto concluir pela existência de total incompatibilidade entre esta concepção do direito e tal sistemática, tratando-se de mais uma das inevitáveis limitações institucionais com as quais o direito contemporâneo, orientado pela integridade inclusiva, deve conviver. Por outro lado, sob a perspectiva da integridade pura, cabe continuamente questionar se esta espécie de solução é a que permite a realização da virtude política da justiça em seu maior grau e mostra nossa comunidade política sob sua melhor luz.

Evidentemente, admitir a possibilidade de convívio do direito como integridade com limitações institucionais tais como a sistemática instituída pelo IRDR não significa eximir o juiz de seu hercúleo papel de interpretar o direito de forma íntegra e coerente e de buscar encontrar a resposta jurisdicional que reflita na maior medida possível e na proporção adequada os princípios de justiça, equidade e processo justo. A compatibilidade de tal sistemática com as noções de coerência e integridade exige que o julgador encare as limitações dela decorrentes também sob a perspectiva de uma interpretação construtiva, ou seja, buscando compreendê-las da forma que mostre nosso sistema jurídico sob sua melhor luz.

Consequentemente, não há espaço para aplicação meramente subsuntiva da tese oriunda de IRDR, que deverá ser obrigatoriamente submetida à interpretação, à luz dos deveres de integridade e coerência e considerando o Direito em sua totalidade, para definição da “resposta correta” e específica para o caso concreto submetido à apreciação jurisdicional.

CONCLUSÃO

Conclui-se que inexistente incompatibilidade entre os deveres legais de integridade e coerência e a sistemática instituída pelo IRDR, tendo em vista

a existência de diferentes níveis de integridade e que o direito contemporâneo, declarado e aplicado pelos juízes, sempre terá que lidar com limitações institucionais à amplitude de sua liberdade decisória, quer sejam decorrentes da supremacia legislativa ou da doutrina estrita dos precedentes.

A despeito do direito contemporâneo ter que inevitavelmente conviver com limitações institucionais dessa natureza, a virtude política da justiça demanda o contínuo repensar do direito do futuro e o aprimoramento da sistemática atualmente estabelecida visando alcançar o justo equilíbrio entre as virtudes políticas da justiça, equidade e devido processo legal adjetivo.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco espinho: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- MARINONI, ARENHART e MITIDIERO. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; XAVIER, Conceição Lourdes; AZEVEDO, Fábio Silva. O Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Revista CEJ, Brasília: Ano XIX. n. 67. p. 94, set-dez. 2015.
- ROCHA, Leonel Severo da. In: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- ROSENFELD, Michel. Just interpretations: law between ethics and politics. Los Angeles: University of California Press, 1998.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- WITTMANN, Ralf-Thomas apud BRASIL. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal. 2015. p. 30). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

O ONR E A IMPLANTAÇÃO DO SREI EM TODAS AS UNIDADES DO SRI DO BRASIL

ONR AND THE IMPLEMENTATION OF SREI IN ALL SRI UNITS IN BRAZIL

José de Arimatéia Barbosa¹⁹⁷
Marcelo Guimarães Rodrigues¹⁹⁸

INTRODUÇÃO

Ao deparar com a notícia, veiculada por *Alex Rodrigues in Agência CNJ de Notícias*, do dia 29/11/2021, referindo-se à apresentação da corregedora nacional de Justiça, ministra Maria Thereza de Assis Moura, na sexta-feira (27/11), durante painel virtual no XIV Encontro Nacional do Poder Judiciário, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), elegemos o tema pertinente às diretrizes, estratégias 3 e 4, referente a imóveis e serviços notariais, incluindo sua repercussão no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados, escolhido dentre as metas nacionais e diretrizes estratégicas que nortearão todas as corregedorias no ano de 2021, voltadas aos serviços prestados pelo foro extrajudicial.

Objetivando ver cumpridas tais metas, determina a Corregedora Nacional, no uso de suas atribuições, Ministra Maria Tereza, que as Corregedorias-Gerais da Justiça Estaduais, nomeadamente quanto a de n. 3, devem assegurar a implementação do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) em todas as unidades de serviços do território nacional pelo Operador Nacional do Registro Eletrônico de Imóveis (ONR) e seu funcionamento em plataforma única, com acesso universal, em conformidade com as diretrizes legais e normativas vigentes.

Pelo proposto na Diretriz 4, as Corregedorias-Gerais devem regulamentar e promover a adequação dos serviços notariais e de registro às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e supervisioná-los nesta seara, inclusive mediante a verificação nas inspeções ordinárias. “É a nossa união em torno desses objetivos em comum que permitirá prestarmos um serviço público íntegro e de elevada qualidade técnica e que transmita aos cidadãos plena confiança nas instituições públicas e, em especial, no Poder Judiciário”, finalizou a ministra.

1 DO OPERADOR NACIONAL DE REGISTRO

O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis tem como princípio a utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) para desmaterializar procedimentos registrais internos das serventias, bem como promover a interação destas com o Poder Judiciário, órgãos da Administração Pública, empresas e cidadãos na protocolização eletrônica de títulos e no

¹⁹⁷ Vice-Presidente do Instituto do Registro de Imóveis do Brasil (IRIB)

¹⁹⁸ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

acesso às certidões e informações registrais, de forma a aprimorar a qualidade e a eficiência do serviço público prestado sob delegação pública. Trata-se de uma plataforma integradora de equipamentos e programas que viabilizam os serviços de recepção de títulos, o fornecimento de informações e a emissão de certidões registrais em meio eletrônico. A migração dos registros físicos realizados a partir da vigência da Lei 6.015/1973 para o SREI, em cumprimento à Lei 11.977/09, se dará de forma gradativa.

Do que se trata, então, o ONR?

A este questionamento, já nos primeiros artigos de seu respectivo estatuto, encontra-se a seguinte definição: O OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA DE REGISTRO ELETRÔNICO DE IMÓVEIS (ONR), é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob a forma de serviço social autônomo tem por finalidade implementar e operar, em âmbito nacional, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), na forma dos artigos 37 a 41, da Lei 11.977, de 7 de julho 2009, mediante integração das unidades registrais, sob acompanhamento, regulação normativa e fiscalização da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na função de agente regulador, conforme previsto no § 4º, do art. 76, da Lei 13.465, de 2017.

Instituído nos termos do ordenamento acima mencionado, o ONR foi regulamentado pelo Provimento 89, de 18 de dezembro de 2019, da Corregedoria Nacional de Justiça, editado com o intuito de regulamentar a operação do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado – SAEC, o Código Nacional de Matrículas e o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI, estabelecendo ao final diretrizes para o estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis – ONR.

O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) foi instituído pela Corregedoria Nacional de Justiça por meio do Provimento 47/15, com o declarado objetivo de facilitar o intercâmbio de informações entre os escritórios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a administração pública e o público em geral.

O SREI oferece diversos serviços em linha como pedido de certidões, visualização eletrônica da matrícula do imóvel, pesquisa de bens que permite a busca por CPF ou CNPJ para detectar bens imóveis registrados, entre outros. O Sistema deve ser implantado e integrado por todos os oficiais de registro de imóveis de cada estado e do Distrito Federal. O intercâmbio de documentos e informações está a cargo de centrais de serviços eletrônicos compartilhados em cada uma das unidades da federação. O portal de integração do SREI é gerenciado pela Coordenação Nacional das Centrais Estaduais de Serviços Eletrônicos Compartilhados, vinculado ao Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB)^{199, 200}.

¹⁹⁹ Associação de direito privado, pessoa jurídica com fins não econômicos, sem cunho político ou partidário, criada por tempo indeterminado, que se regerá pelo disposto em seu Estatuto e pelas disposições legais aplicáveis, com atuação em todo o País.

²⁰⁰ Disponível em: <https://www.registradoresbr.org.br>.

Consta da Lei 13.465/17 (art. 76, *caput*) que o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) implementado e operado, em âmbito nacional, pelo já mencionado Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR).

No que toca ao procedimento administrativo e atos de registro decorrentes da Reurb, se farão, desde o princípio, preferencialmente por meio eletrônico, na forma dos arts. 37 a 41 da Lei 11.977/09 (§ 1.).

Caberá à Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça exercer a função de agente regulador do ONR e zelar pelo cumprimento de seu estatuto (§ 4.), desde que, compulsoriamente, foi determinado que as unidades do serviço de registro de imóveis dos Estados e do Distrito Federal integram o SREI e ficam vinculadas ao ONR (§ 5.). Como dito, os serviços eletrônicos serão disponibilizados, sem ônus, ao Poder Judiciário, ao Poder Executivo federal, ao Ministério Público, aos entes públicos previstos nos regimentos de custas e emolumentos dos Estados e do Distrito Federal, e aos órgãos encarregados de investigações criminais, fiscalização tributária e recuperação de ativos (§ 6.). Por sua vez, a administração pública federal acessará as informações do SREI por meio do Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (Sinter), na forma de regulamento (§ 7.).

Vale destacar que somente a partir do ano em curso é que a estruturação do ONR teve início, tomando-se como marco o dia 13/12/2020, data em que o ONR assumiu a gestão da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, acarretando, por desdobramento, despesas operacionais para sua liquidação, doravante a serem custeadas pelo Fundo destinado à Implementação e Custeio do Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis - FIC/SREI.

A criação do referido fundo já havia sido prevista no referido artigo 76, da Lei 13.465/17, dada a justificada lançada no recente Provimento 115, da Corregedoria Nacional, publicado em 26/03/2021, pelo qual foi instituída a cota de participação obrigatória para os registradores de imóveis de todo o país, no valor equivalente a 0,8% dos emolumentos brutos a serem recolhidos ao ONR em conta própria mantida para essa finalidade.

2 ÓRGÃOS DIRETIVOS DO ONR. COMPOSIÇÃO

A primeira diretoria do ONR foi eleita, por aclamação, em chapa única, pelos oficiais de registro de imóveis do Brasil, reunidos em Assembleia Geral realizada em Brasília, Distrito Federal, em 16 de abril de 2020, na sede da Anoreg-BR e em ambiente virtual, empossada em 4 de junho do mesmo ano, com a seguinte formação: DIREX, formada por cinco membros, oficiais registradores de imóveis de cada uma das regiões do País; CONSELHO DELIBERATIVO, formado por Oficiais Registradores de Imóveis de cada uma das Unidades Federativas; CONSELHO FISCAL, composto por representantes de cada uma das cinco regiões do País; e CONSELHO DE ÉTICA, também formado por representantes de cada uma das regiões no país. Obedecendo-se o mesmo critério foram indicados cinco oficiais de Registro de Imóveis para comporem

o COMITÊ DE NORMAS TÉCNICAS, neste caso indicados pela DIREX, aprovados pelo Conselho Deliberativo.

2.1 PROVIMENTOS EDITADOS PELA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA

Dentre os vários atos publicados ao longo da criação do ONR, objetivando disciplinar a sua atuação, destaca-se o Provimento 89, de 18 de dezembro de 2019, que ao dispor sobre o funcionamento do SREI, apontou em seu artigo 9º que o Sistema seria implementado e operado pelo ONR, definindo como componentes da sua estrutura: 1) os oficiais de registro de imóveis de cada estado e do Distrito Federal; 2) o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado - SAEC, de âmbito nacional e 3) As centrais de serviços eletrônicos compartilhados criadas pelos respectivos oficiais de registro de imóveis em cada Estado e no Distrito Federal (negritou-se). Todavia, igualmente relevantes os Provimentos 47, 109 e 115, todos da Corregedoria Nacional, denotando, em conjunto, a gradual evolução experimentada, com cautela, a respeito da inovadora iniciativa no cenário nacional.

2.2 DAS CENTRAIS ELETRÔNICAS ESTADUAIS (CEIs) E O SERVIÇO DE ATENDIMENTO ELETRÔNICO COMPARTILHADO (SAEC)

Desde que já criadas em algumas Unidades Federativas através de leis estaduais, em outras através de Provimentos editados pelas respectivas Corregedorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, os serviços atualmente prestados de modo eficaz, diga-se de passagem, segundo esboço do plano de trabalho em estudo pela diretoria do ONR, serão transferidos para o SAEC, assim que o ONR estiver definitivamente estruturado. Acredita-se que o ONR manterá escritórios de representação em unidades da Federação, objetivando atender às peculiaridades regionais, cujas CEIs Estaduais muito bem atendiam, como dito. Nesta angulação, as plataformas digitais existentes nesses Estados serão adaptadas aos novos procedimentos tecnológicos, ressaltando que todos os serviços praticados pela SAEC, serão hospedados em nuvens, obedecendo-se os vigentes padrões praticados pelo mercado, a fim de que assim seja garantida a continuidade dos negócios, privacidade e segurança dos dados e dos atos praticados pelos registradores de imóveis do país.

3 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (13.709/18) E SUA REPERCUSÃO NOS REGISTROS ELETRÔNICOS

A necessidade de transformar o modelo de negócio, de inovar, e mais recentemente a própria pandemia, mudou o *mindset* das organizações. Atualmente - observamos no Bloco Europeu – que a generalidade das corporações implementa estratégias de gestão de dados que acrescentam mais valor ao seu negócio e oferecerem aos seus colaboradores, aos seus clientes e à sociedade em geral, respeitando a ética, as normas e a regulação como o RGPD em vigor no Bloco Europeu e que serviu de espelho à nossa Lei Geral (13.709/18).

O emprego de tecnologias, tais como autonomia, *real time*, *In Memory*, Inteligência Artificial, *Machine Learning*, *Blockchain* e outras, de forma convergente, ou seja, alavancando dados nos repositórios onde residem, são cruciais para explorar novas possibilidades na utilização dos dados de modo a permitir melhorar os modelos de negócio existentes, inclusive criar novos modelos de negócio. Neste intuito, respondem a um conjunto de questões, como por exemplo: todos os ambientes não produtivos têm os dados anonimizados (*masking*)? Necessito de todos os dados, ou apenas de uma fração dessa informação (*subset*)? A informação está encriptada nos repositórios? Está implementada uma política de segregação de funções? Conseguimos saber quem são os agentes/colaboradores/pessoas que podem aceder a estes dados?

Crescentemente a tecnologia, de forma convergente, autônoma, inteligente e segura, nos ajuda a tirar partido dos dados e a transformá-los em conhecimento de uma maneira mais simples e ágil.

A aceleração do uso da tecnologia - mais inteligente e autônoma - nos permite focar nos resultados em vez de tarefas rotineiras e de baixo valor. Fenômeno que vai se intensificar.

Na qualidade de agentes públicos responsáveis pela guarda de dados dos cidadãos desde o seu nascimento até o final da vida, os notários e registradores atuam gerindo milhões de informações da população brasileira e têm acesso a dados relevantes que merecem tratamento adequado.

A publicidade jurídica é afeta aos objetivos que informam toda a legislação concernente aos registros públicos. Trata-se de atividade ou função pública, que por vocação inigualável na organização da administração pública nacional tem por escopos únicos e exclusivos, além de irradiar publicidade, concomitantemente promover e resguardar a segurança jurídica, a autenticidade e a eficácia de atos jurídicos mais significativos e relevantes na vida das pessoas. De fato, o tabelião e o oficial registrador garantem as liberdades individuais e estão a serviço da segurança jurídica.

Nos termos da Constituição (Arts. 103-B e 236 e seus parágrafos), os serviços regulados pela Lei 8.935 genuinamente integram o Poder Público, inclusivamente para os efeitos designados na LGPD em seu art. 23, §§3º e 4º, cuja normativa assenta, em relação aos cartórios do extrajudicial, abordagem isonômica às pessoas jurídicas de direito público, também para efeito de lhes incumbir o dever de compartilhar o acesso eletrônico aos seus dados à administração pública, da qual são partes indissociáveis.

Observadas as disposições do Art. 23, o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público deverá ser realizado “para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público (...)”.

O objetivo do legislador é o de garantir um fluxo condicionado e *apropriado* de informações pessoais, o que reflete o conceito contemporâneo de *proteção* de dados pessoais. E, como se percebe, por diferentes razões,

resulta mesmo de todo inviável a proibição pura e simples de tratamentos de dados. Cuida-se, antes de tudo, de impor um balizamento ético ajustado aos valores incorporados no texto da Constituição a respeito de questões que permeiam os direitos fundamentais dos indivíduos no contexto do Estado democrático de direito em tema altamente sensível.

Cabe então indagar: haveria conflito entre a publicidade notarial e registral e o direito à privacidade dos indivíduos com os atos escriturados ou direitos inscritos?

Antes, considero que a Lei é perfeitamente compatível com o escopo das atividades públicas desenvolvidas pelos tabelionatos e ofícios de registros. Aliás, o papel republicano que formata essas atividades cultivado pela sociedade civil organizada, a respeito de quem esses profissionais do direito representam sua mão estendida, tem por escopo preservar a ordem social, precaver litígios, reduzir o custo das transações e, por fim, mas não menos importante, proporcionar a segurança dos negócios jurídicos, atividades nas quais os dados pessoais devem ser resguardados contra a atuação de terceiros, seja perante a intervenção pelo Estado, desde que manifestados com interesses não legítimos. Deste contexto sobressai sua natureza republicana e notável contribuição na afirmação da soberania dos cidadãos. Compreende-se que a própria Constituição manteve essas atividades destacadas e independentes do Estado.

A função pública de tabeliães e oficiais registradores consiste na emissão de juízos jurídicos, designadamente a respeito de relações não controvertidas, desde a verificação de fatos extraídos da análise de negócios jurídicos sujeitos à sua cautela profissional de modo a revestir a vontade humana de eficácia jurídica, seja para inscrever novos dados na realidade jurídica. São atos institucionalizados e formais que irradiam o efeito normativo de publicidade, para os fins visados na lei civil.

Assim, o fundamento que embasa o tratamento de dados pessoais é o cumprimento de obrigação legal (Art. 7., inc. II e Art. 11, inc. II, *a*), realizado no contexto *de sua finalidade pública* e com o objetivo de executar atribuição legal (Art. 23, caput). Portanto, as atribuições dos tabeliães e oficiais de registro é que emolduram a finalidade do processamento de dados (Art. 6., inc. I); isto é, produzir autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, constituindo meio de prova a respeito de relações jurídicas.

A Lei avança no objetivo de exigir o consentimento do titular para coleta, uso e compartilhamento de seus dados, salvo exceções ali previstas. *Uso compartilhado* é gênero integrado por tratamento (de dados) em variadas espécies dispostas no inc. XVI do art. 5º da LGPD.

A premissa maior é a de que o cidadão deve ter controle sobre os seus dados pessoais. Para tanto, são alinhadas algumas salvaguardas intocáveis, a exemplo:

- a) do conhecimento;
- b) do consentimento;
- c) da oposição; e
- d) do cancelamento.

A Lei Geral (Art. 17) destaca como principal direito público subjetivo do indivíduo a incondicional e irrenunciável titularidade dos dados sobre a pessoa natural respectiva. E o exercício desse direito pode se dar a qualquer momento – imprescritível que é – e por meio de simples requisição (Art. 18), diretamente ao agente de tratamento. Na eventualidade de compartilhamento de dados, cabe aos agentes de tratamento dar ciência com quem compartilhou a respeito da requisição, de modo que toda a cadeia envolvida no compartilhamento confirme a salvaguarda dos direitos do titular.

Especificamente a respeito dos serviços notariais e de registros, a requisição poderá também ser feita ao juiz corregedor e (ou) à Corregedoria-Geral de Justiça, além de à própria Autoridade Nacional (art. 18, §1º).

Resulta então imperiosa a adoção de cuidados a respeito da base legal para tratamento de dados que poderá ser utilizada no caso concreto. Quando o tratamento de dados pessoais for baseado no “consentimento”, o controlador deve manter documentação comprobatória da sua obtenção em conformidade com a legislação.

Quando o tratamento de dados pessoais for baseado no *interesse legítimo*, o controlador deve adotar medidas para garantir a transparência de tal tratamento, que poderá sempre ser revisto pela autoridade nacional de proteção de dados à luz do caso concreto, mantendo registro e fundamentação coerente e adequada sobre as operações de tratamento de dados pessoais.

Deve verificar se o consentimento do titular é o fundamento de legitimidade adequado quando está em causa uma relação contratual com um cliente, uma vez que o tratamento de dados necessário à execução de um contrato não precisa do consentimento do cliente.

Se o que estiver em causa for um tratamento de dados pessoais adicionais em relação ao contrato, então, se o consentimento que obteve anteriormente foi dado de forma implícita, é preciso pedir um novo consentimento ao titular dos dados nas condições exigíveis pela Lei.

As certidões integrais e a visualização da matrícula se inserem no rol de publicidade integral, ao passo que as certidões em resumo e em relatório ou por quesitos, além das informações específicas, podem ser reunidas no rol de publicidade restrita ou específica propriamente dita. Em acréscimo, o registro eletrônico ainda prevê a modalidade de transmissão de dados, em si mesma considerada.

O módulo Banco de Dados Simplificado (BDS) reúne o conjunto de informações fornecidas pelos oficiais de registro de imóveis à Central Imobiliária, destinadas à consulta por usuários públicos e privados, para identificação de registros de bens e direitos, bem como da serventia onde tenham sido lavrados.

Ao enviar as informações relativas ao BDS, os oficiais de registro de imóveis deverão emitir e arquivar em cartório, em meio físico ou eletrônico, os respectivos recibos de transmissão de dados, os quais deverão ser apresentados à CGJ e ao diretor do foro sempre que solicitados.

É recomendável que as transferências ou compartilhamentos de dados pessoais, inclusive aqueles relativos aos sistemas de registro eletrônico sob a sua responsabilidade, sejam tutelados conforme os limites fixados na legislação e normas específicas.

Bem como o dever de declarar que cumprem, de forma integral, os requisitos, objetivos, fundamentos e princípios previstos nos arts. 1º, 2º e 6º da Lei Geral.

Cumpra-se destacar que no texto da lei existe uma base fundamental para o correto processamento de dados pessoais no âmbito do setor público, denominada 'Base de Interesse Público'. São as regras e princípios a que a administração pública deve observar para exercer atividades de tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução das mais diversas políticas públicas.

Como se extrai da Lei, o tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir às pessoas, e não, meramente, em visão reducionista, para facilitar um plano de eficiência das entidades públicas ou privadas, dado que a persecução do *interesse público*, no plano de uma aclamação abstrata, não pode, por si só, alicerçar desvio da finalidade que determinou a recolha dos dados pessoais no âmbito das atividades registrais e notariais, nomeadamente, se e quando esse interesse público se situe fora da esfera de atribuições legalmente cometidas aos tabeliães e oficiais registradores.

Os dados são das pessoas, e não das entidades responsáveis pelo seu tratamento. Em regra, a comunicação ou a revelação desses dados só pode ser feita nos termos previstos nas leis dos registros e normas técnicas do juízo competente; que a divulgação de qualquer arquivo pessoal que relacione os bens registrados como patrimônio do titular desses dados sem suporte legal é o suficiente para fazer incorrer, em tese, o responsável pelo tratamento em diversas responsabilidades.

A Lei, desenvolve dispositivos constitucionais e procura centrar a legitimação para o tratamento de dados, nos casos de:

- a) consentimento do titular; e
- b) autorização legal ou autorização da Comissão, no caso em que o tratamento for indispensável ao exercício de atribuições legais ou estatutárias.

Reforça-se, portanto, o vetor da *autodeterminação informacional*.

Por sua vez, a LRP, no seu art. 16, prevê que os oficiais registradores estão obrigados a lavrar *certidão* do que lhes for requerido (§1º) e fornecer às *partes* as *informações* solicitadas (§2º).

O art. 17 da mesma normativa proclama que *qualquer pessoa* pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.

Em suma, as informações previstas no art. 16, número 2, da Lei dos Registros Públicos apenas podem ser acessadas pelas partes, autoridade

administrativa ou judiciária (nessa segunda hipótese, restrita ao exercício das respectivas funções), vale dizer: aos titulares de direitos inscritos ou de pretensões legitimadas de acesso ao registro e à autoridade. E se assim não fosse, sucederiam violações ao direito à privacidade e, em alguns casos, até mesmo à intimidade a exibição de dados e circunstâncias dos assentos públicos a quem quer que seja.

Nota-se então uma linha divisória à ampla acessibilidade dos dados inscritos ou averbados do registro, na perspectiva do *interesse legítimo*. Esquadrinhar sobre a situação jurídica de um bem imóvel específico; informar-se sobre ônus ou gravames que aderiram sobre bem certo e determinado são notícias oficiais disponibilizadas diretamente às partes, isto é, àqueles que demonstrem legítimo interesse no acesso específico e individuado ao sistema de publicidade registral.

Situação diferente do que sucede na tentativa de acesso genérico, eufemisticamente denominado por *busca patrimonial verbal* = informações plenárias, cujo objetivo se exaure em instruir eventuais ações executivas ou monitorias, praxe pela qual se desvia da restrição legal e tumultua a boa ordem do serviço. Os livros do registro não estão escancarados 'à devassa', em precisa lição de Serpa Lopes.

Caberá, sob certas circunstâncias, modular o alcance daquilo que possa ser noticiado a partir de requerimento de informação qualificado positivamente. Pode calhar que a pesquisa de um item revele, por si só, o teor de outro, sem demandar nova busca. Ou mesmo para afastar a realização de buscas por todo o acervo do cartório a partir de uma singela informação negativa, o que se revelaria desproporcional e de todo inadequado.

A Lei irá repercutir na percepção social no tocante ao direito à privacidade. O direito à proteção dos dados pessoais implica assumir o controle sobre os dados pessoais de cada um, *per sí*, seja em relação a todos, outros indivíduos, isoladamente ou em conjunto, corporações, entidades públicas ou privadas, com ou sem o intuito de lucro e independentemente do contexto, situação ou local em que esses dados são captados.

Em princípio, quebra-se a lógica, até então vigente, que viabilizou alguma flexibilização no grau de ingerência nos dados pessoais, a partir, tão somente, da percepção de esses dados serem públicos ou, ao menos, publicamente acessíveis. Prática, agora, refutada pelo art. 7º, §7º, LGPD: o dado pessoal poderá estar publicamente acessível, mas nem por isso poderá ser genericamente capturado para qualquer outro objetivo ou finalidade, por parte de terceiros. Resulta, então, imperioso que sejam previamente analisados o propósito e o contexto nos quais a pessoa natural, titular de direitos, publicizou seus dados. Liga-se ao fluxo adequado de informações pessoais em cada contexto.

A Lei abarca o arquivamento e o armazenamento de dados no conceito de *tratamento* de dados pessoais (art. 5º, inc. X). Entre outras condutas, também a modificação foi incluída no gênero *tratamento*. Ao transpor arquivos

físicos ao formato digital, o armazenamento poderá ainda passar por mudanças que, sob uma nova perspectiva, faz surgir outro viés da conservação: o zelo em precaver o acesso indevido por terceiros aos dados do ato notarial ou do registro, em ambiente digital.

Bem como o dever de declarar que cumprem, de forma integral, os requisitos, objetivos, fundamentos e princípios previstos nos arts. 1º, 2º e 6º da Lei Geral.

No rol de publicidade integral, os deveres de guarda e conservação quanto ao conteúdo dos acervos notarial e registral implica não permitir a amplo e irrestrito acesso aos registros, documentos e papéis da serventia a nenhum usuário ou interessado, ainda que, em tese, reclame possuir legítimo interesse no acesso e análise do conjunto acervo do cartório. A pretensão se revelaria desproporcional e desarrazoada quando considerada a própria estrutura do sistema de publicidade registral, inclusive pelo risco efetivo de se replicar esse acervo nas mãos de terceiros e dele fazer uso em desvio de finalidade.

Requerer certidão com a relação de todos os bens de uma pessoa natural por simples curiosidade ou por mero proveito econômico não se enquadra como interesse legítimo. De modo geral, esse interesse deve ser declinado e analisado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, mediante aferição de sua proporcionalidade e razoabilidade.

Outra solução sucederia em se tratando do rol de bens de uma pessoa jurídica, mesmo porque a Lei é voltada à regulamentação apenas dos dados pessoais de pessoas naturais. Desde que o motivo apresentado, seja o estudo acadêmico ou científico, sem dúvida estará revestido de legitimidade o interesse declinado pelo interessado, apenas que não se enquadraria como algo específico. Assim como a duplicação do acervo de um cartório denota pretensão não acolhida entre os propósitos e objetivos do sistema de publicidade registral por nós adotados ou mesmo o objetivo de elaboração de um cadastro de uniões estáveis, homo, seja heteroafetivas, tão pouco.

Os dados de guarda de tabeliães e oficiais registradores concernem aos direitos civis, de personalidade, de propriedade, de crédito etc. São dados individuais privados disponibilizados em relações jurídicas privadas.

Em outra vertente, o tratamento de dados pessoais — sobretudo por meio de processos automatizados — é uma atividade de risco, que “se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, somente para citar algumas hipóteses”.

A função pública de tabeliães e oficiais registradores consiste na emissão de juízos jurídicos, designadamente a respeito de relações não controvertidas, desde a verificação de fatos extraídos da análise de negócios jurídicos sujeitos à sua cautela profissional de modo a revestir a vontade humana de eficácia jurídica, seja para inscrever novos dados na realidade jurídica. São atos institucionalizados e formais que irradiam o efeito normativo de publicidade, para os fins visados na lei civil.

Em tudo, como se vê da ligeira digressão acima, os cuidados rotineiros, no âmbito das atividades notariais e de registros, designadamente no formato do registro eletrônico, a ser gerido pelo Operador Nacional do Registro, deverão ser não só preservados como, por suposto, adaptados às novas exigências que naturalmente decorrem das diversas funcionalidades atribuídas ao modelo digital. E os riscos, neste cenário, devem ser previamente mensurados pelos agentes de tratamento, inclusive a respeito de eventuais invasões cibernéticas e consequente vazamento de dados, além de certa antevisão das possíveis consequências, para o bem, seja para o mal, pelo avanço massivo da tecnologia, a partir do emprego da inteligência artificial, a respeito do qual se divisa notável facilitação pela iminente introdução da internet 5G.

CONCLUSÃO

Como visto, a Lei 13.465/17 (art. 76, *caput*), previu que o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis será implementado e operado, em âmbito nacional, pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR), já antecipando que o procedimento administrativo e os atos de registro decorrentes da Reurb serão feitos preferencialmente por meio eletrônico, na forma dos arts. 37 a 41 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009 (§ 1.), dispendo, em acréscimo, que as unidades do serviço de registro de imóveis dos Estados e do Distrito Federal (compulsoriamente) integram o SREI e ficam vinculadas ao ONR (§ 5.).

Refere também que tais serviços eletrônicos serão disponibilizados, sem ônus, ao Poder Judiciário, ao Poder Executivo federal, ao Ministério Público, aos entes públicos previstos nos regimentos de custas e emolumentos dos Estados e do Distrito Federal, e aos órgãos encarregados de investigações criminais, fiscalização tributária e recuperação de ativos (§ 6.), garantindo que a administração pública federal acessará as informações do SREI por meio do Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (Sinter), na forma de regulamento (§ 7.).

Trata-se de criação de entidade legal organizada como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos (art. 76, § 2., Lei 13.465/17), mantida e gerenciada com ampla autonomia por instituição particular – associação civil - de profissionais do Direito oficiais registradores de imóveis, com a incumbência de representação institucional e política dos oficiais de Registro de Imóveis do Brasil (IRIB). À essa nova entidade (ONR) foi delegada a prática de atribuições de notável relevância estratégica e expressivo interesse econômico-financeiro, de modo a criar, manter, arquivar, *administrar* e *gerenciar* os dados produzidos em plataforma eletrônica centralizadora de informações a respeito dos serviços praticados pelos tabelionatos e ofícios de registros públicos em todo o território nacional.

Cuida-se, neste viés, que ao ONR seja delegada a implementação e a operação, em âmbito nacional, nos moldes estritamente concebidos, o que naturalmente exclui qualquer atividade de do controle sobre o conjunto

da atividade registrária, a exemplo de atribuições para informatizar procedimentos registrais internos e de gestão das serventias, prover um barramento nacional de integração e interoperabilidade de suas bases de dados, desenvolver e disponibilizar aos registradores sistemas e ferramentas eletrônicas para gestão administrativa da serventia e realização de atos registra etc.

Efetivamente, as centrais de serviços eletrônicos compartilhados constituem instrumentos dos registradores para a prestação de suas atividades digitais. No sistema vigente os poderes normativos são balizados pela Constituição no rol das atribuições de órgãos do Poder Judiciário (CNJ e CGJ dos Estados e Distrito Federal).

Em relação à repercussão da LGPD, é recomendável que as transferências ou compartilhamentos de dados pessoais, inclusive aqueles relativos aos sistemas de registro eletrônico sob a sua responsabilidade, sejam tutelados conforme os limites fixados na legislação e normas específicas. Bem como o dever de declarar que cumprem, de forma integral, os requisitos, objetivos, fundamentos e princípios previstos nos arts. 1., 2. e 6. da Lei Geral.

Cumpra-se destacar que no texto da lei existe uma base fundamental para o correto processamento de dados pessoais no âmbito do setor público, denominada 'Base de Interesse Público'. São as regras e princípios a que a administração pública deve observar para exercer atividades de tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução das mais diversas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, José de Arimatéia Barbosa et al. Direito Registral – Uma perspectiva Ibero-Americana. Direção: Sebastian Sabene, da Universidade Notarial da Argentina (UNA). Buenos Aires -La Ley, 2019.

BRAGA JR., Antônio Carlos Alvers. SREI – Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis. Disponível em: <http://cartórios.org/2013/06/27/srei-serviço-de-registro-eletronico-de-imoveis/>. Acesso em: 4 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de Dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 4 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de Julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 4 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 4 mai. 2021.

CENTRAL REGISTRADORES DE IMÓVEIS. Flauzilino Araújo dos Santos. Disponível em: <http://cartórios.org/2013/06/27/srei-serviço-de-registro-eletronico-de-imoveis/>. Acesso em: 4 abr. 2021.

JACOMINO, Sérgio. Registro eletrônico: a nova fronteira do Registro Público. Disponível em: [arisphttp://arisp.files.wordpress.com/2010/11/registro-eletrc3b4nico-parecer-irib.pdf](http://arisp.files.wordpress.com/2010/11/registro-eletrc3b4nico-parecer-irib.pdf). Acesso em: 4 mai. 2021.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando; DIP, Ricardo Henry Marques; JACOMINO, Sérgio. Registro público de imóveis eletrônico: riscos e desafios. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.

MENDEZ, GONZALES FERNANDO. Registro público de imóveis eletrônico. São Paulo. Quinta Editorial.202

Provimento 47, de 18 de junho de 2015. Diretrizes gerais para o sistema de serviços de registro eletrônico. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2967-> . Acesso em: 4 mai. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. Lei geral de proteção de dados e os serviços notariais e de registros. Belo Horizonte: CNB-MG, 2021.

O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS, O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE UNIVERSALISM OF HUMAN RIGHTS, THE NEW INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LAW AND THE CONSTITUTION OF 1988

Alexandre Coutinho Pagliarini²⁰¹

INTRODUÇÃO

O texto que ora se publica foi escrito para publicação na obra coletiva intitulada “Direito, justiça e sociedade – Estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná”. O convite me foi feito pelo professor Eduardo Cambi, que é um cientista do Direito de primeira estatura na doutrina nacional.

Fui incumbido pelo professor Cambi de escrever sobre o tema anunciado no título deste artigo. Tal temática, por si só, é motivo de forte divergência doutrinária (nas melhores academias) e jurisprudencial não só nas Cortes Superiores brasileiras, mas também em outros muitos Tribunais nacionais (de outros países) e até em Tribunais internacionais permanentes.

Adentrando criticamente no assunto aqui proposto, constata-se: tem-se pensado, perifericamente – sem alcance no todo e do todo – que uma Constituição nacional dita regras de DIP; tem-se igualmente escrito que DCI são as normas da Constituição sobre o DIP; nenhuma destas duas assertivas são verdadeiras. Pensamentos assim, como se anunciou, são parciais; logo, o raciocínio nacionalista não chega a lugar algum se se quer falar de um conjunto de normas que extrapolam as fronteiras nacionais de um Estado.

Há 193 Estados soberanos no mundo. Quer isso dizer que cada um deles tem o seu ordenamento jurídico. Todavia, as suas relações não são regidas pelo Direito unilateral (nacional) de um, nem de outro. Há normas próprias para tal mister, e elas são de DIP.

De uma espécie de simbiose normativa entre o Direito Constitucional nacional e o DIP, nasce o DCI²⁰².

Busca este artigo demonstrar as diferenças e as proximidades entre o Direito Internacional Público (DIP), o Direito Constitucional nacional (em especial, o brasileiro), chegando à conclusão de que já existe um outro conjunto de normas que se pode chamar de Direito Constitucional Internacional (DCI), sendo

²⁰¹ Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular dos Cursos de Mestrado e de Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER. Professor da FEMPAR. Tradutor francês-português-francês e inglês-português-inglês. Presidente da Semana Franco-Lusófona de Direito Constitucional (SFLDC, Paris e Lisboa). E-mail: alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com / Telefone e WhatsApp: +55-41-99647-6766. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1618544193350080> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>

²⁰² Pouco ou nada percebido, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência do Brasil.

possíveis, portanto, uma Constituição internacional e um Tribunal Constitucional Internacional – por cujas criações aqui se propugna e contribui cientificamente.

As questões metodológicas e as problematizações (perguntas) seguem em 1 e em 1.1

1 PROLEGÔMENOS METODOLÓGICOS

Para chegar às conclusões que serão apresentadas ao final e responder às problematizações prequestionadas em 1.1., utilizou este artigo científico, numa primeira abordagem, o método indutivo; lembre-se que este é aquele que se configura como o processo mental que, para chegar ao conhecimento ou demonstração de uma verdade, parte de fatos particulares, comprovados, e, depois, conclui de forma genérica. Isso se chama indução e por meio dela se estabelece uma verdade universal – ou uma referência geral – a partir da qual se dão os passos de uma investigação com base no conhecimento de certo número de dados singulares (aqueles colhidos mais tarde pela dedução). A verdade que se põe, desde já, pela indução metodológica é: o Direito é uno! De certo modo – pelo menos neste artigo científico –, misturam-se e se complementam os métodos indutivo e dedutivo.

Feita a abordagem indutiva – o Direito é uno! –, utilizou-se este escrito também do método dedutivo pela aferição, abrandada e sintética, de quatro elementos: (i) os documentos normativos internacionais constituintes (estruturantes) da Comunidade Internacional; (ii) os documentos normativos internacionais definidores e garantidores de Direitos Humanos; (iii) a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e ainda em vigor; (iv) alguma doutrina, de profusão mundial. A partir do que consta em (i), (ii), (iii) e (iv), deduzir-se-á que....

Outra advertência que se faz ao leitor desta investigação científica é a seguinte: não se deu este *paper* o trabalho de justificar todos as suas assertivas com respaldo em doutrina e/ou em jurisprudência. Ou seja, em português claro: o que se escreveu aqui, escreveu-se sobretudo com base em experiência e em doutrina próprios do autor que este texto assina, respeitadas as metodologias expostas em 1 Assim se fez porque no Brasil se tornou praxe e obrigação imposta aos pesquisadores a citação das fontes onde foram buscados todos os saberes e as conclusões; isso se dá como se fosse proibido pensar e como se não fosse científica a escrita com base naquilo que deveria ser *common sense*. Tem-se esta praxe como pueril e quase proibitiva de terem os pesquisadores opiniões próprias; teme-se que as autoridades da pesquisa científica, no Brasil, estão a um passo de chegar ao ponto de obrigar o pesquisador que concluir que o leite é branco, a citar a fonte de onde tirou a conclusão de que o leite seja branco, de modo que a brancura do leite se deverá muito mais ao escritor que tiver dito isso antes da pesquisa do que ao fato de ser o leite da cor branca desde sempre. Ora: a citação pormenorizada só devia ser exigida de textos escritos por pesquisadores que se encontram em fase de iniciação científica. Já um pesquisador sênior pode e deve ter pensamento próprio, caso contrário não será ele nem pesquisador, muito menos sênior.

E mesmo dos que se encontram em fase debutante de iniciação científica, não se lhes deveria exigir justificar toda e qualquer assertiva sua mediante a indicação de paralelo jurisprudencial e/ou doutrinário, e aqui vai uma sugestão ao Ministério da Educação (MEC), à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e aos demais órgãos (públicos e privados) de fomento à pesquisa; a dica é: deixem os pensadores brasileiros pensar!

Para finalizar os atuais Prolegômenos Metodológicos, escreverei este parágrafo na primeira pessoa do singular, e assim farei por conta da peculiaridade da situação pessoal que aqui relatarei. Quando da escrita do meu Ensaio de Pós-Doutoramento, na Universidade de Lisboa, o meu Orientador, o Professor Catedrático Jorge Miranda, fez-me o seguinte alerta – e ao mesmo tempo desabafou sobre os escritores do Brasil. Disse o Mestre Miranda (MIRANDA, 2009):

Professor Alexandre, nós, aqui, em Portugal, temos nos decepcionado muito com os que para cá vêm cursar os seus Doutoramentos e os seus Pós-Doutoramentos. A decepção ocorre porque os brasileiros pouco escrevem e muito citam terceiros. Ao final, nós, os orientadores portugueses, vemos na obrigação de ler a jurisprudência dos Tribunais X e Y, e a doutrina dos escritores Z e W. Nada ou quase nada nos mostram – de seus próprios punhos – os investigadores brasileiros que vêm para Portugal para escrever Teses de Doutoramento ou Ensaio de Pós-Doutoramento. Isso demonstra falta de maturidade e de capacidade científica própria. Portanto, eu o orientarei se tiver como suporte de leitura o que o senhor escrever. Em suma: não fique a citar o tempo todo, ou cite pouquíssimo!

Esta advertência de Jorge Miranda me foi feita logo no primeiro dia de orientação e representou um marco em minha vida de pesquisador. Percebi, então, a partir de Jorge Miranda, que, para a Ciência, devo pensar, e, se penso, existo e sou. Não há Ciência sem pensamento próprio. É por esta razão que René Descartes já dizia: “*Je pense, donc je suis*”²⁰³. Eis a razão pela qual aqui pouco citarei, e quando citar farei de modo genérico, crítico e referencial (indicativo de leituras), sem as infundáveis aspas que acabam por fazer notar que o trabalho de Fulano é, na realidade, o trabalho de Beltrano.

1.1 PROBLEMATIZAÇÕES CIENTÍFICAS

Ao se levar em consideração os Prolegômenos Metodológicos acima descritos, resta ao cientista do Direito apresentar questionamentos e apontar

²⁰³ “Cogito, ergo sum”. Penso, portanto, sou (é a melhor tradução). DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. Paris: Flammarion, 2000, p. 23.

soluções às problemáticas introduzidas no texto. É nesse sentido que se propõem as seguintes perguntas, as quais serão respondidas, na melhor ordem, no decorrer deste artigo, amparadas pela justificativa doutrinária aqui constante.

As perguntas – problematizadas – são:

A) Problema de pesquisa número 1: O que consta na Constituição brasileira em vigor são normas de DCI, são normas de DIP ou são normas do tradicional DCNB?

B) Problema de pesquisa número 2: O que é o DCI?

C) Problema de pesquisa número 3: É possível um Direito Universal (DU)?

D) Problema de pesquisa número 4: É possível uma Constituição internacional?

E) Se a resposta ao problema D for positiva, então a pergunta será: pode-se pensar na criação e no funcionamento de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI)?

Esses problemas serão enfrentados, um a um, do item 2 ao 5. No sexto (Conclusões), serão respondidas objetivamente, sendo certo que a compreensão do texto só se propiciará na inteireza da sua leitura, a qual fica aqui proposta, desde já, com a meditação necessária.

2 O QUE CONSTA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO (DIP), SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL (DCI) E SOBRE AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Daqui em diante, serão usadas as siglas (DIP, DCI e DCNB = Direito Constitucional Nacional Brasileiro) para querer dizer as realidades científicas cujos nomes estarão a substituir.

A palavra *internacional*, no singular ou no plural, com o seu significado próprio ou querendo dizer qualquer coisa equivalente a DIP ou a Relações Internacionais do Brasil, aparece na Constituição brasileira, ou de forma direta – ou indiretamente –, nesses dispositivos normativos:

- Preâmbulo;
- Artigo 4º, incisos de I a X, e parágrafo único;
- Parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 5º;
- Artigo 21, incisos I, II, III, IV, XII e sua alínea “e”;
- Artigo 49, inciso I;
- Artigo 84, incisos VII e VIII;
- Artigo 102, inciso I, alíneas “e” e “g”, inciso III, alínea “b”;
- Artigo 105, inciso II, alínea “c”, e inciso III, alínea “a”;
- Artigo 109, incisos II, III e V;
- Artigo 142, parágrafo 3º, inciso X;

- Artigo 178;
- Artigo 192, inciso III, alínea “b”;
- Artigo 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT);
- Artigo 52, parágrafo único dos ADCT.

As disposições normativas acima indicadas foram inseridas no ordenamento jurídico nacional brasileiro pelo Poder Constituinte Originário que positivou a Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988. Logo, tratam-se elas de normas constitucionais, quer dizer: de DCNB, e não de DIP, nem de DCI; isso porque um país, isoladamente falando, em sua Constituição – nem em outros diplomas normativos nacionais – não tem nenhuma autoridade para criar normas que extravasem as suas fronteiras. Portanto, devem as normas constitucionais brasileiras sobre DIP, sobre DCI e sobre Relações Internacionais ser encaradas só como DCNB, e nada mais. O contrário seria a legitimação das políticas “internacionais” de *Mister Donald Trump*²⁰⁴, o mandatário dos Estados Unidos da América à época do Seminário Internacional do STM – quando este artigo foi escrito.

Não se deve duvidar, entretanto, que as normas constitucionais brasileiras estão inseridas dentro de um sistema maior que se chama Direito, isso numa visão – a única possível para uma Filosofia Geral do Direito – monística e cosmopolitana, e para isso se remete o leitor às doutrinas de Sócrates²⁰⁵, de Diógenes²⁰⁶, de Immanuel Kant (2005, p. 72), de Hans Kelsen (apud LOSANO, 1999, p. 210) e de Charles Leben (2004, p. 237). Longe deste pensamento, implode-se a ideia científica de sistema e se passam a justificar vários objetos, e não um só, vários direitos (com “d” minúsculo), e não uma coisa só – o Direito *monista*, este, sim, merecedor de inicial maiúscula – que se defino (PAGLIARINI, 2004, p. 222) como o objeto cultural prescriptor de condutas que se comunica pelas linguagens deônticas da obrigação (O), da proibição (V) e da permissão, desde que posto pela autoridade competente – o Estado soberano ou a Organização Internacional – e que tenha como consequência a Sanção (S) – também prevista no sistema pela(s) autoridade(s) competente(s), de modo que, na fórmula da norma jurídica completa, encontrem-se as seguintes proposições implicativas:

$$p \rightarrow q \text{ (v) } -q \rightarrow S$$

²⁰⁴ Lembrem-se das normas domésticas de Trump de repercussão internacional, mas ainda domésticas: (i) sobretaxamento do aço; (ii) políticas imigratórias.

²⁰⁵ “Não sou nem ateniense nem grego, mas sim um cidadão do mundo.”. In: LAURSEN, John Christian. *Cynicism and Cosmopolitanism at the Roots of Freedom of the Press*. Berkeley: University of California Press, 2007, p. 13.

²⁰⁶ “Sou uma criatura do mundo (cosmos), e não de um Estado ou uma cidade (polis) particular.”. In: DUDLEY, Donald. *A History of Cynism*. London: Methuen, 1937, p. 26.

Logo, o que consta na Constituição brasileira sobre o DIP, sobre o DCI e sobre as Relações Internacionais da República Federativa do Brasil não é, de modo algum, nem DIP, nem DCI, mas, sim, DCNB.

3 O QUE NÃO É E O QUE É O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL (DCI)

O DCI não é o que consta numa Constituição sobre DIP ou sobre Relações Internacionais ou sobre DCI. Como se viu acima, isso se trata de Direito Constitucional nacional de um dado país, e o que a Constituição brasileira dispõe a respeito é simples DCNB, e não DIP, nem DCI. Logo, o DCI não é – data vênia – o que disse que ele era o Professor Celso D. Albuquerque Mello (2000), para quem o DCI é justamente composto pelas normas constitucionais sobre DIP e sobre Direitos Humanos Internacionais que se encontram plasmadas numa dada Constituição nacional; ora, isso é Direito Constitucional – repita-se! Pensar o contrário – como faz o Mestre Albuquerque Mello – é o mesmo que nacionalizar um Direito que não é nacional, mas que é internacional por natureza.

O que é, então, o DCI? Para responder a esta pergunta, tenha-se em mente o que é uma Constituição, ou, melhor dizendo (em linguagem de autoquestionamento), o que é uma Constituição e quais são as funções que ela tem cumprido desde o seu aparecimento – escrito – nos finais do século XVIII (em França e nos Estados Unidos da América).

Em resposta aos autoquestionamentos constantes ao final do parágrafo anterior, tem-se que a Constituição surgiu na modernidade, por escrito, para cumprir duas funções, quais sejam: (i) estruturar o Estado livre pós-absolutismo (França, Europa ocidental) e pós-Guerra da Independência dos Estados Unidos²⁰⁷; (ii) definir e garantir Direitos Fundamentais (ou Humanos).

Pois bem, então o que é uma Constituição, já que se sabe para que ela serve? Aqui se define como sendo Constituição o documento jurídico e político que cumpre as duas funções acima expostas; eis a Constituição da Polis!

Ora, tendo-se em conta o que seja uma Constituição para a Polis, fica a pergunta: é possível uma Constituição para a Cosmópolis? E a resposta é sim, apesar de este tipo de resposta soar estranho e desagradável àqueles que seguem o constitucionalismo meramente nacional e/ou doutrinas jurídico-políticas que acabaram por desejar implantar, na prática, algum Estado advindo dos pensamentos de Hegel, Marx ou *Carl Schmitt*, três dos mais significativos pensadores da tradição germânica.

Sim, é possível uma Constituição para a Comunidade Internacional (a Cosmópolis), e, de certo modo, ela já se verifica existente quando se constata

²⁰⁷ A ideia de independência também influenciou o mais importante movimento de “alforria” do Brasil, a Inconfidência Mineira. Joaquim José da Silva Xavier (o Tiradentes) tinha como pocketbook preferencial uma edição clandestina, de 1778, daquilo que era a proposição da Constituição para os Estados Unidos – em francês, *Recueil des loix Constitutives des États-Unis*. Disponível em: http://www.museudainconfidencia.gov.br/pt_BR. Acesso em: 4 jul. 2018.

que já foram positivados e se encontram em pleno vigor documentos “(cosmo) jurídico-(cosmo)políticos”, tais como: (α) a Carta²⁰⁸ da Organização das Nações Unidas (ONU), tratado internacional estruturante desta que é a mais importante sociedade política que existe em nível internacional; (β) A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)²⁰⁹, que, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, forma(m) a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Esse DCI e a Constituição Internacional não são postos por um poder constituinte originário clássico, nos moldes daquele que positiva a Constituição nacional. O poder constituinte da Comunidade Internacional é produzido pelo DIP dos tratados internacionais, pelo DIP dos costumes internacionais e pelo DIP dos princípios gerais de Direito (incluindo os específicos princípios de DIP); este poder constituinte internacional (e/ou transnacional, e/ou supranacional) é incluyente de todos os fatores que influem no dia a dia do *Mundus*, e nisso entram a Ecologia, os Direitos Humanos internacionais, a Economia internacional, a livre circulação de pessoas e bens, etc...

Portanto, ficam solucionadas as problematizações (e respondidas as perguntas) no seguinte sentido: o DCI é aquele conjunto de normas constitucionais internacionais que (a) estruturam a Cosmópolis e que (b) na Cosmópolis definem e garantem Direitos Fundamentais²¹⁰. Com pensamento lógico assim demonstrado, pode-se, inclusive, concluir que: sendo possível uma Constituição internacional, então (→) só pode ser igualmente possível – e necessária – a criação de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI) (PAGLIARINI, 2017).

3.1 O QUE NÃO É E O QUE É O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO (DIP)

O DIP não é um conjunto de normas ejetadas no sistema por uma soberania nacional, mesmo que tais normas estejam numa Constituição estatal e digam respeito às relações internacionais do país. Logo, o DIP não é nem Direito Constitucional nacional, nem DCI. O DIP é DIP! Mas o que é DIP?

²⁰⁸ Além desta Carta que estrutura a ONU, há inúmeros outros pactos internacionais estruturantes de uma imensidão de organizações internacionais de alcance universal e atuação política, alcance universal e atuação técnico-específica, alcance regional e atuação política e alcance regional e atuação técnico-específica.

²⁰⁹ Fora estes (universais, da ONU), há os pactos regionais, principalmente nos contextos europeu, interamericano e africano.

²¹⁰ Ou Direitos Humanos. Em minha doutrina, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos significam a mesma coisa, ou seja: são aquelas normas jurídicas que protegem o indivíduo, a coletividade de indivíduos e os bens jurídicos para a fruição de vida digna (liberdade, meio ambiente equilibrado, etc...) pelo Homem. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A construção do Direito Constitucional Internacional pelos direitos humanos. Lisboa: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Ano 3 (2014), n. 1. 401-424. ISSN: 2182-7567. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00401_00424.pdf. Acesso em: 4 jul. 2018.

Defino o DIP como o conjunto de normas jurídicas internacionais, ejetadas no sistema pelas pessoas de DIP – os Estados soberanos, em relação entre si, e as Organizações Internacionais –, que estruturam a Comunidade Internacional e as relações entre os sujeitos de DIP, normas estas que têm como destinatários primários os Estados, como secundários as Organizações Internacionais e as populações que formam não só os povos nacionais, mas os povos do mundo (*de Gentibus Terrae*), e, neste sentido, há um DIP estruturante, um DIP dos Direitos Humanos e um DIP mais restrito referente às negociações entre duas ou mais soberanias e dependente – sempre – dos consentimentos²¹¹ destas.

4 UNIVERSALISMO JURÍDICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL (DCI)

Não se pode pensar que soberania seja uma força semântica, jurídica ou política que se possa transferir à Cosmópolis ou ao DIP; a noção de soberania foi construída como realidade referente ao Estado nacional. Mas poucos conceitos em Direito e em Ciência Política são tão nebulosos e vulneráveis a críticas quanto o de soberania, e sobre isso se discorrerá antes de se dissertar acerca do universalismo jurídico propriamente dito.

Em termos semânticos, soberania significa poder supremo e incontrastável, e é poder atribuído ao Estado nacional (a França é soberana!). Isso soa estranho – e matemática e fisicamente impossível –, pois são contabilizados no mundo atual 193 Estados soberanos (ou seja, 192 poderes totais, e mais um poder total – eis aí uma demonstração que faço de linguagem do absurdo). Daí, pergunta-se: há 193 poderes incontrastáveis? Ou deveria haver um só? Era por isso que Kelsen (REZEK, 1984, p. 88) (um lógico, linguista e positivista) questionava o alcance e o acerto do uso da palavra soberania; para ele, raciocinando em termos de linguagem e de incidência sistemática, a soberania, se houvesse, não seria um atributo do Estado (do Direito nacional), mas sim da Comunidade Internacional organizada (posta pelo DIP num primeiro momento e pelo DCI a partir de maior centralização²¹²). Era também por isso que Kelsen se autoquestionava: Estado mundial ou mundo sem Estados?²¹³ Seguindo-se este raciocínio, de fato, não podem coexistir 193 poderes supremos e incontrastáveis, e ainda subsistir um DIP coeso; eis aí o grande problema do DIP. Isso, em Teologia,

²¹¹ Pacta sunt servanda. Ref. REZEK, Francisco. Direitos dos Tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 19.

²¹² Neste sentido, afirmo aqui que o futuro do DIP é o DCI. Enquanto o DIP é o primeiro passo rumo à universalização, o DCI é a própria universalização consolidada.

²¹³ Nem uma coisa, nem outra; penso que o Estado não é o fim da história; tampouco entendo que ainda seja uma verdade inofismável a de que as únicas sociedades políticas são a família e o Estado (era o que pregava a velha Teoria Geral do Estado – TGE). Há inúmeras outras sociedades políticas, sendo a Organização Internacional (O.I.) a mais ousada delas todas, e, dentre todas as O.I., a ONU é a representação mais aproximada do que se espera de uma Cosmópolis da paz e da boa convivência.

seria um retrocesso da *Ecclesia*²¹⁴ e representaria o retorno à época dos deuses, deixando-se de lado a sofisticação alcançada por judeus, cristãos e muçulmanos na revelação monoteística – no caso dos cristãos, sobretudo dos Católicos Romanos (SANTO AGOSTINHO, 2014), a Perfeição se encarnou (em Jesus, o Cristo) e se mantém presente a todo instante (Espírito Santo, que provém do Pai e do Filho) *numa só realidade de essência* junto ao Deus-Pai.

Ora, a soberania tem o seu papel histórico de supina relevância para a formatação do que se entende por Estado moderno: sim, ela tem sido usada como elemento justificador do Estado moderno que se impôs após a experiência de mil anos de fragmentação de poder que se verificava no modelo estatal da Idade Média, época em que o indivíduo era súdito do Rei da França, mas também do Senhor Feudal (Suserano) e do Papa. Daí a imprescindibilidade dos escritos de Bodin (1986) e Hobbes (2000) para alavancar a centralização do poder nas mãos do Rei, que passou a ser chamado justamente de soberano; eis o contratualismo hobbesiano. Evidentemente, isso foi desembocar no Absolutismo, derrubado paulatinamente na Inglaterra (desde 1215) e de modo violento em França (a partir de 14 de julho de 1789).

Sem necessitar recorrer ao *imbróglío* DIP *versus* Estado nacional, se se focar só neste já se encontrarão inúmeras realidades que diminuem (ou mesmo desconstituem a inexpugnabilidade do conceito de soberania):

(i) A soberania já não é mais “tão soberana assim” por causa do federalismo. Há Estados que adotaram a forma federal; numa federação, o poder central se dilui em outros poderes parciais e periféricos; veja-se o que ocorre nos Estados Unidos ou no Brasil (artigo 18 da Constituição em vigor);

(ii) A soberania já não é mais “tão soberana assim” por causa da tripartição dos Poderes de Montesquieu. De fato, o cumprimento da função de governar, por um órgão; da função de legislar, por outro; e da de julgar, por um terceiro, nada mais é do que a fragmentação da capacidade decisória, o que, em última análise, significa o mesmo que frear o poder (esvaziar a soberania);

(iii) A soberania já não é mais “tão soberana assim” por causa dos inúmeros outros fatores reais de poder que se acumulam e se diversificam dentro do próprio contexto interno e nacional do Estado “soberano”.

Agora, sim, passe-se a recorrer ao *imbróglío* DIP *versus* Estado nacional. Faça-se o raciocínio: da soberania estatal ao universalismo jurídico. Ora, se fatores nacionais (nos parágrafos que a estes antecedem) já faziam com que

²¹⁴ Lugar de reunião ou de uma assembleia; Igreja.

a soberania não fosse mais o que era, a relação entre DIP e Direito interno é tensa, e, para muitos – os monistas moderados e os dualistas –, tem-se aí dois Direitos: um, nacional; outro, o DIP; e este último, para valer, teria que ser incorporado, de alguma forma, pelo primeiro. Isso ocorre porque o Estado é um foco ejetor de normas que não padece do mal do DIP, qual seja: do primitivismo e da descentralização. Mas o que são primitivismo e descentralização do DIP; o que é isso? Vamos a novas definições, a *variations sur le même thème*²¹⁵.

Algumas redefinições; doravante, passarei a me utilizar novamente da verbalização na primeira pessoa do singular: conceituo o Direito Constitucional (DC) como sendo o conjunto (PAGLIARINI, 2014) de normas-regras e de normas-princípios que constituem a comunidade política estatal (tradicionalmente esta) e que proclamam os Direitos Humanos, propiciando a garantia destes. Já o DIP por mim é definido como sendo o conjunto de normas costumeiras, pactícias ou principiológicas que criam, modificam ou extinguem fatos juridicamente relevantes (Direitos) no sentido de estruturar a Comunidade Política internacional (Cosmópolis) e proclamar e garantir nesta comunidade os Direitos Humanos Fundamentais. Alguma semelhança entre as definições? Resposta: muitas! As semelhanças, sobre elas algo será adiante. Diferença importante há, contudo, entre DIP e DC. O DIP tem-se baseado na regra *pacta sunt servanda* (impõe-se o cumprimento do que se pactua). Desta forma, tem sido corriqueiro analisar o DIP sob a ótica do consentimento. De fato, numa avença internacional as normas somente incidirão no campo existencial dos Estados que a ratificaram. São a *pacta sunt servanda* e a tese do consentimento que fizeram Hans Kelsen classificar o DIP como primitivo e descentralizado: primitivo porque nele a represália é imposta pelo próprio Estado que sofreu uma transgressão (olho por olho, dente por dente²¹⁶); descentralizado porque as normas de DIP só incidem sobre os Estados que fizeram parte num tratado internacional. Tal raciocínio leva a uma conclusão: o Direito dos tratados internacionais representa o Direito Internacional particular (incidente somente sobre os Estados que pactuaram); e nisso, o DIP não guarda nenhuma semelhança com o DC uma vez que este contém regras estruturantes de um dado Estado e proclamadoras de Direitos Humanos no território inteiro deste mesmo Estado. Portanto, o DC é sempre o Direito geral do Estado que promulgou a Constituição, seja ele unitário, federal ou uma confederação; por exemplo: o DC japonês incide em todo país. Acontece que o DIP não contém somente regras provenientes de tratados internacionais (normas escritas ratificadas): segundo o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ), as espécies normativas que os Juízes da Corte da Haia devem aplicar nos casos concretos também são — além dos (i) tratados internacionais — o (ii) costume internacional (como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito), os (iii) princípios gerais de direito (reconhecidos pelas nações civilizadas), e, sob ressalva da disposição ao art. 59 do ECIJ, também (iv) as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados

²¹⁵ Variações sobre o mesmo tema.

²¹⁶ Levítico 24:20.

das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. Dentre as espécies normativas supranumeradas nos subitens ii, iii e iv, as principais são o costume e os princípios, os quais constituem o que se pode chamar de Direito Internacional geral, e este se assemelha indubitavelmente ao DC por ter as pretensões de incidir sobre os Estados, e, conseqüentemente, as mulheres e os homens da inteira Comunidade Internacional vista como um todo-global — como se o mundo fosse um só país-mundo. No DIP, as suas normas sempre serão superiores às nacionais — é assim que deve considerar um Juiz internacionalista e um bom estudioso da Teoria Geral da Norma. Mas há as Constituições, e cada qual escolhe a sua opção hierárquica quanto ao DIP — o que é depreciador do próprio DIP e da unidade do Direito monístico como um todo. Daí ocorre uma questão que intriga: a da superioridade hierárquica neste embate entre o particularismo (do Estado soberano) e o universalismo (do DIP). Neste sentido, há duas posições a que se pode aderir. A internacionalista pura (o DIP na comunidade internacional); ou a constitucionalista (o DIP no Brasil — a partir da CF/88). Nesta questão da hierarquia, adiro à tese internacionalista pura (teoricamente menos dada ao egoísmo particularista). Uma semelhança (uma conciliação) entre DC e DIP: tanto o DC quanto o DIP em algum momento disporão normativamente sobre o tema organizacional: o DC cuidará da estruturação do Estado — ou seja, da Polis; o DIP se ocupará da estruturação da comunidade internacional — da Cosmópolis. O DC “Estruturante” é composto por aquelas normas magnas que fizeram da Espanha um Reino, dos Estados Unidos uma federação e da França um país em que o controle de constitucionalidade é feito pelo Conselho Constitucional *a priori*. O DIP “Estruturante” veicula normas que estabelecem um órgão responsável pela paz no mundo (a ONU), pelo comércio (a Organização Mundial do Comércio) e pelo julgamento dos países que atentarem contra a paz (a Corte Internacional de Justiça). Nota-se aqui, então, que ambos — DC e DIP — encontram importante ponto de convergência: um enquanto estruturante da Polis (o DC, pela Constituição) e outro enquanto estruturante da Cosmópolis (o DIP, pelas normas internacionais). Claro fica aqui que por Polis se deva entender Estado nacional, e por Cosmópolis a comunidade internacional. O ponto nevrálgico de encontro entre DC e DIP não é o das estruturações, mas sim o da positivação de normas humanitárias. Ora, o DC escrito nasceu no século XVIII para estruturar o Estado e para definir e garantir os Direitos Humanos no Estado. O DIP, por sua vez, é composto por normas estruturantes da Comunidade Internacional e definidoras — nesta Comunidade Internacional — dos Direitos Humanos. Este *meeting point* normativo tem nome: Direito Constitucional Internacional; é este o Direito do presente e o do futuro.

5 UNIVERSALISMO GERAL NA TEOLOGIA CATÓLICA

Ensina Joseph Ratzinger que a Teologia é a filosofia das filosofias²¹⁷. Logo, também com a Teologia se faz ciência, não sendo de se esquecer que a Teologia

²¹⁷ Natureza e Missão da Teologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 19.

é estrutura de pensamento que deu toda a base civilizatória do que se conhece por Europa (desde Israel, passando-se para o lado de lá dos Urais).

O universalismo bíblico se inicia onde devia se iniciar: no Livro do Gênesis, logo em 1:1²¹⁸. A queda de Adão e Eva, para a Teologia judaico-cristã, recai sobre toda a humanidade, toda ela expulsa do Éden por toda a eternidade juntamente com os pais que se alimentaram do fruto proibido (Gênesis, 3:22). Noé nasceu anunciado como aquele que trará o alívio tirado da Terra amaldiçoada desde a queda de Adão (Gênesis, 5:29); fora o que foi selecionado por Noé para se proteger das águas na Arca, toda a criação foi exterminada (Gênesis, 7:23). Refundou-se a humanidade e toda a criação. Porém, por conta do egoísmo inerente ao ser humano – e do qual este nunca se afastou –, mesmo a (re)criação após Noé estava destinada ao universalismo, até que se fez gritante o desejo humano de se fazer igual ao Criador nas alturas da Torre de Babel, quando, para que já não falassem a mesma língua, a língua única foi fragmentada em línguas incompreensíveis; este episódio pode ser considerado como o de nascimento das Nações (Gênesis, 11:7). Ainda em Gênesis (12:2-3), em Abrão (depois chamado de Abraão) foram abençoadas todas as famílias da Terra. Em Gênesis, 17:4-5, o Criador acordou com Abraão o pacto de fazer dele o pai de uma multidão de povos. Todas essas passagens da Torá (Antigo Testamento) eram o prenúncio daquele que havia de vir, o Cristo Jesus, o que se repetiu em Davi (Salmo 89:3-4).

Após a Anunciação, a Virgem Maria foi visitar a sua prima Isabel, que a exaltou como a Mãe do seu Senhor, no que Maria entoou o *Magnificat*, dizendo: “(...) Por isto, desde agora, me proclamarão bem-aventurada todas as gerações” (Lucas, 1:48). Perceba-se que a Virgem disse “todas as gerações” sem especificar quais, nem de quais nações; logo, por iluminação da Trindade, sabia-se Bem-Aventurada diante do mundo como um todo, em todos os tempos. Do poder temporal se ocupava o Imperador César Augusto (Lucas, 2:1); assim, enquanto se verificava o universalismo sob Roma em termos políticos, fez-se tempo de Se encarnar o universalismo do Verbo Eterno (Filho) no seio da Virgem para a recondução de todas as ovelhas ao redil do Pai, o que fez a multidão do Exército Celeste clamar “(...) Glória a Deus no mais alto dos Céus e na Terra (...)”, Lucas, 2:13-14. No mesmo sentido universalista, Simeão, no Templo, profetizou que o Menino que Maria e José traziam era a salvação de todos os povos e luz para iluminar as nações (Lucas, 2:31-32). O Cristo, já em sua missão redentora, ouviu de Natanael a afirmação de que Ele era o Filho de Deus, no que este ouviu do Filho o seguinte complemento: “(...) vereis o Céu aberto e os Anjos de Deus subindo e descendo sobre o Filho do Homem” (João, 1:48-51). Céu aberto e Anjos de Deus: por certo, tal universo não se limita aos horizontes de Israel, e mesmo quando, nas Escrituras, aparecem as expressões Israel e Jerusalém, tais espaços, que inicialmente parecem estar restritos

²¹⁸ Todas as referências às Sagradas Escrituras se farão, a partir daqui, com base em Bíblia Ave Maria (Bíblia Católica Online). Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/>. Acesso em: 5 jul. 2018.

a uma dada região da antiga Palestina, na realidade querem dizer *Mundus* e/ou *Universum* (vale ler sobre a Jerusalém Celeste em *Apocalipse* 21:1-22:5).

Na Santa Ceia retratada em Mateus (26:26-28), o Filho do Homem²¹⁹ (inteiramente coeterno com o Pai como Deus-Filho, inteiramente Homem concebido no seio virginal de Maria pelo Espírito Santo), transubstancia o seu próprio Corpo e o seu próprio Sangue que eram ofertados pela redenção dos homens.

Ressuscitado, disse o Salvador aos Onze (São Matias só será sorteado por iniciativa de São Pedro nos Atos dos Apóstolos), “(...) Ide por todo o mundo e pregai o Evangelho a toda criatura. Quem crer e for batizado será salvo, mas quem não crer será condenado” (Marcos, 16:15-16), mandando os seus Apóstolos ensinar e batizar a todos, indistintamente, em nome do Pai, do Filho e do Espírito Santo (Mateus, 28:19).

Logo, conclui-se: as Sagradas Escrituras, desde a Torá à Nova Aliança, são Lei Antiga mais Lei Nova e são universais, e a Verdade se revela no que a Igreja Católica Apostólica Romana convencionou intitular de Novo Testamento. E sabe-se o quanto de civilizatório tem a Bíblia – como um todo – na cultura, na geopolítica, na história e no Direito.

CONCLUSÕES

Feita de forma exaustiva a argumentação no decorrer deste *paper*, as perguntas inicialmente propostas serão aqui respondidas.

As perguntas – problematizadas – foram:

- A) Problema de pesquisa número 1: O que consta na Constituição brasileira em vigor são normas de DCI, são normas de DIP ou são normas do tradicional DCNB?
- B) Problema de pesquisa número 2: O que é o DCI?
- C) Problema de pesquisa número 3: É possível um Direito Universal (DU)?
- D) Problema de pesquisa número 4: É possível uma Constituição internacional?
- E) Se a resposta ao problema D for positiva, então a pergunta será: pode-se pensar na criação e no funcionamento de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI)?

Respostas: O que consta na Constituição brasileira de 1988 sobre Relações Internacionais e sobre DIP não é DIP, nem DCI. Tratam-se tais normas de Direito Constitucional pátrio, pura e simplesmente isso; logo, são elas normas de DCNB.

1- O DCI é aquele conjunto de normas constitucionais internacionais que (a) estruturam a Cosmópolis e que (b) na Cosmópolis definem e garantem Direitos Fundamentais.

²¹⁹ Em tudo igual a nós, menos no pecado.

2- Sim, o Direito Universal é justamente a evolução do DIP ao DCI, com as lições constituintes do Direito Constitucional tradicional. Logo, o DCI é o DIP do futuro.

3- Sim, pensa-se numa Constituição internacional, e, de fato, ela já está consubstanciada formalmente em documentos normativos internacionais, de cunho e alcance “(cosmo)jurídicos-(cosmo)políticos” que já foram positivados e se encontram em pleno vigor, por exemplo: (α) a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), tratado internacional estruturante desta que é a mais importante sociedade política que existe em nível internacional; (β) A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), que, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, forma(m) a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

4- Sim, se é verificável a existência – fragmentada – de uma Constituição internacional, então isso implica em afirmar que se faz necessária a criação formal do TCI, cujo papel será o de: (i) defender as normas estruturantes da Cosmópolis; (ii) defender as normas de Direitos Humanos Internacionais.

As ruas são do povo; as cidades têm ruas; os países têm cidades; tudo e todos estão no mundo; mas o mundo não tem paredes!

REFERÊNCIAS

- BÍBLIA CATÓLICA ONLINE. Bíblia Ave Maria. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/>. Acesso em: 5 jul. 2018.
- BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.
- CAMPAGNOLO, Umberto; KELSEN, Hans. In: LOSANO, Mario. *Diritto Internazionale e Stato Sovrano*. Milano: Giuffrè, 1999.
- DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. Paris: Flammarion, 2000.
- DUDLEY, Donald. *A History of Cynism*. London: Methuen, 1937.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Recueil des Loix Constitutives des États-Unis*. Ouro Preto: Museu da Inconfidência. Disponível em: http://www.museudainconfidencia.gov.br/pt_BR. Acessado em: 4.7.2018.
- HOBBS, Thomas. *Léviathan*. Paris: Folio Essais, 2000.
- KANT, Immanuel. *Perpetual Peace*. New York: Cosimo / FQ Classics, 2005.
- LEBEN, Charles. *Hans Kelsen – Écrits Français de Droit International*. Paris: PUF, 2004.
- LAURSEN, John Christian. *Cynicism and Cosmopolitanism at the Roots of Freedom of the Press*. Berkeley: University of California Press, 2007.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Orientação Metodológica para a Escrita de Ensaio de Pós-Doutoramento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009 (Comunicação oral).
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição Europeia como Signo: da Superação dos Dogmas do Estado Nacional*. Prefácio de Friedrich Müller. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Construção do Direito Constitucional Internacional pelos Direitos Humanos*. In: *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Ano 3 (2014). n. 1. p. 401-424. ISSN: 2182-7567. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00401_00424.pdf. Acessado em: 4. jul. 2018.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direito Constitucional Internacional: Tese Unificadora*. *Gazetadopovo.com.br*, 6 mar. 2014, 21:06. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/direito-constitucional-internacional-tese-unificadora-1nzfwmpnva28evr1wyuo64tam>. Acesso em: 4 abr. 2021.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Nova Ordem Jurisdicional Mundial*. In: *Revista Internacional d'Humanitats*. n. 41, set.-dez. 2017. Barcelona: Univ. Autònoma de Barcelona / CEMOrOc-FeUSP. ISSN 1516-5485. Disponível em: <http://www.hottopos.com/rih41/27-40Pagliarini.pdf>. Acessado em: 4 jul. 2018.
- RATZINGER, Joseph. *Natureza e Missão da Teologia*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SANTO AGOSTINHO. *A Trindade*. Coleção Patrística. v. 7. São Paulo: Paulus, 2014.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1977.

OBESIDADE E A ISONOMIA – UMA LEITURA RAWLSIANA SOBRE A OBESIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

OBESITY AND ISONOMY - A RAWLSIAN READING ON OBESITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Paulo Ricardo Schier²²⁰
Tais Martins²²¹

INTRODUÇÃO

O ponto de partida da investigação enseja prismas amplos sobre a abordagem centrada no direito à saúde, vez que o constructo sobre a saúde, bem-estar, políticas públicas, enseja a necessidade de uma análise plúrima sobre o Estado e a Justiça, colocando em xeque o papel do Direito. O recorte do artigo parte de uma análise da carência das políticas públicas que sejam capazes de diminuir os riscos de doenças ocasionados pelos transtornos alimentares, marcadamente a obesidade.

Compete ao Poder Público, através dos ditames constitucionais elencados pelo art. 196 do Constituição Federal, elencar políticas públicas que sejam capazes de promover e recuperar a saúde (VENTURA, 2008). Eis aí um ponto nevrálgico de compreensão do tema e que aponta para a leitura Rawlsiana da obesidade e da Teoria da Justiça, pois é função do Estado favorecer uma distribuição de recursos justa que possibilite o favorecimento da liberdade e da igualdade através da cooperação social (THIRY-CHERQUES, 2011, p. 551 – 564). A teoria Rawlsiana enseja a preocupação da distribuição dos recursos de maneira igualitária, pois diante da existência de elementos de desigualdade, dever-se-ia compensar essas desigualdades, assegurando, através do princípio da diferença, uma compensação (RAWLS, 1999, p. 84). A temática desenvolve a necessidade de revisitar o conceito de igualdade, especificamente no âmbito da igualdade, sendo assim o quadro de análise sobre a obesidade exigirá uma contextualização através de uma análise entre Estado, Justiça e Direito diante da Teoria da Justiça. Através da análise da Teoria da Justiça, planteada por John Rawls, é possível destacar que o autor claramente rejeita o utilitarismo (ESTEVES, 2002, p. 81 -

²²⁰ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário UniBrasil Pesquisador do NUPECONST (Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional), vinculado ao Diretório de Pesquisa do Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq). <https://orcid.org/0000-0001-8236-2694>. E-mail: pauloschier@uol.com.br

²²¹ Doutoranda em Direito e Mestre em Direito e em Psicologia. Professora Universitária. Pesquisadora do Programa de Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário UniBrasil. Mestre em Direito, Mestre em Psicologia. Advogada da Tavares, Martins & Rosa Advogados; Escritora e Fundadora da Calligraphie Editora. Psicóloga na Inspirare - Clínica Psicologia, Psicanálise e Bem-Estar. Curitiba. Paraná. <https://orcid.org/0000-0002-7494-696>. E-mail: taisprof@hotmail.com

96), através da rejeição do comprometimento do princípio da liberdade; ele se perfila ao contratualismo, através da adoção da teoria do véu da ignorância, para assegurar o princípio da igualdade e por fim ele retoma os lineamentos do deontologismo kantiano que culmina numa concepção do princípio da isonomia. Configura-se aí o problema de pesquisa que tem cerne na investigação da obesidade, através de uma perspectiva isonômica e como podemos pensá-la a partir da Teoria da Justiça de John Rawls?

A proposição está calcada na percepção de que Rawls procura estabelecer um contraponto entre Liberdade e Igualdade. Porém, é na retomada do pensamento Kantiano (KANT, 2008) que surge a percepção de que existe um entrave entre a maior garantia da liberdade individual em detrimento da liberdade coletiva. Desta forma, o Estado, segundo Rawls, pelo menos em tese, não poderia arbitrar certas leis contra o corpo obeso, salvo se comprovasse que de fato, as medidas restritivas, seriam capazes de garantir o bem estar.

Para alcançar essa proposição sobre a isonomia – uma vez que ela é um fio condutor do apanágio constitucional, far-se-á um constructo reflexivo através das Teorias da Justiça, porém com um alerta necessário: abordar as amplas e variadas Teorias da Justiça, com o merecido detalhamento, configurar-se-ia, numa tarefa descabida para um artigo. Deixá-la-emos quiçá para a elaboração da Tese. A saúde brasileira é precária em muitos setores, aduzido ao fato de suas dimensões continentais do país, muitas vezes impedem ou dificultam uma quantificação de dados sobre a obesidade, que retrate com fidelidade os problemas que essa patologia enseja. À guisa de exemplo, é possível aventar que, se o atendimento nos bairros da Cidade de Curitiba – Paraná – Brasil, no que concerne aos transtornos alimentares é incompleto, é certo que o estudo da obesidade, acarreta um entrave ainda maior, pois os dados são mesclados com outras patologias orgânicas e psicológicas, e acabam não fornecendo elementos qualitativos e quantitativos para uma análise panorâmica do Brasil.

Certo é que juridicamente há barreiras para ampliar a proteção jurídica, mas essa proteção não deve ser subjetiva, pois ela é palpável e real e ao mesmo tempo aparentemente ignorada – o tripé da proteção, promoção e recuperação da saúde da pessoa obesa é precária (LAMOUNIER; PARIZZI, 2007, p. 1497 – 1499). Um dos maiores problemas sociais do Brasil é a precariedade da saúde pública. Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, principio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado Democrático de Direito, não pode o Estado omitir-se no cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos. Portanto, é obrigação das autoridades públicas assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, conforme previsto na Lei Maior.

O direito à saúde deve ser exercido por meio de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo a promoção de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a redução do risco de doenças (ORDACGY, 2018). Segundo Rawls, os princípios da justiça são aqueles em que indivíduos racionais escolheriam na posição original. O seu foco apriorístico

é a distribuição dos bens primários e resta comprovar se a obesidade pode ser considerada dessa forma e enquadrada como um bem primário natural (KUKATHAS; PETTIT, 1990).

Rawls concebe a posição original (OSÓRIO, 2020) como uma situação hipotética, que tem como fito colocar as pessoas numa condição de igualdade, bem como diante dessa concepção a vontade individual deve ser suprimida, para que todos estejam na mesma condição de igualdade. Através dessa reflexão, Rawls propõe que a conduta humana pautada na universalidade e na imparcialidade, culmina no bem de todos, pois as vantagens do coletivo tendem a garantir, em tese, as vantagens individuais (SILVEIRA, 2009, p. 139 - 157, 2009). A ocorrência de um acordo hipotético que forneceria um efeito conciliatório entre o igualitarismo e o individualismo – através desse modelo procedimental é perceptível uma maximização do bem-estar, porém a Teoria da Justiça como equidade apresenta dois vértices, de um lado um utilitarismo que inferioriza os prazeres e vantagens individuais e de outro propicia uma hierarquização qualitativa que faz recair sobre o indivíduo as diretrizes das seguranças estatais (FARIAS, 2020, p. 38 – 49, 2020).

O direito à saúde se constitui como elemento, marcadamente social e também é resultado de batalhas históricas na seara da sanidade física e mental (FOUCAULT, 1975), seja nos lineamentos da *Stultifera Navis* (FOUCAULT apud JONES, 2003, p. 233) que retrata os corpos rejeitados e alijados da sociedade que condenava “os inaceitáveis” ao exílio. Ou o retrato da assunção familiar e social, como foi o caso da luta antimanicomial (TAVOLARO, 2002) ou da revolta da vacina (PORTO, 2003, p. 53 – 54). Sendo assim, esse é o recorte pretendido através da análise do conceito sobreposto, dos parâmetros de igualdade e liberdade e a equidade. A metodologia adotada é a do levantamento bibliográfico, pois se trata de um estudo puramente teórico.

1 CORPOS DESAMPARADOS – UMA VERDADE INDIGESTA DIANTE DA COMERCIALIZAÇÃO DOS ALIMENTOS

Nas palavras de Paulo Schier é perceptível uma necessidade permanente do estudo e da construção de percepções. Dotados de abertura e simultaneamente uma concepção de linguagem, sem a definição do sujeito, seja ele o orador, o ouvinte, o escritor e/ou leitor, tem seus princípios um pacto fundamental de dimensão principiológica, inserindo a Constituição como o principal fundamento de toda a ordem jurídica ainda que se considere sua elevada carga axiológica, sendo possível a sustentação de um verdadeiro e grande pacto pela reserva de justiça (SCHIER, 2005, p. 145).

Claramente, a Constituição Federal de 1988 trouxe esperanças de um país melhor, uma sociedade melhor e mais justa, o que define como uma constituição dirigente e principiológica na sua maior parte. Entretanto, desde sua promulgação, foi necessário também fundar referenciais teóricos, afim de justificar a aplicação integral da Constituição Federal, buscando através de muita

luta uma hermenêutica eficiente de seu texto constitucional. Sendo imperativo que olhemos cuidadosamente as novas realidades e teorias constitucionais, e que se mantenha alerta, guarda e devida vigilância epistemológica, com intuito de impedir que as trevas voltem às nossas vidas (SCHIER, 2005, p. 165). No esteio das considerações de Clémerson Cléve e Daniel Hachen (2011) sobre meio ambiente, ensejam uma conjuntura com o desenvolvimento humano e com as liberdades individuais. Embora a comparação possa aparentar uma falta de conexão com a análise da Teoria da Justiça e com a Obesidade, é justamente o contrário, pois vivemos no mesmo meio e o desrespeito aos parâmetros econômicos acabam por transformar o equilíbrio em desequilíbrio, ou quiçá, através de medidas da conservação ambiental como um todo acabam sendo de preservação para algumas pessoas, enquanto para outras somente o contorno punitivo é capaz de operar efeito.

Nessa comparação, a obesidade é destacada como problema mundial, uma questão pandêmica, mas não conta com a efetividade de medidas de proteção aos Direitos Fundamentais em especial a igualdade e a dignidade humana. Com uma dose de ousadia, interpreta-se o véu da ignorância que seria aplicado ao critério da saúde, resta desfraldado pela condenação social da aparência. Deixa aberto o flanco Constitucional de que todos são iguais perante a lei sem nenhuma distinção. Ou seja, a pessoa obesa com transtorno alimentar é vítima de suas escolhas e tão logo não pode solicitar ao Estado a regulação da sua saúde. Seja ela através dos tratamentos ofertados pelas cartilhas do SUS ou pela “pálida” fiscalização dos alimentos (NESTLE, 2019). Nas palavras de Marion Nestlé: “A melhor orientação nutricional é simples: tenha uma dieta baseada em vegetais; controle calorias e evite ultra-processados”. O que demonstra que não só o Brasil padece com esse desafio, mas mundialmente a Coca-Cola e os *junk foods* seguem com seus contributos econômicos divorciados de uma proteção sobre outras formas de contribuição (NESTLE, 2019, p.24).

Diante da afirmativa trazida pelo texto escrito por Paulo Ramos e Jorge Filho (RAMOS, 2011, p. 212):

[...] Desde o livro “Uma Teoria da Justiça” (Idem), John Rawls (2000b, p. 3) já afirmava que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. Com essa singela frase, o já citado filósofo norte-americano demonstrou que a produção legislativa e as instituições em geral deveriam ser organizadas com o propósito de resguardar a inviolabilidade de cada cidadão.

Esse trecho confirma a espinha dorsal do artigo, pois o elemento crucial do debate circunda elementos epistemológicos, mas não descarta da percepção sobre a violação de Direitos. Ainda em tempo, quando as violações são ofuscadas por medidas que trazem uma segurança fictícia, os danos espriados pelo tempo são ainda maiores.

O padrão de justiça deve arcar com as garantias de bem-estar. Diante desse panorama é que as exigências deontológicas aproximam Rawls e Kant, pois a posição originária, o véu da ignorância situaria as pessoas na condição de liberdade e com a possibilidade de julgar equitativamente a conduta dos seus pares – tão logo não seria cabível desejar para si – aquilo que se rejeitaria ao próximo. Ou quiçá, não seria “coerente” impingir na pele do “outro”, as sensações que não se deseja em sua carne. A construção que mais se parece com a estrutura da psicanálise Lacaniana, tem seu fio condutor na obra de Rawls sobre a equidade e essa equidade ou *fairness* é extraído do conjunto de reflexões Kantianas (RAWLS, p. 554 - 560, 1980).

Falar sobre os Direitos Humanos é certamente um contorno necessário para o tema que foi exposto nesse artigo. Na prestigiada revista de Direitos Fundamentais da Unibrasil podemos extrair o seguinte sobre Direitos Humanos, Teorias da Justiça e John Rawls (2017, p. 49):

[...] Portanto, desde a publicação do artigo denominado Law of Peoples, escrito por John Rawls (1993), iniciou-se uma profícua discussão acerca do que pode ser considerada uma concepção política do correto e da justiça que se aplique aos princípios e práticas de direito internacional. (RAWLS, 1993, p. 01). A importância do artigo se dá muito em razão da reflexão em relação à distinção entre Direitos Humanos e os direitos sociais básicos de cada cidadão dentro de uma sociedade democrática e da pavimentação de um caminho para uma reflexão sobre uma teoria de justiça mais compreensiva internacionalmente, global. Nesse passo, quando se fala de algo novo como uma teoria de justiça global, como acontece sempre que um paradigma dominante da ciência do direito é profundamente colocado em causa, numerosos pretendentes se apressam em apresentar soluções e debatem entre eles para afirmar um completo ceticismo em relação à possibilidade da consolidação de uma teoria de moralidade global ou, ao contrário, uma conjectura que pretenda fornecer boas razões para a sucessão de uma tal teoria. Com isso, a doutrina especializada cindiu-se entre aqueles que, inspirados por Rawls, indicam que os direitos devem ser compreendidos com base na finalidade que ocupam – ou que podem ocupar - no âmbito político internacional e entre aqueles que defendem que os Direitos Humanos possuem importância e universalidade intrínseca, justamente por causa de suas características e/ou qualidades morais.

Nas palavras de Bragato destacadas no mesmo texto (2017, p. 61):

[...] Justas, são, assim, aquelas sociedades que reconheçam, de fato, a dignidade de cada um e que permitam a coexistência da pluralidade mantida à distância dos foros institucionalizados da sociedade durante a modernidade. Mas é claro que para além desse patamar mínimo, condizente apenas com a garantia de vidas decentes, os direitos humanos perdem a sua capacidade de dar respostas a outras situações que exijam justiça, abrindo espaço, também, para outros critérios que são, no entanto, pautados por este patamar mínimo (BRAGATO, 2010, p. 119-137).

A consolidação de uma teoria global traz indiscutivelmente a importância dos Direitos Humanos, vejamos por exemplo a proteção e defesa dos direitos básicos, “*conditio sine qua non*” não podendo estabelecer o que é globalmente justo. Entretanto, muitos autores sob a ótica dos direitos civis e políticos, abordam o tema, seja pelo recorte de Delmas-Marty, que somando a equação fatores como o mercado busca unificar os campos harmonizando-os em dependência com a dignidade (LEMOS, 2017, p. 68). Ou por Herrera Flores (2009), a luta pela dignidade humana se dá na problematização da realidade através dos Direitos Humanos. Há uma ligação que permeia aspectos sociais e emocionais. É preciso observar que para além do peso existe o sofrimento de uma pessoa.

Nas lições de Melina Fachin (2013):

[...] Existe a alteração do eixo da compreensão sobre o Direito ao Desenvolvimento: “que passa então a conectar-se com as necessidades humanas e não apenas com o aspecto do desenvolvimento estatal na sua ideologia desenvolvimentista econômica” O objetivo da Declaração sobre Progresso Social e Desenvolvimento tem como cerne promover: “uma ordem social justa que, por sua vez, é causa e consequência das condições de progresso econômico e social de desenvolvimento.

Para Adriana Schier (2019): Surge no destaque de Adriana Schier sobre os escritos de Melina Fachin: “a demanda do direito ao desenvolvimento pela visão inter-relacionada da realização e respeito, em igual medida, aos direitos civil e políticos e àqueles econômicos, sociais e culturais.

A construção social é uma força ou comando invisível, à guisa de exemplo, a coerção sobre a beleza, tal como imposta pela mídia (escrita, falada ou televisionada) não é percebida como conduta coercitiva. Galimberti (2010, p. 16) mencionava que a relação do homem com a existência tem o corpo como instrumento. Por certo uma concepção de harmonia entre corpo

e sustentação emocional. Na sociedade contemporânea, o corpo saudável é o corpo magro e se não está magro não é aceitável e não propriamente saudável (SORATTO, 2009).

2 A OBESIDADE ANALISADA ATRAVÉS DA ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA RAWLSIANA ENTRE A TEORIA DA JUSTIÇA E AS CRÍTICAS DO COMUNITARISMO

O pensador John Rawls (1921-2002), é um professor norte-americano que em muito contribuiu para a reformulação do pensamento moral contemporâneo, através de uma nova concepção de justiça, uma concepção centrada na visão pluralista e orientada pela liberdade e pela equidade.

Através de uma localização histórica a obra *Theory of Justice*, escrita por John Rawls é trazida à lume em 1971. Essa obra enseja o debate sobre a justiça como equidade. Seu legado nesse escrito foi uma tratativa de oposição ao utilitarismo. Destacando a igualdade como viés capaz de unificar elementos juspolíticos e filosóficos através da razoabilidade e do pacto igualitário (VITA, 1992, p. 5 – 24).

Notadamente através do raciocínio rawlsiano é possível perceber uma invisibilização do sujeito, pois através da posição original haveria a necessidade de inserir as pessoas num contexto de imparcialidade e de universalidade, ou seja, a benesse alcançada por um, seria uma benesse para todos. Esse trâmite entre o individual e o coletivo quando vislumbrado pelo prisma da obesidade, promove um entrave, vez que o social muitas vezes busca no corpo uma satisfação estética e divorciada do contexto da saúde. A aproximação dos grupos é intermediada pela aceitação e pela rejeição.

Na Teoria da Justiça elaborada por Rawls, a concepção de liberalismo-igualitário, relaciona os conceitos de justiça e de equidade. Nesse diapasão entende-se que cada sujeito deve ter um direito igual, e essa fração deve corresponder ao sistema de liberdades básicas, que por sua vez são compatíveis com um sistema de liberdade, e esse sistema, pode ser ampliado para todos. Culminando com a sua diretriz de sua teoria de que dessa forma seria alcançado o primeiro princípio da justiça (OLIVEIRA, 2015, p. 114 - 128).

Através desse prisma de confronto entre liberdades individuais e liberdades coletivas pautadas na igualdade, a função estatal poderia ter um vértice punitivo, pois arbitrar normatizações gerais em relação aos corpos produziria um estado de mal-estar. No contraponto do pensamento de matriz Dworkiana, tratar as pessoas de modo igualitário não consiste em impingir para todos os sujeitos uma normatização de igualdade, mas sim uma hermenêutica que conduz ao contexto de igualdade (KYMLICKA, 2006).

Ainda em tempo a obra de Rawls é criticada por Robert Nozick. Para Nozick (2011) existe uma preferência individual no que concerne à justiça social. Uma teoria da justiça não se propõe a ser substituto para deliberação política. O máximo que se pode esperar é um exame rigoroso de ideias e argumentos que de uma forma ou outra os próprios cidadãos empregam quando da deliberação política de um modo informado e ponderado. É como

se existisse um utilitarismo das preferências, vez que o utilitarismo hedonista e o utilitarismo de preferência tem somente um ponto em comum: ambos compreendem o bem-estar individual de forma subjetiva enquanto o primeiro consegue baseando-se na presença de certos estados mentais conscientes de prazer ou de dor discerníveis por introspecção, o segundo entende com base na satisfação ou frustração de preferências.

Dessa feita, é possível perceber que há um relativismo moral. E o que há de errado com o relativismo moral? Há razões ponderáveis para rejeitar as concepções que propõe que o bem-estar de uma pessoa somente pode ser avaliado pelas crenças e valores da comunidade da qual é membro, sobretudo se esses valores e crenças perpetuam sua própria situação de inferiorização e de opressão no interior das comunidades e se as circunstâncias de sua vida dificilmente permitem outra opção que não aderir a esses valores e de conseqüentemente valorizar positivamente sua própria situação de opressão.

Esse raciocínio culmina com as concepções objetivas de bem-estar. De acordo com a teoria de Derek Parfit (apud NOZICKI, 2011), há coisas boas e ruins da vida humana. Independente de as pessoas terem uma preferência pelas boas e desejarem evitar as coisas ruins. As coisas boas podem incluir a bondade moral, a atividade racional, o desenvolvimento das próprias capacidades - ter filhos e ser um bom pai ou uma boa mãe - o conhecimento e a percepção da verdadeira beleza.

Essas nuances culminam na preferência e neutralidade liberal. De uma parte estão as suposições necessárias à justificação do igualitarismo. Rawls rejeita a ideia de que a distribuição desigual de recursos e oportunidades possa justificar-se pelo mérito individual. O argumento é que o mérito individual é um atributo indissociável das preferências, gostos e atitudes de cada pessoa.

De outra parte está a suposição de que o indivíduo deve ser responsável pelo cultivo de seus próprios gostos e preferências, Rawls apela a essa suposição para explicar que sua concepção de igualdade distributiva não necessita preocupar-se com a satisfação de gostos caros.

As preferências individuais são vistas de forma quando se trata de desqualificar o mérito como um princípio distributivo igualitário para estrutura básica da sociedade. O igualitarismo parece defrontar-se com a desagradável impossibilidade de conciliar suposições que fundamentam um princípio de igualdade distributiva com as suposições que fundamentam um princípio de responsabilidade individual.

Para Rawls (2000, p. 51 – 52):

[...] Volto-me agora para a noção do equilíbrio refletido. A necessidade dessa idéia surge da seguinte maneira: segundo o objetivo provisório da filosofia moral, pode-se dizer que justiça como equidade é a hipótese segundo a qual os princípios que seriam escolhidos na posição original são idênticos àqueles que correspondem aos nossos juízos

ponderados e, assim, esses princípios descrevem o nosso senso de justiça. (...) Como vimos, esse estado é aquele que se atinge depois que uma pessoa avaliou várias concepções propostas e decidiu ou revisar seus juízos para conformar-se com um deles ou manter-se firme nas próprias convicções iniciais (e na concepção correspondente)”.

John Rawls possui uma visão política de sociedade acreditando que para ser bem organizada há que se cumprir três pontos implícitos na concepção pública de justiça. Inicialmente há a ideia que uma Sociedade na qual um aceita os demais também aceitam a mesma concepção política, os mesmos princípios. Em seguida a ideia que todos sabem ou acreditam por bons motivos sobre a estrutura básica da sociedade, conhecendo suas instituições políticas, sociais e o modo de interação neste sistema de cooperação. E por último, e não menos importante, é o senso que todo o cidadão possui sobre a efetividade da justiça (RAWLS, 2000, p. 57).

O comunitarismo foi uma corrente de contraposição ao pensamento publicado por Rawls em 1971 na sua obra Teoria da Justiça. A década de 1980 ambientou o surgimento da corrente do comunitarismo, que se contrapôs à perspectiva de orientação liberal de Rawls. Esse acontecimento coloca em xeque duas correntes de pensamento: o liberalismo e o comunitarismo, pois Rawls desenvolveu sua Teoria da Justiça com bases numa concepção política de bem.

Para González Altable²²²:

[...] Rawls es consciente de la necesidad de esa compatibilidad si se quiere formular una concepción pública de la justicia que proporcione la estructura normativa para las instituciones sociales básicas de una democracia constitucional donde los individuos, que son parte integrante de ella, no solamente admiten la necesidad de un ordenamiento normativo de la misma, sino que también tienen una concepción del bien, que desean desarrollar y realizar dentro de dicha sociedad.

No entendimento comunitarista, ou seja, os liberais universalistas preocupam-se apenas com o questionamento de como se estabelece os princípios

²²² GONZÁLEZ, Altable, Maria Pilar. Liberalismo vs. comunitarismo (RAWLS, John. Una concepción política. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 17 – 18. 1995. Tradução livre: Rawls está ciente da necessidade dessa compatibilidade se uma concepção pública de justiça deve ser formulada que forneça a estrutura normativa para as instituições sociais básicas de uma democracia constitucional onde os indivíduos, que são parte integrante dela, não apenas admitem a necessidade de um ordenamento normativo dele, mas também uma concepção do bem, que desejam desenvolver e realizar dentro dessa sociedade.

da justiça, e como podem determinar a voluntária submissão de todos os indivíduos racionais, ainda que estes indivíduos tenham diferente visão de vida.

Mas a crítica de Rawls sobre o comunitarismo, é que nessa corrente os princípios morais devem exclusivamente ter como tema uma sociedade real e a partir de práticas reais. Aos comunitaristas, há um cerne encontrado em John Rawls, premissas abstratas e subjetivas como liberdade e igualdade, e que estas premissas devam orientar práticas legítimas. Na interpretação comunitarista a questão colocada em prática tem precedência sobre a teoria, e que não há razoabilidade que pessoas reais vivam em sociedades reais apenas por princípios abstratos em sua essência existencial. Esta crítica aponta insuficiência na tentativa de se identificar os princípios abstratos de moralidade para que se avaliem reais sociedades. O princípio central é a negação de que é possível descobrir através da razão os princípios universais de justiça, sendo neste vértice a ideia de que as bases morais não encontram guarida na filosofia e sim na política (SILVEIRA, 2007, p. 169 - 190).

3 AS CRÍTICAS E A MUDANÇA DE CONCEPÇÃO DA OBRA RAWSIANA, ATRAVÉS DAS CONSIDERAÇÕES DE ÁLVARO VITA E GARGARELLA

Um ponto de transição dos autores Alvaro de Vita e Gargarella, apresenta as etapas do pensamento rawlsiano e da transposição de suas ideias, pois ele transita entre os lineamentos do utilitarismo, do contratualismo e tangencia um resimensionamento do ideário Kantiano. É notória a mudança de algumas concepções do autor que são trazidas na obra Teoria da Justiça e posteriormente apontam para novas influências na obra sobre o Liberalismo Político (RAWLS, 2001). Nessa obra, surge o conceito sobreposto que será abordado mais detidamente a seguir.

O ponto nevrálgico e merecedor de destaque tem seu contorno nos escritos de Álvaro Vita (2000) que demarca em sua obra Justiça Igualitária e seus críticos, mais especificamente nos capítulos segundo e quarto, quando aborda a transição do pensamento de John Rawls, pois ele tramita pelo caminho dos utilitaristas: Bentham (1974, p. 1 – 67) e Mill (MILL, 2005. p. 39 – 109). Porém não permanece atrelado aos lineamentos dessa Teoria e seguidamente aponta uma conexão com os caminhos do pensamento contratualista (CHIAPPIN; LEISTER, 2010, p. 9 – 26). Conforme aventado na introdução, esse pensamento dos contratualistas permeia a construção do pensamento Rawlsiano de modo contundente. Denominado como neocontratualismo, essa etapa da Teoria da Justiça Rawlsiana, tem o seu fio condutor centrado no delineamento da posição original – e essa diretriz configura o que foi denominado contratualismo político.

Em linhas gerais sobre os contratualistas é possível afirmar que (CHIAPPIN; LEISTER, 2010, p. 9 – 26):

[...]. Essa concepção da Política e do Direito como ciência, elaborada pelos contratualistas, em particular por Hobbes,

segue tanto a proposta de ordem metodológica do programa racionalista desenvolvido por Descartes, quanto os modelos e os procedimentos concretos e paradigmáticos de solução de problemas aplicados por Galileu. O programa racionalista elaborado por Descartes propõe-se a universalizar as conquistas metodológicas que ele mesmo desenvolveu com a proposta de algebrização da geometria, o que permitiu transformar a abordagem de resolver problemas na geometria, de uma arte em uma metodologia, assim como os métodos desenvolvidos por Galileu na construção da Física - em particular, o método dos experimentos mentais, abstrações do mundo físico para melhor acessar suas leis de funcionamento. Deste modo, o contratualismo é aqui afirmado como um conjunto de recursos que consiste, seguindo o modelo da Geometria e da Física, em um método de construção de modelos, de procedimentos para combiná-los e organizá-los em novos modelos, particularmente do modelo do indivíduo como racional e auto-interessado, do modelo de racionalidade como um modelo de escolha racional e, também, a construção de medidas para fazer escolhas em termos do desempenho dos agentes ou dos instrumentos tecnológicos, entre eles, particularmente, a medida de custo e benefício. Esses instrumentos são, neste sentido, o que se denomina modernamente de análise econômica do Direito e da Política [...].

O contratualismo é uma forma de unificação de vontades, pois os atos lícitos e ilícitos são pautados na vontade humana, em sua manifestação ou omissão. Na teoria do contratualismo manifesta-se a ideia de que os seres humanos viviam em um estado pré-social, chamado de estado de natureza. Porém firmam um pacto que se nomina o contrato social. Mas que certamente não deixa de ser um contrato político, diante das necessidades e interesses humanos.

Ainda em tempo, destaca-se que fazer uma análise sobre a Teoria da Justiça de Rawls é uma tarefa de fôlego e desafio, porém ela ficaria ainda mais rarefeita se não fossem abordadas as críticas tecidas sobre ela. Através do pensamento de alinhavo e costura é que surge a possibilidade de compreensão desse panorama. Para essa tarefa dois autores recebem destaque: Álvaro Vita e Gargarella.

Álvaro Vita oferece um contexto de análises sobre a justiça igualitária, bem como introduz um lineamento de pensamentos críticos sobre o tema. Para o autor há dois tipos de razões morais. As razões Morais neutras em relação ao agente originam de valores comuns e impessoais. Antes de discuti-la, se observa que a distinção deriva das duas proposições mais simples e fundamentais que creio ser possível a razão prática sua existência: 1. A Vida

de todas as pessoas tem valor e um valor igual. 2. Cada pessoa tem sua própria vida para levar. Exemplificando: É desejável reduzir o número de mortes causadas pela desnutrição ou por moléstias que podem ser facilmente prevenidas e curadas. Essa criança constitui uma razão para agir que independe dos meus interesses e da minha perspectiva individual ou dos interesses e da perspectiva individual de qualquer outro agente que reconhecemos desse ponto de vista uma forma imparcial e desinteressada, e que as pessoas fazem ou pelo menos espera que se faça um esforço especial para avaliar, as situações sociais de um ponto de vista imparcial e impessoal, atribuindo um peso igual aos interesses legítimos de cada participante (SILVEIRA, 2009, p. 139 – 157).

Na crença que somente as razões relativas ao agente podem ser admitidas como fundamento da moralidade política: O libertarianismo e contratualismo hobbesiano.

Há uma versão consequencialista para os quais somente os valores impessoais e comuns são os valores morais genuínos. Do ponto de vista puramente imparcial é indiferente em qual dos dois cursos ação recai a escolha do agente, mas o agente tem suas razões para preferir dois cursos em um estado de coisas que poderiam resultar em sua ação. Em princípio, o utilitarismo pode considerar justificado que se desconsidere interesses dos mais destituídos se isso for conducente a maximização da soma de total de utilidades ou da utilidade média.

A imparcialidade e igualdade são conceitos distintos. Importante ressaltar que não deixa de ser tortuosa a forma pela qual os direitos e liberdades individuais e os valores relativos ao agente encontram seu espaço em uma estrutura moral utilitarista. Observemos que a teoria de Rawls nos recomenda olhar antes de mais nada para os efeitos ou as consequências que distintas configurações institucionais têm para distribuição de cargos e benefícios na sociedade. Essencialmente esse enfoque é consequencialista-contratual ou institucional.

A prática generalizada do clientelismo e mesmo da corrupção pode ser vista como uma incapacidade dos políticos de reconhecer em sua conduta os deveres associados ao exercício de prerrogativas públicas. Essa seria uma análise deontológica da corrupção, um tratamento similar àquele sugerido ao contratualismo Rawlsiano, que propõe que a justiça social consiste em que iria a conduta clientelista e corrupta não é incentivado de modo segundo tais instituições políticas estão organizadas.

Reside aqui uma análise que pode ser estendida aos contornos da estética e da obesidade, pois há um mercado que dita regras sobre beleza, vestimenta, corpo e há também uma moralidade que resta constituída pelo tempo e pelos valores de uma determinada época – como um *zeitgeist*.

Álvaro Vita, ao abordar o mercado e a moralidade, destaca que a primeira opção do contratualismo Hobbesiano contemporâneo, se isso fosse possível, seria um mundo em que a justiça fosse distributiva e qualquer que seja o entendimento que se tenha, seria supérfluo.

O resultado da interação é coletivamente vantajoso, ainda que tal resultado, o bem coletivo não fizesse parte das intenções e nenhum de seus

participantes. Um Mercado Perfeito seria o avesso do Dilema do Prisioneiro, o qual formaliza uma situação que só pode ser considerada uma modalidade de interação humana em um sentido muito limitado. Sobre o melhor modelo neoclássico de Mercado Perfeito cada um emprega a melhor resposta do que dispõe a escolha dos demais, por isso o resultado do Mercado Perfeito ao equilíbrio. Cada indivíduo só visa seus próprios ganhos de utilidade buscando a relação custo benefício mais favorável entre seu esforço produtivo.

Neste momento é possível destacar a existência de uma mão invisível da Cooperação, onde vigora a ideia geral de que deveríamos aceitar aquelas restrições que nos levam para tão perto quanto possível do ideal de interação voluntária caracterizada pela utilização e pela imparcialidade que o modelo do Mercado Perfeito procura captar.

Surge o entrave da concessão relativa *Minimax* - que realiza uma situação de negociação entre dois indivíduos em que os dois indivíduos são altamente racionais e que cada um é capaz de comparar acuradamente seus desejos por coisas diversas em que ambos são iguais em capacidade de barganhar em que cada um tem o pleno conhecimento dos seus gostos e das preferências um do outro.

Percebe-se que há um *status quo inicial*, pois a definição de uma posição inicial equitativa não é uma questão problematizada pela teoria dos jogos. Mas a questão é relevante para uma teoria da justiça com a lógica da derivação da solução da barganha ao padrão da racionalidade maximizadora.

Não há nenhuma solução para o problema da negociação racional que altera o equilíbrio da distribuição inicial dos recursos da barganha. Importante ressaltar que a cláusula Lockean não tem somente o propósito de excluir a coesão e as atividades predatórias da definição do ponto de não-cooperação. O reconhecimento da cláusula garantiria um ponto de partida equitativo.

Por fim recai uma reflexão sobre uma teoria de um contrato social, vez que, a moralidade por acordo é uma teoria da justiça e não especificamente uma teoria de negociação racional da ótica da Justiça política. Podemos dar a ideia que o princípio de concessão relativa *Minimax* não somente oferece uma base para barganha racional, mas também serve como fundamento de uma constrição Imparcial a conduta de cada pessoa.

Por sua vez, através da hermenêutica trazida por Roberto Gargarella, traz considerações sobre o liberalismo político e seus críticos, onde ele aborda especialmente no estudo do último livro de John Rawls liberalismo político e análise desse trabalho modificou a sua teoria da justiça original. E esta obra representa o ponto mais importante no processo de sua reformulação teórica.

Um dos temas de destaque é a questão da estabilidade perante o “fato do pluralismo razoável” (DANNER; BAVARESCO, 2010, p. 155 – 173), ou seja, para Rawls: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores tragam vantagens para todos”. Em contrapartida, tenta mostrar

a concepção defendida como estável, ou seja, como uma concepção que é racional e que os cidadãos estarão motivados a defender porque ela é associada às suas próprias concepções sobre o que é bom alcançar.

Contudo pode-se dizer que a teoria da justiça não é uma concepção capaz de garantir as bases de sua própria estabilidade e basicamente apesar de não construir uma concepção plenamente abrangente e não esclarecer de modo convencional qual era o seu alcance seu limite, pode concluir-se razoavelmente que a ideia de justiça como equidade era entendida como uma parte de uma visão abrangente que logo fosse desenvolvida. John Rawls rejeita aspiração iluminista própria da formação inicial de sua teoria considerando-a ambiciosa e pouco realista.

Surge então o “Consenso sobreposto” que tem com fulcro a proposição de superar os desacordos entre multiplicidade de doutrinas existentes e identificar as possíveis bases de um acordo suficientemente amplas e profundas para incluir concepções da pessoa e da sociedade e com essa finalidade em mente John Rawls apresenta sua teoria com uma concepção política da Justiça. No que constitui por certo a inovação mais importante destinada a dar estabilidade à teoria John Rawls recorre a um consenso sobreposto, destinado a tornar possível que concepções abrangentes razoáveis, e ao mesmo tempo opostas aos acordos básicos, que são marcadamente traços da Teoria de John Rawls. Onde ele aventa que na teoria da justiça existe um impeditivo pautado na concepção particular. O pretensão ceticismo do Consenso sobreposto é executado em virtude das mesmas razões que venham dar origem a esse consenso uma atitude cética ou indiferente como a sugerida implicaria fechar as portas em número de concepções abrangentes e impediria desde o início a possibilidade de atingir um consenso contraposto.

A concepção política em questão não é abrangente tal como afirma alguns e de fato ela não pretende resolver nem todas, e nem a maioria das questões que podem ser formuladas sobre a justiça política, mas apenas umas poucas e entre elas as mais urgentes.

John Rawls distingue o Consenso sobreposto de uma situação de meio *modus vivendi*. Para isso enfatiza que os acordos aos quais se referem, continuam sendo em algum sentido acordos e não meramente acordos firmados por pessoas ou grupos não comprometidos de jeito nenhum com o destino dos demais.

O consenso é suficientemente profundo para abranger ideias tais como as de que a sociedade constitui um sistema cooperativo equitativo e as pessoas são consideradas livres e iguais razoáveis e racionais é suficientemente amplo para entender-se sobre todas aquelas questões vinculadas à estrutura básica da sociedade e está concentrada em uma específica concepção política da Justiça.

O Consenso sobreposto (QUINTANILHA, 2010, p. 205 – 219) que John Rawls defende surge com uma expressão que ele denomina a razão pública compartilhada pelo conjunto da sociedade e a ideia é importante para o novo John Rawls, sobretudo uma explicação de como pode ser possível

estabelecer uma constituição Justiça estável em uma sociedade pluralista. Surgem nessa etapa as razões públicas.

A defesa da ideia das razões públicas²²³ vem sugerir o tipo de razões que pode se recorrer e a qual tipo de razões não pode recorrer quando se pretende apoiar determinada lei ou interpretar a Constituição de certo modo. O respeito ao princípio da legitimidade é então em síntese o que vem promover nos cidadãos um dever que não é legal, mas moral que é o dever que deve recorrer as relações públicas toda vez que se discutir o conteúdo essencial da Constituição.

A mudança introduzida por John Rawls em sua teoria original tem importância ao não reivindicar verdade para sua teoria apresentando-a como a concepção política de justiça e não entra em conflito direto com as doutrinas compreensivas razoáveis sobre o que é verdadeiramente justo e devido e baseia-se em ideias que provêm da cultura pública.

A ideia fundamental do razoável aparece em sua obra inúmeras vezes com sentidos diferentes sempre representando o papel decisivo e sempre carregada de uma extrema ambiguidade fazendo referências a princípios de justiça razoáveis, juízos razoáveis, decisões razoáveis, uma concepção de Justiça razoável, expectativas razoáveis e um consenso sobreposto razoável também normas, sociedades, desacordos, fé, medidas, dúvidas, crenças, respostas e psicologia moral razoáveis.

Há muitas críticas derivadas da busca da estabilidade para a teoria política da justiça, diante da enorme preocupação manifestada pelas novas reflexões sobre como conseguir uma possível estabilidade da concepção política da Justiça. Destarte, essa também foi fonte de diversas e significativas observações críticas, e uma vez esgotada a teoria da justiça essa deve ser posta à prova quanto à sua estabilidade. A razão pública não exige de nós que aceitemos exatamente os mesmos princípios de Justiça, mas que conduzimos nossas discussões fundamentais em termos daquilo que consideramos ser uma concepção política (SOARES, 2016).

Cabe ressaltar que a concepção da estabilidade defendida foi criticada também por razões que vão muito mais além e que a estabilidade e a unidade de uma sociedade dependente só de um modo muito secundário do acordo que seus membros possam conseguir em um consenso sobreposto em torno de uma particular teoria política. Em resumo, parece óbvio que essas mudanças destinadas a tornar a teoria da justiça original uma concepção plausível para qualquer pessoa razoável causara mais rejeição que entusiasmo até mesmo nos mais devoto do pensamento de John Rawls.

Entender até aqui que as questões políticas fundamentais, as ações explicitamente oferecidas nos termos de doutrinas abrangentes nunca devem

²²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. Razões públicas: No que tange a razão pública. Destaca-se na biografia de Rawls que em sua juventude, Rawls participou diretamente do exército norte-americano na II Guerra Mundial, acompanhando os lançamentos das duas bombas nucleares em Hiroshima e Nagasaki.

ser introduzidas na ação pública. As ações públicas que uma doutrina dessa índole sustenta podem, é claro, ser apresentadas, mas não a própria doutrina. Invocar apenas os valores políticos é a maneira pobre mais direta dos cidadãos respeitarem o ideal de razão pública e cumprirem seu dever de civilidade (RAWLS, 2000).

Destarte, após essas reflexões sobre a Teoria da Justiça, suas linhas gerais e suas críticas e remodelações através da publicação de novos escritos planejados por Rawls, é chegado o momento de destacar algumas concepções sobre saúde pública, SUS e a Obesidade – diante de uma não judicialização dos temas sobre as questões pertinentes da obesidade.

A Constituição Federal de 1988 assegura para todo o cidadão e cidadã um acesso universal e igualitário à Saúde Pública. Configurado está o dever do Estado em assegurar este acesso efetivo que deve oferecer para todos um tratamento digno e eficaz. Porém, o tratamento da obesidade não enseja uma proteção tão clara e eficaz, pois não é uma tarefa simples caracterizar as omissões do poder público, diante desse problema que é pandêmico, mas encarado diante de uma IMC (Índice de Massa Corpórea).

CONCLUSÃO

A Teoria da Justiça constitui certamente a disciplina de maior interface entre a Filosofia do Direito e a Filosofia Política. Certamente o estudo das Teorias, destina-se a promover uma possibilidade de reflexão e proposição de soluções aos problemas que recaem sobre as instituições jurídicas e sociais e que em muitas oportunidades restam apartados de soluções factíveis através de um alinhamento de ideias que possibilitem debates abrangentes sobre temas que são relegados ao obscurantismo.

A capacidade analítica é um desafio árduo e angustiante, porém o estudo de um problema de pesquisa pode conduzir para muitas respostas ou quicá, desafortunadamente, pode frustrar as expectativas e converter um trabalho de muitas páginas ao vazio conclusivo. A vantagem da pesquisa é que mesmo um resultado negativo, com a devida condução, restará passível de novos problemas, objetivos e com sorte, novas Teses.

O raciocínio descrito é a matriz de condução dos trabalhos e das pesquisas sobre obesidade, gordofobia, lipofobia que tem aos poucos alinhado páginas de leitura, construção de artigos e uma remodelação permanente e inquietante sobre os Direitos referentes à obesidade e como a tratativa desse tema apresenta um vazio no que tange à aplicação dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O peso e o descontrole sobre ele – seja no sobrepeso ou na obesidade – são os focos das frustrações, porém é certo que há outros problemas que nem sempre surgem de súbito quando esses problemas são investigados, é perceptível o impacto na ordem emocional. Repetidamente a saúde física é o primeiro fator de destaque, pois a busca pela perda de peso é o elemento fulcral na análise dos de imediato na saúde física.

O Direito tem o dever de retomar as tratativas sobre a discriminação e preconceito contra as pessoas obesas, pois elas pertencem a um grupo que apresenta vulnerabilidade e padece com constantes ataques a dignidade humana. O preconceito é uma realidade vivida pelas pessoas com sobrepeso ou obesas, mas a relação com a mídia a corporifica, ou seja, os padrões de beleza transitam entre o coletivo e o individual e entre o público e o privado, pois não se podem descartar as interações sociais quando falamos em corpo, obesidade e rejeição.

Com o fito de prover um panorama sobre os problemas que a obesidade enseja, a perspectiva de um debate contemporâneo sobre a Teoria da Justiça, causou uma paralisação momentânea, pois há uma gama de Teorias e a amplitude de cada uma delas não caberia num artigo científico.

Então no exercício da adequação, do desafio e da escolha, uma vez que toda a escolha cabe numa renúncia, Rawls através dos seus conteúdos, conceitos e diretrizes, configurou o desafio a ser enfrentado, não sem temor, por certo. No entanto as Teorias da Justiça de Rawls, Dworkin, Sen entre outros, ensinam pontos de convergência e outros de nevrálgico debate. Por certo o fio condutor da pesquisa foi a Teoria da Justiça Rawlsiana, mas por ela transitaram Kant, Locke, Hobbes, Rousseau, Gargarella, Alvaro Vitta, Bentham, Mill e Dworkin.

Os conceitos de equidade, igualdade, liberdade e isonomia são elementos que precisam ser desvendados no âmbito da teoria e da aplicabilidade do Direito, com o fito prioritário de conjugar o corpo e a obesidade como desafios sociais, jurídico, político e filosóficos.

A obesidade é um assunto multifacetado e é possível tratá-la interdisciplinarmente no contexto da interseção entre a Filosofia do Direito e a Filosofia Política, da Psicologia, da Sociologia, da História, da Arte entre mil outras possibilidades. Entretanto para que artigo não fosse comparado a Prigione – a obra incompleta de Michelangelo Buonarroti conservada para visitaçao na Galleria dell'Academia em Firenze Itália. Uma vez que não tem a mesma beleza, mas que enseja a mesma inquietude. O artigo resta aqui encerrado, com a dureza do que está pronto, mas com a luminosidade daquilo que promove debates e novos escritos.

REFERÊNCIAS

- BENTHAN, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Coleção Os Pensadores, 1984.
- BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. Revista de Informação Legislativa: RIL. v. 54. n. 214. p. 203 - 223, abr./jun. 2017. Disponível em: www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p203. Acesso em: 13 abr. 2021.
- BOURDIEU, P. A crença e o corpo. In *Le sens pratique*. Paris: Minuit, 1980.
- BRAGATO, Fernanda. Os direitos humanos como critério de justiça nas sociedades plurais. Revista Acadêmica - Faculdade de Direito do Recife, Recife. v. LXXXII. p. 119 - 137, 2010.
- CHIAPPIN, J. R. N.; LEISTER, Carolina. O contratualismo como método: política, direito e neocontratualismo. Rev. Sociol. Polit., Curitiba. v. 18. n. 35. p. 9 - 26. fev. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000100002>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 abr. 2021.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. v. 19. n. 19, 2016.
- DANNER, Leno Francisco; BAVARESCO. O Fato do Pluralismo em Rawls: sobre a Fundamentação da Sociedade Política. Revista Estudos Filosóficos, São João Del-Rei. n. 5. 2010, p. 155 - 173, versão eletrônica. ISSN 2177-2967. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>. Acesso em: 5 abr. 2021.
- DEL PRIORE, Mary. *Histórias do cotidiano*. São Paulo: Contexto, 2001.
- DIAS, Eduardo Rocha; ROCHA, Ronald Fontenele. A constituição líquida: mutação constitucional e expansão de direitos fundamentais na hipermodernidade. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. v.24. n.1. 2019. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i11423>. Disponível em: <https://www.centroloyola.org.br/revista/outras-palavras/desdobramentos/229-com-que-corpo-eu-vou> 29.02.2021. 16:30 Acesso em: 13 abr. 2021.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ESTEVES, Julio. As Críticas ao Utilitarismo por Rawls. *ethic@*, Florianópolis. v.1. n.1. p.81 - 96. Jun. 2002.
- FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

- FALABRETI, Ericson. O nó do ser: para uma ontologia do corpo. Caxias do Sul: Educ, 2020.
- FARIAS, A. de A. John Rawls' Theory of Justice Applied to Sustainable Development. *Amadeus International Multidisciplinary Journal*, [S. l.]. v. 4. n. 8. p. 38–49, 2020. DOI: 10.14295/aimj.v4i8.103. Disponível em: <https://amadeusjournal.emnuvens.com.br/amadeus/article/view/103>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.
- FOUCAULT, Michel. Utopian body. In: JONES, Caroline A (Org.). *Sensorium: embodied experience, technology and contemporary art*. Cambridge, M/A London: The MIT Press Copublished with the MIT List Visual Arts Centre.
- FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- GALIMBERTI, Umberto. *Il corpo*. 20.ed. Milano: Feltrinelli, 2010.
- GARGARELLA, R. *Teorias de Justiça depois de Rawls*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- GELSLEICHTER, Mayra Zimermann. *Aspectos Sociais e de Gênero da Obesidade em mulheres no Serviço de Cirurgia bariátrica do HU/UFSC*. Orientadora Luciana Patrícia Zucco, 2019, 279 p. Dissertação (mestrado) – Univeridade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio-Econômico, programa de Pós-graduação em Serviço Social, Florianópolis, 2019.
- GONZÁLEZ, Altable Maria Pilar. Liberalismo vs. comunitarismo (John Rawls: una concepción política). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 17 - 18, 1995. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcpq224>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KEHL, Maria Rita. Com que corpo eu vou?. In: BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias: ensaios sobre televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 174 - 179. (Coleção Estado de Sítio).
- KUKATHAS, C.; PETTIT, P. *Rawls: A Theory of Justice and its critics*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAMOUNIER, Joel Alves; PARIZZI, Márcia Rocha. Obesidade e saúde pública. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro. v.23. n.6. p. 1497 - 1499, Jun. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000600027>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000600027&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 abr. 2021.
- LE BRETON, David. *A sociologia do corpo*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006.
- LE MOS, Fabrício José Rodrigues de Lemos; PINTO., Gerson Neves. Justiça Global e Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 22 n. 2. 2017. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v22i29552017-08-31>.
- LO MONACO, G.; BONETTO, E. Social representations and culture in food studies.

- Food Res Int. 2019 Jan; 115:474-479. DOI: 10.1016/j.foodres.2018.10.029. Epub 2018 Oct 9. PMID: 30599967.
- MILL, John Stuart. Utilitarismo: Introdução. Trad. e notas Pedro Galvão. Porto, Portugal: Porto Editora, 2005.
- MILL, John Stuart; BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Victor Civita, 1984.
- MOREIRA, Adilson Jossé. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- NESTLE, Marion. Uma verdade indigesta: como a indústria alimentícia manipula a ciência do que comemos. Trad. Heloíza Menzen. São Paulo: Elefante, 2019.
- NOZICKI, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- OLIVEIRA, C. Justiça e equidade em John Rawls. Cadernos de Ética e Filosofia Política, [S. l.], v. 2. n. 27. p. 114 - 128, 2015. DOI: 10.11606/issn.1517-0128.v2i27p114-128. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/114379>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- ORDACGY, André da Silva. A Tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigossaudeandre.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.
- OSÓRIO, Victor Hugo Maia. Um estudo sobre a posição original e os dois princípios da justiça em John Rawls. Filosofia Política e do Direito. v. 12. n. 32, 2020.
- PORTO, Mayla Yara. Uma revolta popular contra a vacinação. Cienc. Cult., São Paulo. v. 55. n.1, p.53 - 54, Jan. 2003. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252003000100032&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 abr. 2021.
- QUINTANILHA, Flavia Renata. Posição Original, Consenso Sobreposto e Autonomia: notas sobre o debate entre Rawls e Habermas. Kínesis. v. II. n. 03, abr. 2010, p. 205-219. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/15_FlaviaRenataQuintanilha.pdf. Acesso em 13 abr. 2021.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; RIBEIRO FILHO, Jorge Luís. O ideal de justiça política e constituição em John Rawls: Análise dos pontos principais da “teoria da justiça como equidade”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48. n. 189. jan./mar. 2011.
- RAWLS, John. Justice as Fairness. The Philosophical Review. v. 67. n. 2, p. 164 - 194, abr. 1958.
- RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. The Journal of Philosophy. v. LXXVII. 1980.
- RAWLS, John. A theory of justice. Cambridge: Belknap, 1999.
- RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John. Liberalismo político. Segunda parte, Conferência VI. São Paulo:

Martins Fontes, 2001

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded. ed. New York: Columbia University Press, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RESNIK, David B.; ROMAN, Gerard. Health, Justice and the environment. *Bioethics*. v. 21. n.4, maio 2007. p. 230 – 241. DOI: 10.1111/j.1467-8519.2007.00547.

SANDEL, Michael (ed.). *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press, 1984.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5. n. 20. p. 145 – 165. abr./jun. 2005.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Teoria da Justiça de John Rawls: entre o Liberalismo e o Comunitarismo. *Trans/Form/Ação*, São Paulo. v.30. n.1. p. 169 - 190, 2007.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. *Trans/Form/Ação*, Marília. v. 32. n. 1, p. 139 - 157, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-31732009000100009>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 abr. 2021.

SLATER, D. *Cultura do consumo & modernidade*. São Paulo: Nobel, 2002.

SOARES, Bruno Martins. A ideia de razão pública de John Rawls e o reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil. *Quaestio Juris*. v. 9. n. 1, 2016. DOI: 10.12957/rqj.2016.18254.

SORATTO, Rafaella Betti. *O conceito de beleza pelo processo midiático: corpo gordo e corpo magro*. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Informação e Comunicação). Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2009.

TAVOLARO, Douglas. *A casa do delírio: reportagem no Manicômio Judiciário de Franco da Rocha*. São Paulo: SENAC São Paulo, 2002.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Soc. Estado*, Brasília. v.26. n.3. p.551-564. Dez. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922011000300007>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000300007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 abr. 2021.

VENTURA, Mirian. *Judicialização da saúde: a balança entre acesso e equidade*. Portal do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Disponível em: http://www.cebes.org.br/default.asp?site_Ação=mostraPagina&paginaId=134&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciald=174. Acesso em: 17 mar. 2021.

VITA, Álvaro de. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, p. 5-24, abr. 1992. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100002>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>.

[php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=i](http://www.scielo.br/djv/arttext/djv-2021-01-00002)
soo. Acesso em: 15 abr. 2021.

VITA, Álvaro de. A justiça e seus críticos. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

WEBER, Thadeu; CORDEIRO, Karine da Silva. Bens primários sociais e capacidades: uma aproximação possível e adequada para a definição do direito ao mínimo existencial. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 19. n. 19. 2016.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Eduardo Augusto Salomão Cambi¹
Diogo de Araujo Lima²
Mariana Sartori Novak³

1 INTRODUÇÃO

O artigo 17, §1º, da Lei 8.429/1992, em sua redação originária, vedava a celebração de qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação em ações de improbidade administrativa.

Ocorre que, mesmo durante a vigência da redação originária, grande parte da doutrina, jurisprudência e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 179⁴, já contemplava a hipótese de consensualidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, seja na esfera judicial ou extrajudicial.

Essa tendência já se fazia presente tanto no Direito Penal, quanto no Direito Administrativo Sancionador.

A partir do dia 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor o “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019), que, alinhando-se com outras normas do chamado microsistema de proteção ao patrimônio público, suprimiu a vedação até então existente e passou a admitir expressamente a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC).

Apesar do mérito que a inovação significou, o avanço poderia ter sido bem maior, não fosse o veto presidencial ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais para celebração do acordo (art. 17-A da Lei nº 8.429/1992). A lacuna, se não impede a efetiva implementação do ANPC, rende ensejo a debates que poderiam perfeitamente ser evitados se houvesse uma regulamentação, ainda que mínima, sobre o tema.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com

² Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense – Unipar/PR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Promotor de Justiça. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) – Regional de Umuarama. E-mail: diogo_araujo_lima@hotmail.com

³ Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Damásio Educacional. Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: mariana-novak@hotmail.com.

⁴ Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução n.º 179/2017, de 26 de julho 2017. Disciplina a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

Tal cenário tem suscitado intensas discussões no âmbito acadêmico, doutrinário e jurisprudencial. Cria-se um ambiente propício para buscar no ordenamento jurídico balizas que possam nortear os operadores do direito na consecução dessa espécie de acordo, a fim de conferir maior segurança jurídica ao instituto.

Na tentativa de reunir subsídios que possam contribuir com a temática, serão abordadas neste breve ensaio algumas questões como o contexto evolutivo do ordenamento jurídico que permeou a novel modificação legislativa, a ampliação dos espaços de consenso no âmbito do Direito então classificado como Público e, mais recentemente, do Direito Sancionador (penal e administrativo), aspectos gerais e regime jurídico aplicável ao ANPC.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, a partir do exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

2 A NOVA REDAÇÃO DO ART. 17, §1º, DA LEI Nº 8.429/1992: TENDÊNCIA DE CONSENSUALIDADE NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A partir de uma breve análise do contexto histórico e normativo subjacente à inovação legislativa, é possível construir balizas que poderão subsidiar a compreensão da matéria e, especialmente, auxiliar o intérprete na delimitação dos contornos do ANPC.

A tradição jurídica brasileira foi arraigada por intensa publicização do direito, em detrimento do empoderamento do indivíduo⁵. As fontes do Direito restringiam-se aquelas produzidas exclusivamente pelo Estado. Em matéria processual, esta característica era ainda mais intensa. O cenário é bem simbolizado pelo sistema inquisitivo e pelo princípio da indisponibilidade da ação penal que vigoravam no processo penal.

No âmbito do Direito Administrativo, muitos eram os óbices que se colocavam para uma atuação consensual da Administração Pública. Entre eles, os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. Daí advêm as chamadas prerrogativas da Administração Pública, que conferem ao gestor, entre outros, o poder-dever de aplicação de sanções e limitações de direitos individuais em prol da coletividade.

O caráter indisponível do direito protegido (patrimônio público e moralidade administrativa), assim como a indisponibilidade dos interesses difusos igualmente impediam a consensualidade.

A regra primitiva do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 nada mais era que um natural desdobramento do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, que, por sua vez, resultava das particularidades da legitimação extraordinária,

⁵ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018, p. 31. Disponível em: <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>. Acesso em: 23 ago. 2020.

na qual o titular do direito de ação não pode dispor do direito material⁶ (ALVES; GARCIA, op. cit., p. 869).

A essa mesma conclusão conduz o princípio da proporcionalidade a partir de sua vertente da vedação da proteção deficiente, na perspectiva de que eventual consenso no âmbito da improbidade administrativa poderia colocar em risco a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Outro fundamento remete à aplicação dos critérios cronológico e especial em relação à aparente antinomia entre a Lei nº 8.429/1992, na redação originária do art. 17, §1º, e a Lei nº 7.347/1985, cujo art. 5º, §6º, permite a celebração de termo de ajustamento de conduta pelo Ministério Público e demais órgãos legitimados para propositura da ação civil pública. Como a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que previa a vedação ao acordo, era posterior e especial, prevalecia em relação à permissividade prevista na Lei de Ação Civil Pública.

Ainda, impediam tal proceder questões como a legitimidade no controle do acordo em casos de improbidade administrativa, a ausência de balizamento mínimo normativamente expresso para regulamentar esse tipo de negociação⁷ – lacuna que persiste até os dias atuais –, e a insuficiência sancionadora, já que, diferentemente da lei penal, que prevê responsabilidade criminal ao colaborador premiado que, a pretexto de colaborar com a Justiça, faz imputações ou revelações falsas (art. 19 da Lei nº 12.850/2013), não há nenhuma consequência para tal hipótese em sede de improbidade⁸.

Nada obstante, mesmo durante a vigência da redação originária do multicitado §1º do artigo 17, doutrina e jurisprudência já acenavam pela viabilidade da solução consensual na LIA.

Em abono a essa diretriz, compreendia-se que a utilização de instrumentos de consenso em matéria de direito sancionador nada mais era que uma consequência inevitável da evolução do Direito Administrativo e da própria Constituição Federal, que, ao adotar o Estado Democrático de Direito (art. 1º), contemplou implicitamente o princípio da consensualidade.

Gustavo Binenbojm⁹ alerta para o fato de que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição

⁶ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 869.

⁷ WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. – Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Coordenação: Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 173.

⁸ NEGRI, Moreira Rafael. A (im)possibilidade de o Ministério Público Transacionar em Ação de Improbidade Administrativa. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016, p. 04. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdfRafaelBarrosoMoreiraNegri.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista Direito Processual Geral. Rio de Janeiro, 2005, p. 49.

da Federal de 1988 e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabilizam a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. O texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos como metas ou diretrizes para a Administração Pública. Dessa forma, compete ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, bem como buscar a sua efetivação até um grau máximo de otimização, no caso concreto, mediante o postulado da proporcionalidade¹⁰.

À luz de tal paradigma da atuação administrativa constitucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com os benefícios da maior eficiência e da legitimidade da ação administrativa.

Com efeito, ao adotar os métodos consensuais, o administrador não estaria dispondo do interesse público, e sim perseguindo-o por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo¹¹. Agrega-se a perspectiva do autorregramento com decorrência lógica do direito fundamental da liberdade¹², em ordem a permitir que a autonomia da vontade prevaleça em detrimento do paternalismo estatal regulador.

O princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional 19/98, também converge para a consensualidade no âmbito da LIA, considerando que os instrumentos consensuais apresentam menor custo e são melhores aceitos e implementados, se comparados com a judicialização de ações de improbidade administrativa, cujo trâmite não raramente perdura por quase uma década.¹³

Para além disso, as objeções relativas à adoção de instrumentos de consenso no direito sancionador foram superadas pelo Direito Administrativo brasileiro por diversos textos legais.¹⁴ Nessa mesma linha, o CPC/2015 trouxe um

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. Revista de Direito Administrativo, nº 231, jan./mar. 2003, p. 129.

¹¹ LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274, dezembro/2017, p. 383.

¹² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. 1. 19ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149.

¹³ Em 2015, intentando realizar diagnóstico acerca dos processos de Improbidade Administrativa, mormente quanto à sua tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa, na qual colheu dados de 132 processos, dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Pará, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, onde se expôs que, nesse último, a média de tramitação (dentre a data do ajuizamento e do trânsito em julgado) é de 2.666,40 dias, ou seja, aproximadamente 7 (sete) anos. O resultado da média realizada entre todos os tribunais mencionados foi de 1.855,83 dias (aproximadamente 5 anos). (BRASIL, CNJ, 2015).

¹⁴ Destacam-se: Lei 12.529/2011 (Acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica); Lei 12.846/2013 (Acordos de leniência em atos contra a Administração Pública); a possibilidade de conciliação (art. 10, par. ún., da Lei 10.259/01 e art. 174 do CPC) e mediação (art. 3º da Lei 13.140/15) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei

novo paradigma de consensualidade, consubstanciado, especialmente, nos arts. 3º (incentivo à conciliação, etc) e 190 (cláusula geral dos negócios processuais).

Esse panorama normativo concentra o que se chama de microsistema anticorrupção, comunicável às hipóteses de improbidade administrativa por força da Teoria do Diálogo das Fontes, de Erik Jayme¹⁵.

O movimento pela consensualidade de algum tempo já era aplicado na seara penal (composição civil dos danos, da transação penal, da suspensão condicional do processo, etc) e, em especial, da colaboração premiada, prevista, entre outras, na Lei nº 12.850/2013, que trata das organizações criminosas.

Assim sendo, não havia lógica em se admitir a hipótese de solução consensual para sanções mais graves, como é o caso, v.g., dos delitos de corrupção e de organização criminosa, mas refutá-la para sanções civis advindas do mesmo fato, a despeito de mais brandas. Ora, se a consensualidade é admitida no Direito Penal, a fortiori no Direito Administrativo Sancionador.¹⁶

À necessidade de unidade e juridicidade do ordenamento jurídico,¹⁷ somavam-se os grandes casos de corrupção, cujo desvendamento, em larga medida, deve-se à celebração dos acordos substitutivos com os infratores¹⁸.

Em sintonia com essa nova realidade, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) fez editar a Resolução nº 179/17, cujo artigo

10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei 12.514/11); a possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei 4.657/42); a possibilidade do “emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem” (art. 23-A da Lei n. 8.897/1995), entre outras hipóteses.

¹⁵ Apud MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 90.

¹⁶ A questão já foi enfrentada em acórdão do Supremo Tribunal Federal em hipótese envolvendo acordo de colaboração e na qual se firmou posição de que o ajuste faz nascer para o Estado, de maneira geral, o dever de honrar os compromissos assumidos: “os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 127.483. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27/8/2015. Diário da Justiça, Brasília, DF, 4 fev. 2016).

¹⁷ Assim era o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: “Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra.” BRASÍLIA, Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Voto nº 9212/2016, no bojo do Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42.

¹⁸ LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274, dezembro/2017, p. 387.

1º, §2º, passou a permitir a celebração de compromisso de ajustamento de conduta na esfera da improbidade administrativa.

Esse movimento não era uma exclusividade do Direito nacional. Em países de tradição jurídica da common law, especialmente nos Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, assume destaque o plain bargain (ou barganha da pena). Também é possível encontrar institutos semelhantes na Itália (pateggiamento sulla pena), na Espanha (a conformidade) e na Alemanha (Absprachen).

Acrescentam-se compromissos internacionais assumidos pelo País autorizando a autoridade administrativa a celebrar acordos com infratores.¹⁹

Apesar do grande avanço que a inovação significou, o “Pacote Anticrime”, aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado parcialmente pelo Presidente da República. A regulamentação do ANPC, prevista no art. 17-A, foi justamente um dos pontos vetados.²⁰

Necessário, pois, estabelecer algumas premissas básicas que permitam, mais adiante, aprofundar os estudos sobre o instituto.

3 ASPECTOS GERAIS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Pode-se compreender como ANPC, a possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase

¹⁹ Exemplo é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida, e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Há outras duas convenções específicas sobre o tema: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais: elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) – ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; e b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002.

²⁰ Eis a redação do art. 17-A: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente. § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.”

da investigação ou mesmo após a formulação da pretensão acusatória (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça.

Sob o ponto de vista da teoria do fato jurídico, concebe-se a natureza jurídica do ANPC como de um negócio jurídico bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera com a manifestação de vontade de ambas as partes e com o estabelecimento de prestações certas e determinadas.

Renato de Lima Castro²¹ o considera como um negócio *sui generis*, por entender que há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.²² De fato, o infrator não estará irrestritamente apto a negociar todo o negócio jurídico, mas apenas parte dele. O mesmo ocorre em relação ao proponente do acordo, que não está livre para estabelecer as condições que bem lhe aprouver, estando o Parquet e a pessoa jurídica interessada adstritos aos princípios e normas que regem a suas respectivas atuações na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público. Tudo sem olvidar de observar, no tocante às sanções, a proporcionalidade em relação à gravidade do fato ímprobo.

O acordo também pode assumir feição de um negócio jurídico processual, nas situações em que ocorre a fixação de situações jurídicas processuais, como, por exemplo, quando o autor do fato ímprobo, renunciando ao direito ao silêncio, assume o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração, quando concorda com a redução de prazos legais, renuncia desde logo aos prazos recursais, entre outras situações.

²¹ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020 Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

²² Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de “eufemismo”, por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o “risco” do processo). Existe semelhança com um “contrato de adesão”, onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Conjur, 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-proje-to-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 14 de ago de 2020).

Acerca da legitimidade para celebração do acordo parece não remanescer maiores dúvidas: os mesmos que a detém para propositura da ação de improbidade administrativa, ou seja, Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 16 da Lei nº 8.429/1992).

A celebração pode ocorrer tanto extra, como judicialmente. Se celebrado extrajudicialmente, evita a judicialização da ação civil pública de improbidade administrativa. Já, quando ele é realizado na fase judicial, determina a resolução do processo com julgamento de mérito (art. 487, inc. III, “b”, CPC/2015). Em ambas as situações, havendo a homologação judicial, o acordo possui eficácia de título executivo judicial (art. 515, inc. II, do CPC/2015).

Importante realçar que, em razão da independência de instâncias, a celebração do acordo não afasta responsabilização administrativa e penal pelo mesmo fato (art. 1º, §3º, da Resolução nº 179/17 – CNMP). Tampouco importa reconhecimento automático de responsabilidade para fins diversos dos que foram estabelecidos, expressamente, no acordo.

Nada impede, no entanto, um diálogo entre as esferas penal, administrativa e cível em ordem a autorizar que o ajuste se estenda para além dos limites da improbidade administrativa.²³ É necessário, porém, nesse caso, uma reunião entre os colegitimados na “negociação”, no sentido de que participem do acordo de não persecução cível e, via de consequência, firmem o Termo de Ajuste de Conduta em conjunto, vinculando-os aos termos do acordo compromissado²⁴.

Feitas tais digressões, passa-se a esboçar uma proposta de regime jurídico aplicável ao ANPC.

4 REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

O “Pacote Anticrime” permitiu a celebração do ANPC. Porém, não disciplinou o respectivo procedimento, nem os requisitos materiais, tal como ocorreu com o art. 28-A do Código de Processo Penal, que trata do acordo de não persecução penal (ANPP).

²³ Essa atuação coordenada entre órgãos de um mesmo Ministério Público já havia sido externada em caso da Operação “Lava Jato”, pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42. Na ocasião, restou consignado: “A atuação integrada – senão concentrada no mesmo órgão, como propugnado por esta Câmara de Coordenação e Revisão, ao demandar de todas as unidades a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção – pode garantir que os acordos interessem e sejam aproveitados tanto em uma esfera quando noutra, evitando o risco de eventuais contradições e incompatibilidades, que possam representar risco à segurança jurídica.” (BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nícida Garcia. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 16 de ago de 2020).

²⁴ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020 Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

O art. 4º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece que, quando “a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É preciso, então, recorrer a outros diplomas normativos para buscar os contornos dessa espécie de acordo.

Nesse sentido, a partir de uma revisão doutrinária e jurisprudencial sobre a temática, exurgem ao menos três posicionamentos acerca de qual norma deve reger o acordo de não persecução cível.

A primeira orientação remete às regras legais e infralegais que disciplinam o regime jurídico do termo de ajustamento de conduta²⁵. Entre elas, o art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85, e a Resolução nº 179/17 do CNMP, que o regulamentou no art. 1º, §2º, com possibilidade de aplicação à improbidade administrativa.

Ainda nesse contexto, é possível valer-se igualmente de eventual ato infralegal editado pelos Ministérios Públicos Estaduais ou da União que, no exercício do poder regulamentador que lhes cabe em relação à norma geral estabelecida pelo CNMP, disponha sobre o acordo de não persecução cível. Com efeito, diante da ausência de regulamentação, nada impede que Ministérios Públicos Estaduais e da União editem ato infralegal com parâmetros procedimentais e materiais sobre o acordo, a exemplo do Ministério Público do Estado de São Paulo, que regulamentou os elementos do ANPC por meio da Resolução nº 1.193/2020.

Um segundo posicionamento seria recorrer ao microsistema anticorrupção e, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes, buscar uma solução coordenada entre as fontes normativas que permita uma aplicação que potencialize ao máximo a efetividade da proteção do bem jurídico tutelado, qual seja, o patrimônio público e a moralidade administrativa.²⁶

Nesse passo, o art. 28-A do Código de Processo Penal desponta como uma das primeiras fontes aptas a contribuir para colmatação dessa lacuna. Além da própria terminologia comum para designar soluções negociadas em diferentes instâncias de responsabilização - o que indica que o legislador,

²⁵ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. Artigo inédito; TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. E-book, 2020.

²⁶ Como explica Cláudia Lima Marques, ao tratar do direito do consumidor, “Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgue a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento (...). O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência.’” (Op. cit, p. 90).

aparentemente, pretendeu estabelecer um paralelo entre os institutos -, o diálogo entre os microsistemas contribui para uma resolução coordenada, afinal, via de regra, o ilícito partir dos quais advêm consequências sancionatórias derivam de fato em comum, qual seja, a corrupção pública²⁷.

Sendo a corrupção um ilícito multifacetário, que gera consequências penais, civis e administrativas, seria, nessa ótica, viável transportar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos para celebração do ANPP, para o instituto do ANPC. Afinal tanto as sanções penais, quanto as da LIA, integram o chamado Direito Sancionador, que, em última análise, versam sobre restrições de bens e direitos em prol de interesses públicos fundamentais.

Outro ponto comum é que, seja no acordo de não persecução penal, seja no cível, a celebração não está condicionada a nenhum proveito para a investigação; basta a mera confissão. Esta, aliás, é uma das principais notas distintivas do ANPP em relação aos institutos de direito premial,²⁸ para os quais não basta a mera confissão. É preciso ir além e colaborar efetivamente com os órgãos de investigação, trazendo resultados úteis e eficazes em termos investigatórios.

O transporte da exigência da confissão para o ANPC, consoante Landolfo Andrade²⁹, encontra fundamento na própria racionalidade do sistema jurídico, pois não abonaria o raciocínio lógico sustentar que um agente público que fraudar uma licitação poderá celebrar um acordo de não persecução cível na esfera da improbidade administrativa, pela prática de ato lesivo ao erário (art. 10, VIII, da LIA), independentemente de confissão, mas, na esfera criminal, esse mesmo agente somente poder celebrar um acordo de não persecução penal, pela prática do mesmo fato, se confessar sua participação no ilícito (artigo 89 da Lei 8.666/1993). Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico³⁰.

Dessa forma, partindo de tal premissa, aplicar-se-ia o artigo 28-A do Código de Processo Penal naquilo que for compatível com a natureza do ato de improbidade administrativa. Por exemplo, a exigência de reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, presente no art. 28-A, seria cabível apenas e tão somente à hipótese de improbidade administrativa que causa dano

²⁷ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020 Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

²⁸ Como exemplos de institutos de direito premial, citam-se os acordos de leniência celebrados com os autores de atos lesivos à administração Pública (Lei 12.846/2013) ou ofensivos à ordem econômica (Lei 12.529/2011), e os acordos de colaboração premiada, celebrados com os integrantes de organização criminosa (Lei 12.850/2013).

²⁹ ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Gen Jurídico. Publicado em 05/03/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/>. Acesso em: 17 de ago. de 2020.

³⁰ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 141, Edição Especial, set. 2017, p. 542.

ao erário, capitulada no art. 10, caput, e seus incisos, da Lei nº 8.429/1992, mas não naquelas especificadas em seus arts. 9º e 11, cujo ilícito não envolve diretamente a produção de dano ao erário³¹.

Por último, o terceiro posicionamento entende cabível utilizar a Lei 12.846/2013,³² cujo artigo 16 e respectivos parágrafos estabelecem parâmetros e condições para a celebração do acordo de leniência, que poderiam ser complementados, no que couberem, pelas disposições da Lei 12.529/2011 (CADE), da Lei 12.850/2013 (colaboração premiada) e por convenções internacionais adotadas pelo Brasil.³³

O fundamento que ampara tal orientação reside essencialmente no fato de que as disposições da Lei nº 12.846/2013 compõem um microsistema sancionatório de combate à corrupção e defesa do patrimônio público e probidade administrativa, cujas normas, por versarem sobre responsabilização civil-administrativa, mais se aproximam do contexto subjacente à Lei de Improbidade Administrativa.

As opiniões doutrinárias até então levantadas aparentemente divergem entre si. No entanto, o que se percebe é que elas se autocomplementam.

Não se pode perder de vista, antes de mais nada, que o termo de ajustamento de conduta se trata de instrumento jurídico afeto à tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos de outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público e que tem por finalidade a “[...] adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração”, a teor do art. 1º da Resolução n.º 179/2017 do CNMP.

Deflui-se, daí, que o termo de ajustamento de conduta (TAC) é o instrumento adequado a veicular obrigações de fazer, não fazer, de dar (contemplando-se nessa a de pagar quantia certa). Trazendo essa perspectiva para o ANPC, parece-nos inadequado cogitar do TAC (na acepção técnica do instituto) para estabelecer sanções como suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. É bem verdade que poderiam ser traduzidas em cláusulas de obrigação de fazer (Ex.: exonerar-se do cargo), mas, ainda assim, o posicionamento não se alteraria, ante a inadequação do TAC para veicular sanções outras da LIA que não as meramente pecuniárias, sob pena de extrapolar o próprio conceito legal e dogmático do instrumento.

Em linhas gerais, portanto, e mantendo coerência técnica com o instituto, conclui-se possível tomar de empréstimo o regime jurídico do TAC

³¹ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020 Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

³² Nesse sentido, entre outros: GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”, Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4ª Edição. São Paulo: RT, 2020.

³³ BRASÍLIA. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2020.

para os casos de improbidade administrativa que envolvam obrigações de fazer (Ex.: adotar política de compliance), de não fazer (Ex.: abster-se de contratar servidores temporários para determinada área) e de dar, traduzida, não raro, em sanções de caráter pecuniário (multa, etc).

Tal hipótese teria lugar em casos de improbidade de baixa gravidade,³⁴ assim considerados como aqueles cujas consequências não desbordem do plano da improbidade administrativa (ex.: publicidade que viola o princípio da impessoalidade), ou mesmo que gerem repercussão na esfera penal que se limite a infrações de natureza leve, compreendidas como aquelas que admitem composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.³⁵ Pode-se dizer que seriam, essencialmente, as hipóteses do art. 11, caput, da LIA.

Cumprido salientar que tal parâmetro decorre de uma interpretação analógica das regras do acordo de não persecução penal, previstas no art. 28-A do CPP, cujo §2º, inciso I impede a proposta de ANPP quando cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais, e, ao mesmo tempo, de uma interpretação sistemática da legislação penal extravagante, especialmente das normas que tratam do instituto despenalizador do *sursis* processual. Neste último caso, a inovação implementada pelo “Pacote Anticrime” permite uma releitura da classificação de crimes quanto ao potencial lesivo, pois se, antes, consideravam-se infrações de médio potencial ofensivo aquelas que admitiam suspensão condicional do processo, que tem entre seus requisitos a exigência de pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, agora, com a possibilidade de ANPP para delitos sancionados com até 4 (quatro) anos, deixaram de sê-lo, deslocando-se a classificação ao nível anterior da escala de gravidade pautada no potencial ofensivo do crime.

Agrega-se o fato de que tais institutos despenalizadores advêm de uma matriz comum do sistema de consenso processual penal americano, o *nolo contendere*, que tem como essência a “[...] declaração de que não será contestada a acusação, sem que haja, com isto, o reconhecimento de culpa do acusado, em que pese a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade também”³⁶, cenário que se coaduna com o contexto normativo

³⁴ A respeito da valoração da conduta do agente ímprobo para fins de imposição de sanção, oportuno citar Fábio Osório Medina: “Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos [...]. Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor. Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de ar manifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama releva que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade” (2007, p. 286).

³⁵ Arts. 74, 76 e 89, caput, respectivamente, da Lei nº 9.099/95.

³⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e

do TAC, cuja celebração, como visto, não se condiciona ao reconhecimento de culpa e confissão do agente ímprobo.

Tal conjectura presta-se apenas como diretriz ao operador do direito mercê do absoluto vazio normativo em que se situa a questão, mas não despreza a necessidade de submeter o resultado da interpretação do caso concreto a um juízo de desvalor ético-normativo à luz das finalidades que permeiam a Lei 8.429/1992, a fim de identificar se realmente os fatos ímprobos e o regramento jurídico aplicável para aquele nível de valoração se mostram adequados para o caso concreto.

Diferentemente, em se tratando de fatos ímprobos de média gravidade, assim considerados como aqueles a partir dos quais possam advir sanções da Lei de Improbidade Administrativa e também penais, mas, neste caso, restrito as hipóteses que admitem proposta de ANPP (pena mínima inferior a 4 anos, ausência de violência ou grave ameaça, etc), parece-nos adequado tomar de empréstimo as regras do art. 28-A do CPP para os casos do art. 17, §1º, da LIA. O exemplo mais emblemático dessa hipótese remete ao delito de corrupção passiva, capitulado no art. 317 do Código Penal, que igualmente pode configurar ato de improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito (art. 9º, I, da LIA).

Essa proposta evita a ilogicidade jurídica a que alude Landolfo Andrade³⁷, quando menciona a exigência da confissão para fins de acordo de não persecução penal, mas não para o de persecução cível.

Além disso, não há como negar que a mera previsão de sanções da Lei 8.429/1992, desacompanhada de qualquer reconhecimento de culpa do agente – como é o que ocorre na simples celebração de TAC –, colocaria em risco princípios e regras dos mais mezinhos da Constituição Federal, especialmente os da proteção ao patrimônio público e da proporcionalidade, em seu viés da vedação da proteção deficiente.

A exigência de confissão, frise-se, advém da própria origem do instituto cuja solução se toma de empréstimo. Logo, se é para fazer um paralelo entre ANPP e ANPC, é preciso minimamente preservar sua gênese.

O modelo de consensualidade no âmbito do direito penal sancionador já é aplicado de longa data por diversos países, especialmente nos países de tradição jurídica do common law, máxime no processo penal americano. Também é possível, como fora anteriormente referido, encontrar institutos semelhantes na Itália (pateggiamento sulla pena),³⁸

princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 54.

³⁷ ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Gen Jurídico. Publicado em 05/03/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucaocivil/>. Acesso em: 17 de ago. de 2020.

³⁸ Sobre o sistema italiano, leciona Brandalise, que nele também “[...] as partes pedem a aplicação de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária, com as diminuições cabíveis. Também é possível a aplicação de uma pena detentiva, também reduzida, quando não superar os 5 anos

na Espanha (a conformidade)³⁹ e na Alemanha (Absprachen)⁴⁰.

De acordo com Rodrigo da Silva Brandalise⁴¹, o sistema de consenso processual penal americano trabalha com duas grandes percepções: o guilty plea, quando a confissão leva ao reconhecimento de culpa pelo acusado e a consequente pena que lhe decorre; e o nolo contendere, já citado, que é a declaração de que não será contestada a acusação, sem que haja, com isto, o reconhecimento de culpa do acusado, a despeito da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

O ANPP aproxima-se do sistema do guilty plea, na medida em que exige, como condição do ajuste, o reconhecimento de culpa pelo acusado por meio da confissão. Já os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, como exposto, aproximam-se do nolo contendere,

(art. 444 e seguintes do CPP italiano, de maneira sucinta). Por força de uma decisão exarada pela Corte Constitucional italiana (Sentença 313 de 1990), o juiz deve aferir a adequação da pena imposta (14) e da qualificação jurídica dos fatos – acusação já proposta, portanto -, além da voluntariedade e consciência do acusado (situações que também estão previstas no Projeto (15)). Aliás, de ser dito que, no direito italiano, o Ministério Público é obrigado a propor a ação penal, nos termos do art. 112 da Constituição de lá” (O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais, publicado site CONAMP, em 8 de fev. 2019. Disponível em: O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais. Acesso em: 15 ago 2020). Em complemento, Aury Lopes Junior, adiciona: “Na Itália, cujo modelo civil law é similar ao brasileiro e que sempre serviu de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o patteggiamento sulla pena (artigo 444 e seguintes, CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação) e que tem um limite demarcado: com a redução de 1/3, a pena não pode superar 5 anos. Esse é um limite muito próximo e que orientou a redação do artigo 283 do projeto de CPP que tramita atualmente” (Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Conjur, 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adoacao-plea-bargaining-projeto-anticrime-remedio-ou-veneno>. Acesso em: 14 de ago de 2020).

³⁹ De acordo com Aury Lopes Junior, na Espanha, a Ley de Enjuiciamiento Criminal prevê o instituto da conformidade nos artigos 695 e seguintes e depois nos artigos 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena pedida pelo Ministério Público, abreviando assim o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos. O precitado processualista acrescenta que no processo penal português, existe o arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo 280 do CPP português) e o instituto da “suspensão provisória do processo” (artigo 281), similar à nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por um período máximo de 2 anos ou de 5 anos (casos previstos no artigo 281. 6 e 7), e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (artigo 282). Esse é o espaço negocial (Ibdem).

⁴⁰ Na Alemanha, de acordo com Rodrigo da Silva Brandalise, “[...] o acordo se dá sobre as consequências legais (notadamente, com a indicação dos limites máximos e mínimos de pena (13)), sobre medidas procedimentais ou sobre o comportamento das partes durante o julgamento. Da mesma forma como o acordo penal, a culpa não pode ser objeto de negociação, nem mesmo as medidas a serem aplicadas em razão dela (sua modulação pode ser). É o que se depreende do StPO, § 257c, 2 e 3” (Ibdem).

⁴¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 55.

na medida em que independem do reconhecimento da culpa do agente, sem prejuízo da possibilidade de aplicação imediata de pena privativa de liberdade.

Dessa maneira, se é para fazer um paralelo entre os institutos e manter a coerência, imprescindível que também no ANPC se preserve um dos principais pressupostos do ANPP que é a confissão do agente, sem prejuízo de manter, no que cabível, para aquele, as referenciais condicionantes desse.

Resta, então, examinar se nos casos de fatos ímprobos considerados graves e infrações penais correlatas, assim compreendidos como aqueles que extrapolam os limites do ANPP, seria possível trabalhar com a hipótese de consensualidade.

É preciso ter presente que as hipóteses de acordos substitutivos não se restringem àquelas elencadas no art. 28-A do CPP. É possível, v.g., que o agente não preencha determinada condicionante de tal preceito normativo, mas faça jus à colaboração premiada. Assim é que tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador trabalham com institutos do chamado direito premial, no qual o coautor ou partícipe do ilícito, visando a obtenção de algum prêmio, coopera com os órgãos de investigação.

Nessas situações, dada a maior intensidade na violação ao bem jurídico, o ordenamento não se contenta com a simples confissão, exige-se uma postura proativa de efetiva colaboração com as autoridades responsáveis pelas investigações na obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes e/ou coautores e apresentação de provas materiais de autoria. Em outras palavras, não basta confessar, é preciso ir além, trazendo efetivo proveito para a investigação.

Entre os resultados esperados dessa colaboração, destacam-se: a identificação dos demais envolvidos na infração (art. 86, I, da Lei nº 12.529/2011, art. 16, I, da Lei nº 12.846/2013 e art. 4º, I, da Lei nº 12.850/2013), a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (art. 86, II, da Lei nº 12.529/2011 e art. art. 16, II, da Lei nº 12.846/2013), a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II, da Lei nº 12.850/2013), a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, inc. III, da Lei nº 12.850/2013), e a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, inc. IV, da Lei nº 12.850/2013).⁴²

⁴² Nesse sentido, Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques sintetizam os principais elementos que o instrumento do ANPC deve conter:

a) objeto específico que trate claramente das irregularidades cometidas, para que o ajuste não se torne uma espécie de “cheque em branco” ou “salvo-conduto” a fim de que a pessoa física ou jurídica compromissária possa se livrar de todos os tipos de ilícitos já praticados ou futuros; b) previsão de restituição de valores decorrentes de prejuízo, sobrepreço, pagamento de propina, “caixa 2” e outros; c) aplicação de, pelo menos, uma das cominações por ato ímprobo, como multa, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, nos termos do art. 12 da LIA e

Da mesma forma, as Convenções de Mérida⁴³ e Palermo⁴⁴, ao tratarem

art. 1º da Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; d) prazo de pagamento dos valores que representem o prejuízo ao erário, multa e eventual dano moral coletivo, bem como o índice de correção e juros ou, ainda, da execução das obrigações de fazer ou não fazer; e) cláusula relativa à homologação judicial do ajuste; f) obrigações de entregar documentos, informações ou senhas de arquivos digitais, de revelar a verdade e de pagar despesas com testemunhas, consultores, peritos e outros; g) previsão sobre a validade das provas, caso haja descumprimento do ajuste, inclusive contra o compromissário (vale dizer: na hipótese de descumprimento do acordo, as provas poderão ser utilizadas na instrução do processo); h) previsão sobre a execução ou rescisão unilateral decorrente do descumprimento do ajuste pela compromissária ou, inclusive, pelo cometimento de novos atos ilícitos; e i) previsão de compartilhamento de provas, caso haja adesão da autoridade que receber os documentos quanto às condições do ajuste. (2020, p. 291).

⁴³ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida. Em seu art. 37 dispõe:

Artigo 37

Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

⁴⁴ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Em seu artigo 26 preconiza:

Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

dos acordos de leniência e de delação premiada, igualmente trazem importantes referenciais que podem ser utilizadas nos ANPC.

A solução, mais uma vez, prestigia a lógica e coerência jurídica. Ora, se é possível transigir no próprio âmbito do Direito Penal, considerado a ultima ratio do ordenamento jurídico e com sanções mais gravosas dos atos de corrupção (penas privativas de liberdade de natureza criminal), não seria lógico, nem razoável, vedar que a autoridade competente pudesse fazê-lo com relação às sanções cíveis, decorrentes dos mesmos fatos.⁴⁵

Destarte, não é de se excluir, também para ilícitos ímprobos graves, a possibilidade de acordo substitutivo, mantendo-se a congruência com o microssistema anticorrupção que contempla a possibilidade de celebração de acordos no âmbito criminal, sem restrições ao quantum de pena abstratamente

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo

⁴⁵ Oportuno, nesse sentido, registrar a opinião de Andrey Borges de Mendonça, que trata da extensão dos efeitos da colaboração premiada para o âmbito da improbidade administrativa, ainda sob os influxos da vedação originária prevista no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92: “Aqui, como lembra Vladimir Aras, podemos invocar o brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem ius*. Não há sentido em fornecer benefícios para alguém colaborar no âmbito criminal e esse mesmo agente ser punido pela Lei de Improbidade, exatamente em razão dos mesmos fatos. A incoerência na atuação estatal – reconhecendo benefícios em uma seara e negando em outra – demonstra até mesmo deslealdade do Poder Público com aquele que contribuiu para a persecução dos agentes ímprobos, abrindo mão de seu direito a não se autoincriminar. Esta incoerência é reforçada quando a Ação de Improbidade se baseia justamente nos elementos desvelados pelo colaborador. Ademais, estamos tratando de um benefício para o réu, de sorte que não há vedação ao uso de analogia em seu favor. Por fim, a interpretação teleológica nos conduz nesse mesmo sentido. É indubitoso que a vedação da lei de improbidade visa impedir que o interesse público seja lesionado. Porém, em casos de colaboração, sobretudo quando auxilia na recomposição do patrimônio público lesionado, o interesse público está sendo mais bem protegido, pois a Administração atingida é a mesma, as partes são as mesmas e o acordo acelera a reparação do dano causado ao erário e recuperação de ativos. Tanto isso é verdade que a Lei 9807/99 estabelece, como objetivo da colaboração, a recuperação total ou parcial do produto do crime, o que está em perfeita sintonia com o objetivo da ação de improbidade, conforme lembra Januário Paludo” (Roteiro de Colaboração Premiada. São Paulo: Mimeo, 2012).

cominado, em uma via de mão dupla, variável conforme o grau de contribuição às investigações por parte do interessado.

Diante da ausência de regulamentação de aspectos procedimentais e materiais do ANPC, propõe-se colmatar a lacuna, por meio de um diálogo entre os sistemas penal e administrativo sancionador, a fim de se estabelecer uma escala gradual de gravidade de fatos mediante um paralelo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, para, então, encontrar o regime jurídico que melhor se adéqua à hipótese, iniciando pelas regras que disciplinam o termo de ajustamento de conduta, passando pelas normas que regulamentam o ANPP até chegar nas regras do acordo de leniência e da colaboração premiada.

5 CONCLUSÃO

A nova redação dada pela Lei 13.964/2019 ao artigo 17, §1º da LIA representou um grande avanço no combate à corrupção.

O legislador, no entanto, perdeu a oportunidade de encerrar de vez com as discussões acerca da solução consensual no âmbito da improbidade administrativa, mediante o equacionamento de outro aspecto que até então vinha gerando grave insegurança jurídica: a ausência de regulamentação de aspectos procedimentais e materiais dessa espécie de acordo.

Isso, porém, não impede a efetiva implementação do Acordo de Não Persecução Cível, cuja consecução pode ser dar por meio de uma construção hermenêutica e de interpretação sistemática com outros institutos semelhantes, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes.

Para tanto, mediante um paralelismo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, propõe-se a regulamentação da matéria a partir de uma escala gradual de gravidade de fatos, iniciando pelas regras que disciplinam o TAC, passando pelas do ANPP, até chegar nas do acordo de leniência e da colaboração premiada.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. *Gen Jurídico*. Publicado em 05/03/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 de ago. de 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, 2005.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- _____, O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais, publicado site CONAMP, em 8 de fev. 2019. Disponível em: O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.208 de 10 de maio de 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5E1D8BB266B0FA06B2B4BF7CDE0D808.proposicoesWebExterno2?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016. Acesso em: 19 de ago de 2020.
- _____, Supremo Tribunal Federal. HC 127.483. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27/8/2015. *Diário da Justiça, Brasília, DF, 4 fev. 2016*.
- _____, Conselho Nacional de Justiça. *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. 1ª Edição Série Justiça Pesquisa. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida; et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- _____, Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução n.º 179/2017, de 26 de julho 2017. *Disciplina a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público*. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 16 de ago de 2020.
- CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público*. Artigo inédito; TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. *Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro*. E-book, 2020.
- CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 77, jul./set. 2020 Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução nº 1193/2020, de 11 de março de 2020. Disciplina o acordo de não persecução cível no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, regulamentando o disposto no 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 e no art. 7º, § 2º da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf. Acesso em: 7 de set. 2020.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. 1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAJARDONI, Luiz Fernando da; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: RT, 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 141, Edição Especial, set. 2017.

LOPES JR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Conjur. 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere remedio-ou-veneno>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274, dezembro/2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Roteiro de Colaboração Premiada. São Paulo: Mimeo, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. Revista de Direito Administrativo, nº 231, jan./mar. 2003.

NEGRI, Moreira Rafael. A (Im)possibilidade de o Ministério Público Transacionar em Ação de Improbidade Administrativa. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Disponível: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdfRafaelBarrosoMoreiraNegri.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de processo, v. 303, maio/2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. Disponível: <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/>

camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes. Acesso em: 23 ago. 2020.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. – Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Coordenação: Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

**LEI Nº 13.431/2017:
CONSIDERAÇÕES PARA SUA CONCRETIZAÇÃO
NO ESTADO DO PARANÁ**

Luciana Linero¹
Vanessa Milene de Santana²

INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO E NORMATIVAS

Com o advento da Lei 13.431/2017, que estabeleceu o sistema de garantia de direitos³ da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, inaugurou-se nova sistemática para assegurar a proteção integral, oportunidades e facilidades para preservação da saúde física e mental, bem como o desenvolvimento moral, intelectual e social da criança e adolescente submetidos a situação de violência, seja na condição de vítima ou de testemunha de violência.

A imperatividade traçada pela normativa exige, por parte dos órgãos integrantes do sistema de garantia de direitos, a adoção de mecanismos que previnam e coíbam a violência contra a criança e adolescente.⁴ Nesse sentido, a organização e adaptação das estruturas físicas e humanas (tais como a instalação de salas, equipamentos, capacitação de profissionais, etc., na forma dos arts. 14 e 16, do aludido diploma legal) são ações imprescindíveis para efetivação dessa nova sistemática por parte dos órgãos envolvidos. Note-se que, a implementação de atendimento integrado e qualificado, e em espaço acolhedor, além de afastar a violência institucional, e eventual revitimização da criança ou adolescente que já se encontra em situação de violência (art. 4º, IV),⁵ também possibilita a obtenção de provas qualificadas para fins de responsabilização do agressor.

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (junho/1995), atualmente designada no Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança, do Adolescente e da Educação, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994); llinero@mppr.mp.br.

² Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná (2010), lotada no Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança, do Adolescente e da Educação, Especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR (2014), Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009); vanessa.santana@mppr.mp.br.

³ “Art. 7º Os órgãos, os programas, os serviços e os equipamentos das políticas setoriais que integram os eixos de promoção, controle e defesa dos direitos da criança e do adolescente compõem o sistema de garantia de direitos e são responsáveis pela detecção dos sinais de violência.”

⁴ Consoante preceituado pela Constituição Federal, em seu artigo. 227, pela Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º e 5º), pela Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, a Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais.

⁵ “Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência: [...] IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização”.

O Decreto nº 9.603, de dezembro de 2018, que regulamentou a Lei nº 13.431/2017, traçou conceitos para definir a violência institucional, a revitimização, o acolhimento ou acolhida e serviço de acolhimento no âmbito do Sistema Único de Assistência Social - Suas, considerando-os, respectivamente (art. 5º):

I - *violência institucional* - violência praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência;

II - *revitimização* - discurso ou prática institucional que submeta crianças e adolescentes a procedimentos desnecessários, repetitivos, invasivos, que levem as vítimas ou testemunhas a reviver a situação de violência ou outras situações que gerem sofrimento, estigmatização ou exposição de sua imagem;

III - *acolhimento ou acolhida* - posicionamento ético do profissional, adotado durante o processo de atendimento da criança, do adolescente e de suas famílias, com o objetivo de identificar as necessidades apresentadas por eles, de maneira a demonstrar cuidado, responsabilização e resolutividade no atendimento; e

IV - *serviço de acolhimento no âmbito do Sistema Único de Assistência Social - Suas* - serviço realizado em tipos de equipamentos e modalidades diferentes, destinados às famílias ou aos indivíduos com vínculos familiares rompidos ou fragilizados, a fim de garantir sua proteção integral.

A Lei 13.431/17 consagra duas figuras diversas de procedimento para escuta de crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, para fins de afastar eventual violência institucional e sua consequente revitimização, definindo-as nos artigos 7º e 8º, a saber:

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

No âmbito do Estado do Paraná, a partir da publicação da Lei 13.431/17 e do decreto regulamentador nº 9.603/18, foi lançada a Força-Tarefa Infância

Segura (FORTIS), concretizada pela assinatura do Pacto pela Infância⁶ - iniciativa do Governo do Estado, Tribunal de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil/PR, Associação dos Conselheiros Tutelares e do Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente - instituindo-se ações conjuntas, integradas e articuladas para prevenção e combate a crimes praticados contra criança e adolescente.

Entre as ações estabelecidas pelo Pacto pela Infância foi prevista a expedição de Decreto Estadual e de Ato Conjunto (Ação 6) para instrumentalizar a Lei Federal nº 13.431/2017. O Ato Conjunto/2019 foi editado com a apresentação de proposta de protocolo para realização da escuta especializada e do depoimento especial, bem como, para o fluxo de atendimento, a ser adotado nas Comarcas do Estado.⁷ Foram contempladas, ainda, as orientações contidas na Recomendação nº 001/2018-CEDCA/PR⁸, direcionada aos órgãos que fazem parte da rede interinstitucional de proteção da criança e do adolescente, no âmbito dos Municípios do Paraná.

Tramita, no âmbito do legislativo estadual, proposta de Lei para instituir a Força-Tarefa Infância Segura (FORTIS) em caráter permanente.⁹ Além disso, há proposta de Decreto Estadual para regulamentação da Lei 13.431/17 na esfera dos órgãos do Poder Executivo do Estado do Paraná¹⁰ e, no plano interinstitucional, proposta de Termo de Cooperação para criação de plataforma com dados gerais de violência contra criança e adolescente no Estado do Paraná, em observância ao contido na Ação 7 do Pacto Infância Segura¹¹.

1 A ESCUTA ESPECIALIZADA E O DEPOIMENTO ESPECIAL

A escuta especializada está prevista no artigo 7º e o depoimento especial no artigo 8º, ambos da Lei 13.431/2017. A primeira é o procedimento de entrevista realizado perante a rede de proteção e tem por finalidade estrita

⁶ Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/convenios/2019/pacto_pela_infancia_segura_2019.pdf ou <http://www.aen.pr.gov.br/arquivos/2202PACTOCRIANCA1.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁷ Ato Conjunto/2019. Implementação da Lei nº 13.431/2017 - TJPR, MPPR, OAB/PR, CEDCA/PR, DP/PR, Associação dos Conselheiros e Ex- Conselheiros Tutelares, Governo do Estado. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/16892135/Ato+Conjunto.pdf/e9fa937b-4fc5-aa5f-2f83-a28d468984d0>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁸ Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/cedca_pr/recomendacao_cedca_pr_001_2018_lei13431.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁹ Assembleia Legislativa do Paraná. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/index.php/pesquisa-legislativa/proposicao?idProposicao=91233> Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁰ A minuta do Decreto Estadual prevê o repasse de recursos financeiros na modalidade de fundo rotativo para as Comissões Regionais de Enfrentamento às violências, como forma de ampliar e estimular a capacitação continuada dos atores locais do sistema de garantias de direitos. Para tanto, foi necessária a indicação da fonte de recursos pelo gestor A proposta tramita perante à Procuradoria-Geral do Estado.

¹¹ Ação 7 - Serviço Integrado de Recebimento e Monitoramento de Denúncias: Implementação e operacionalização de Sistema Integrado de Recebimento e Monitoramento de Denúncias no âmbito do Estado do Paraná e dos Municípios, com formação de base de dados compartilhada e apoio na implantação.

a coleta de elementos que possibilitem o atendimento protetivo. O segundo é realizado perante a autoridade policial ou judiciária, e tem como finalidade o recolhimento de provas para responsabilização do agressor.

A escuta especializada poderá ser executada por qualquer dos órgãos da rede de proteção (assistência social, saúde, educação e organizações da sociedade civil, além de outros voltados à defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes), na forma do art. 19, do Decreto nº 9.603/2018¹². Está sob a responsabilidade do ente público Municipal, a quem incumbe a sua implementação, especialmente, em razão da municipalização do atendimento instituída pela Lei 8.069/90 - ECA.¹³ Nesse sentido, compete a cada município estabelecer, consideradas as peculiaridades locais, protocolos e fluxos de atendimento integrado e humanizado, consoante preconizado pela Lei, com a indicação da instituição (ou instituições) e profissionais que realizarão a função, a responsabilidade de cada serviço, entre outras medidas, a serem executadas no prazo de 180 (cento e oitenta), na forma do art. 9º do Decreto n. 9603/18:¹⁴

Art. 9º Os órgãos, os serviços, os programas e os equipamentos públicos trabalharão de forma integrada e coordenada, garantidos os cuidados necessários e a proteção das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, os quais deverão, no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de publicação deste Decreto:

[...] II - definir o fluxo de atendimento, observados os seguintes requisitos:

[...] e) o papel de cada instância ou serviço e o profissional de referência que o supervisionará será definido; e

Entre os tipos de violência elencados pela Lei n. 13.431/17 a violência institucional (art. 4º, IV) é “entendida como a praticada por instituição pública

¹² Art. 19. A escuta especializada é o procedimento realizado pelos órgãos da rede de proteção nos campos da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos, com o objetivo de assegurar o acompanhamento da vítima ou da testemunha de violência, para a superação das consequências da violação sofrida, limitado ao estritamente necessário para o cumprimento da finalidade de proteção social e de provimento de cuidados.

¹³ Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento;” [...] “Art. 99. III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais.

¹⁴ Ver, também, a Recomendação nº 001/2018 - CEDCA/PR, que dispõe sobre os fluxos de atendimento a serem adotados pela rede de proteção dos Municípios. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/cedca_pr/recomendacao_cedca_pr_001_2018_lei13431.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

ou conveniente, inclusive quando gerar revitimização”. Somente por meio de um atendimento qualificado e integrado será possível evitar que a criança ou adolescente tenha que relatar contínuas vezes a violência sofrida.

Nesse sentido, a referida Lei assinala que “a criança ou adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial” (art. 4º, §1º) e, enquanto instrumentos para afastar o processo de revitimização,¹⁵ serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência (art. 10). Compete ao Poder Público assegurar-lhes essas condições e ambiente seguro para que possam se expressar livremente de acordo com suas necessidades, características e particularidades (art. 8º, Dec. n. 9.603/18).¹⁶ Em qualquer das modalidades - de escuta especializada ou depoimento especial - é indispensável que o atendimento seja conduzido por profissional capacitado.

No que se refere ao depoimento especial, que está sob a responsabilidade do Poder Judiciário e da Secretaria de Estado da Segurança Pública, inclusive quanto à sua implementação, a Corregedoria-Geral da Justiça - TJPR, expediu o Provimento nº 287/2019¹⁷, contendo as orientações gerais para a capacitação de servidores, identificação e instalação de salas para realização do procedimento, as atribuições dos seus órgãos internos, assim como para o estabelecimento de trabalho de acordo com a realidade de cada Comarca, entre outras.

¹⁵ Em: “Lei 13.431 - passo-a-passo após a denúncia de violência sexual contra a criança e o adolescente”. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/2019/09/162/#::~:~:text=Todos%20os%20mu%20nic%C3%ADpios%20brasileiros%2C%20sem,de%20um%20atendimento%20integrado%20e.> Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁶ Orientações complementares podem ser extraídas da obra: “Centros de Atendimento Integrado a Crianças e Adolescentes vítimas de violência. Boas Práticas e Recomendações para uma Política Pública de Estado”. Disponível em: https://www.childhood.org.br/publicacao/Livro_Crianc%CC%A7a_Adolescente.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁷ Destaca-se, especialmente, o artigo 2º: “compete ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude do Paraná - CONSUI/PR: I - Orientar e capacitar os servidores do Poder Judiciário em relação às técnicas a serem aplicadas no procedimento do depoimento especial; II - Promover cursos voltados à capacitação de todos os profissionais que realizarão o procedimento;...IV - Orientar sobre o estabelecimento de fluxos de trabalho adequados ao bom desenvolvimento das atividades, observada a realidade da Comarca; V - Adotar as medidas necessárias à efetivação do procedimento de depoimento especial no Poder Judiciário do Estado do Paraná;...”; o artigo 6º: “competem à Corregedoria-Geral da Justiça a fiscalização e a adoção das medidas necessárias ao efetivo cumprimento do presente Provimento pelos servidores do Poder Judiciário do Estado do Paraná.” Ainda, o artigo 7º: “o depoimento especial será realizado em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência”. Grifou-se. Em: Provimento nº 287/2019 - TJPR. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atmos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f2b7ceb871026f5b660b37ebac0ac0f388bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em: 20 mar. 2021.

Além disso, a Resolução n. 299/2019-CNJ¹⁸, em seu artigo 7º, é contundente ao indicar que “a implantação das salas de depoimento especial é obrigatória em todas as comarcas do território nacional”, consoante a Lei no 13.431/2017, “por tratar-se de direito de todas crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência apresentar suas narrativas de forma segura, protegida e acolhedora”.

Observa-se, portanto, que há toda uma regulamentação, a ser adotada pelos órgãos integrantes do sistema protetivo e de justiça, orientada para efetiva implantação da escuta especializada e do depoimento especial.

2 PROFISSIONAIS E EQUIPES TÉCNICAS

O Decreto n. 9603/18 dispõe que a escuta especializada será realizada por profissional capacitado (art. 20), integrante do sistema de garantia de direitos, que participará de cursos de capacitação para o desempenho adequado das funções previstas na Lei, respeitada a disponibilidade orçamentária e financeira dos órgãos envolvidos (art. 27).

Da mesma forma, a Recomendação nº 001/2018-CEDCA/PR,¹⁹ orienta que (item 2.1):

1.4. Todo Município deverá dispor de um número suficiente de profissionais de referência de cada política setorial (saúde, educação, assistência social, segurança pública) com qualificação específica para realização da escuta especializada. [...]

Parágrafo único. O serviço de que trata o caput deste item poderá ser organizado a partir da designação de profissionais dos órgãos que já compõem a rede de proteção local.

Levando em conta as diversas realidades dos diferentes municípios, a lei não estabeleceu a formação específica em determinada área do conhecimento para o profissional que realizará a escuta especializada, sendo certo que mencionou apenas uma capacitação específica (v.g. art. 70-A, inciso III, do ECA), tampouco definiu o número mínimo de profissionais, apenas em número suficiente, com qualificação técnica para realização da função, (art. 5º, VII e XI, da aludida Lei 13.431/17).²⁰

¹⁸ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000346201912045de6f7e29dcd6.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹⁹ Recomendação 01/2019- CEDCA. Disponível em: http://www.cedca.pr.gov.br/arquivos/File/notas_técnicas/RECOMENDACAO_DO_CEDCA_-_001.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

²⁰ Art. 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base,

Esses profissionais são vinculados a cada política setorial do Município (saúde, educação, assistência social, segurança pública, entre outros que poderão ser identificados somente a partir da realidade de cada município) e é recomendável que a equipe possa contar com o número suficiente de profissionais capacitados, a fim de atender as especificidades de concessão de férias e licenças, bem como propiciar a discussão colegiada dos casos complexos na definição das estratégias de atendimento que serão adotadas.

Comumente os profissionais dos Centros de Referência de Assistência Social são preferencialmente indicados para acompanhamento de crianças e adolescentes em situação de violência e de suas famílias (§2º, do art. 12, Decreto 9603/18).²¹ Entretanto, essa preferência se refere, mais especificamente, à atuação na proteção social básica, pois no que concerne a escuta especializada, a responsabilidade se estende a todos os profissionais das respectivas áreas setoriais relacionadas.

Portanto, somente a capacitação técnica multidisciplinar poderá garantir o atendimento mais qualificado, consoante as diretrizes estabelecidas pela Lei 13.431/17 e pelo Decreto 9603/18, no sentido de que seja realizado com foco na proteção e na não revitimização - dentro da política instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que orienta pelo compartilhamento das diversas áreas do conhecimento sobre a violação de direito analisada.

Assim, incumbe a cada Município, dentro da sua realidade, construir seus equipamentos, protocolos e fluxos de atendimento. Todavia, tem o dever de instituir e manter o serviço por meio da “identificação do órgão ou setor responsável que, por sua vez, deverá promover a interlocução (e integração operacional) entre os órgãos de proteção e o sistema de Justiça” além dos demais integrantes do Sistema de Garantia de Direitos (aí incluídos o Ministério Público, o sistema de segurança pública, o Conselho Tutelar), isso para que a vítima possa acessar todos os atendimentos necessários dentro de um fluxo pré-estabelecido.²²

entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a: [...] VII - receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguardo contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo; [...] XI - ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial.

²¹ Art. 12. O Suas disporá de serviços, programas, projetos e benefícios para prevenção das situações de vulnerabilidades, riscos e violações de direitos de crianças e de adolescentes e de suas famílias no âmbito da proteção social básica e especial. § 1º A proteção social básica deverá fortalecer a capacidade protetiva das famílias e prevenir as situações de violência e de violação de direitos da criança e do adolescente, além de direcioná-los à proteção social especial para o atendimento especializado quando essas situações forem identificadas. § 2º O acompanhamento especializado de crianças e adolescentes em situação de violência e de suas famílias será realizado preferencialmente no Centro de Referência Especializado de Assistência Social - Creas, por meio do Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos, em articulação com os demais serviços, programas e projetos do Suas. §3º. Onde não houver Creas, a criança ou o adolescente será encaminhado ao profissional de referência da proteção social especial.”

²² Comentários à Lei 13.431/2017. Murillo José Digíacomo e Eduardo Digíacomo. Disponível

Os profissionais de referência não precisam ser necessariamente exclusivos para realização desse atendimento especializado (a necessidade ou não dependerá da demanda a ser atendida). Entretanto, há recomendações e vedações éticas contidas nos diversos códigos das especialidades para que não se confunda o atendimento inicial, de acolhimento e acompanhamento dos casos de crianças e adolescentes em situação de violência, com os atendimentos ordinários realizados na rede de saúde e socioassistencial, sendo indicado, sempre que possível, a não cumulação de tais funções²³.

A Lei 13.431/17 dispõe, ainda, sobre a imprescindibilidade do adequado aparelhamento dos órgãos de segurança pública e do Sistema de Justiça, que deverão ser compostos por corpo técnico habilitado para realização do depoimento especial. O Estatuto da Criança e do Adolescente assinala que “cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude” (art. 150).

Por outro lado, os recursos humanos existentes não são suficientes para atendimento da demanda. Assim, com a publicação da Lei nº 13.509/2017, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi possibilitado à autoridade judicial, a nomeação de perito²⁴, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Civil, “na ausência ou insuficiência de servidores públicos integrantes do Poder Judiciário responsáveis pela realização dos estudos psicossociais ou de quaisquer outras espécies de avaliações técnicas”.²⁵

Tal orientação foi reproduzida no Provimento nº 287/2019²⁶, da Corregedoria-Geral da Justiça do Paraná, inclusive, com a ressalva para observância da não nomeação não recair sobre profissional vinculado a outros atendimentos prestados à vítima, sua família, ou agressor:

em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

²³ Nesse sentido, a Nota Técnica n. 02/2016 - SNAS-MDS. https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/nota_tecnica_120520016.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁴ Resolução Nº 233 de 13/07/2016 - CNJ, dispõe sobre a criação de cadastro de profissionais e órgãos técnicos ou científicos no âmbito da Justiça de primeiro e segundo grau. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2310>. Acesso em: 25 fev. 2021.

²⁵ A Instrução Normativa n.º 07/2016 CGJ/TJPR dispõe sobre o “Cadastro de Auxiliares da Justiça” - CAJU, no âmbito do Judiciário paranaense. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/publicacao_documentos/materias/ajax.do?jsessionid=caf37f6221b1caddec5e468aab33?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f3f4c2fa0c62c725d481c2f4e6de53e218bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em: 10 mar. 2021.

²⁶ Provimento n. 287, de 1º fevereiro de 2019 - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Regulamenta os procedimentos afetos ao depoimento especial no Poder Judiciário do Estado do Paraná. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atmos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f86987801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f2b7ceb871026f5b660b37ebac0ac0f388bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em 15 mar. 2021.

Art. 18. O Magistrado, ao receber a representação ministerial, determinará a realização de avaliação preliminar do caso pelo profissional especializado a serviço do Juízo.

I - O entrevistador responsável por executar o depoimento especial deve comprovar capacitação para realizar o procedimento, a qual deve ser reconhecida pelo Tribunal de Justiça.

II - Na inexistência de profissional especializado na equipe do Poder Judiciário, será nomeado, pelo Juízo, profissional capacitado que não realize outros atendimentos ao suposto agressor, à suposta vítima ou às respectivas famílias.

III - O profissional especializado responsável pelo acompanhamento do procedimento da vítima ou da testemunha no processo judicial, seja regular ou em ação de produção antecipada de provas, indicará o procedimento que será adotado: depoimento especial ou perícia técnica. [...]

Art. 20. No caso de ser determinada a realização de perícia técnica, esta seguirá o rito próprio das perícias judiciais. Grifou-se.

Diante desse contexto, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação n. 299/2019²⁷ orientando, aos tribunais estaduais e federais, sobre a possibilidade de celebração de convênios para composição de equipe técnica para realização do depoimento especial, incumbindo ao Judiciário a capacitação e treinamento dos profissionais que lhes forem cedidos (par. único, art.11), “até a regularização do seu quadro funcional” (art. 11), pois mantida expressamente a preferência pela atuação de profissionais que integram o quadro de servidores da respectiva unidade da federação, e, também, porque a cessão de servidores deve ocorrer somente em caráter temporário²⁸.

No que concerne à cessão de agentes públicos é imprescindível a prévia existência de lei regulamentando-a. Na esfera municipal, em geral, o tema é tratado na Lei Orgânica ou no estatuto dos servidores públicos. Assim, desnecessária lei específica para autorização da cessão, bastando, além do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, a norma

²⁷ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000346201912045de6f7e29dcd6.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

²⁸ Em Diretrizes para a Cedência de Servidores Públicos. Leonardo Dumke Busatto. Disponível em: https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2017/DIRETRIZES_PARA_A_CEDENCIA_DE_SERVIDORES_PUBLICOS.pdf. Acesso em: 25/03/21.

anterior que estabeleça as regras para aplicação do instituto.²⁹ Nesse sentido, a Resolução 12180/1997 do Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Paraná que orienta sobre a possibilidade de cessão de servidores públicos municipais a outros órgãos somente quando houver Lei no âmbito municipal que regule tal matéria.³⁰

De toda forma, a carência de estrutura do sistema de justiça e órgãos de segurança pública não deve sobrecarregar a rede de proteção do Município, pois, além da função vir a recair sobre profissional que já realiza o atendimento na esfera protetiva - situação muito provável nos municípios de pequeno porte - poderá ainda, se tornar a única opção para coleta de elementos, o que ensejará o desvirtuamento da própria Lei.

Isso não afasta, todavia, a importância da articulação entre os integrantes da rede de proteção e os demais atores do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. Isso porque é indispensável que o atendimento de caráter protetivo - e a depender das circunstâncias, a realização da escuta especializada - seja integrado às ações das demais esferas (judicial ou policial), especialmente, para se evitar a repetição de diligências. O que não deve acontecer, sob o pretexto de se tratar das ações integradas e articuladas entre os órgãos (previstas no art. 70-A, incisos II, III e VI, da Lei 8.069/90³¹), é a transferência das funções dos profissionais do sistema de justiça e de segurança pública para a rede de proteção.

Assim, a rede de proteção não só pode como deve trabalhar de forma integrada com os demais órgãos, mas sob o viés protetivo, com foco na prevenção de violências e a promoção das crianças e adolescentes e de suas famílias, bem como, auxiliando na identificação de evidências para o enfrentamento de violências.

²⁹ Diretrizes para a Cedência de Servidores Públicos [...].

³⁰ Resolução n. 12180/1997 do Tribunal Pleno. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-12180-1997-do-tribunal-pleno/5856/area/242#Ementa>. Acesso em: 20 mar. 2021.

³¹ Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:[...] II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente; III - a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente....VI - a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Grifou-se.

3 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Preceitua o artigo 11, da Lei n. 13.431/17 que “o depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado”.

A produção antecipada de provas será necessariamente adotada quando se tratar de criança com menos de 07 (sete) anos de idade e nos casos de violência sexual (§1º, art. 11). Será assegurado, à criança ou adolescente, dentre outros, o acompanhamento por profissional especializado, a adaptação das perguntas à linguagem de sua melhor compreensão, a livre narrativa, local apropriado e acolhedor, ser ouvido diretamente pelo juiz (se assim entender), ser resguardado de qualquer contato com o autor ou acusado (art 12, da Lei 13.431/17 e art. 26, do Dec. 9.603/18).³²

Contudo, e embora o depoimento especial tenha como escopo a produção de prova para o processo de investigação e de responsabilização do agressor, é recomendável que a autoridade policial e a judiciária avaliem, consideradas as demais provas existentes, a indispensabilidade da medida (arts. 19 e 22/Dec. 9.603/18), com vistas a preservar a saúde física, mental e o desenvolvimento moral, intelectual e social da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência.

Assim, a produção de prova para fins penais deverá ser compatibilizada com os direitos fundamentais da criança e do adolescente, a ser avaliada, quando possível, em procedimento preliminar, por profissional especializado a serviço do juízo criminal, que indicará o procedimento mais adequado a ser adotado: depoimento especial ou perícia. Nessa senda, o “Protocolo de escuta especializada e depoimento especial”, Anexo I, do Ato Conjunto/2019³³, e art. 19 do Provimento 287/19-CGJ-TJPR³⁴.

³² Rossato, Luciano Alves. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8069/90 – comentado artigo por artigo. Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore, Rogério Sanches Cunha. 11. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 146-147.

³³ Cláusula Quarta - Formas de escuta para fins penais. [...] 4.1. A produção da prova judicial para fins penais deverá compatibilizar a necessidade do meio probatório no processo com a defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, com observância do seu estágio de desenvolvimento, a ser aferido, quando viável, por meio de avaliação preliminar do profissional especializado a serviço do Juízo criminal, que após o estabelecimento do rapport, terá condições de avaliar o grau de compreensão e as condições psicológicas e emocionais das vítimas ou testemunhas, sua concordância em ser ouvida em juízo, sua condição de acesso à memória, sem mencionar nesta fase os fatos descritos na denúncia. Grifou-se.

³⁴ Art. 19. Para o procedimento de avaliação preliminar, que visa à indicação do procedimento adequado ao caso, observando-se a compatibilização entre a necessidade do meio probatório no processo e a garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, devem ser considerados os seguintes aspectos: I - A disposição e concordância da vítima ou testemunha em se manifestar; II - As condições psicológicas e desenvolvimentais para manifestação; III - A capacidade cognitiva para acesso mnemônico.

Isso porque, além do depoimento especial, a Lei 13.431/2017 não veda a realização de outros meios de prova, desde que respeitada a condição da vítima - e que se evite a sua revitimização - permanecendo plenamente possível a realização da perícia psicológica, que poderá ser a medida mais indicada em razão das características pessoais da criança ou do adolescente.

Logo, a busca pela verdade dos fatos e responsabilização do agressor não deve se sobrepor ao direito da criança e do adolescente de ser preservado de qualquer forma de violência. Nesse sentido, é indispensável que haja interlocução com a rede de proteção para viabilizar o melhor momento para a produção desta prova, bem como, o planejamento de estratégias para o atendimento de saúde para superação do trauma, quando necessário, sem que ocorra uma nova intervenção, a fim de minimizar os impactos que a experiência de reviver a violência sofrida ou testemunhada.

4 ATENDIMENTO INTEGRADO

Incumbe aos Estados e municípios, cada qual na sua esfera de atuação, a criação de fluxos e mecanismos de integração para o atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violências, de preferência, na modalidade de Centros Integrados de Atendimento, com o estabelecimento de normas técnicas para a escuta especializada e capacitação dos profissionais da rede de proteção.

Note-se que, a Lei 13.431/2017 também estabeleceu como função desta estrutura ou órgão responsável por receber as comunicações de violência, o monitoramento do atendimento - funcionando como serviço que acompanha todo o atendimento necessário para a criança ou adolescente vítima - bem como, a articulação com o sistema de justiça, quando necessário. Não está aqui a se falar meramente no encaminhamento dos casos, mas sim de um serviço responsável por acompanhar o atendimento integral, com vistas a atingir sua plena eficiência, na forma do preceituado pelo artigo 14, da Lei 13.431/17.³⁵ Este serviço deve ser responsável por centralizar os dados das violências, com o intuito de manter informações que possam ser embasadoras de planejamentos futuros e de aperfeiçoamento do próprio sistema de atendimento local.³⁶

No que tange o sistema de segurança pública, incumbe-lhe a articulação para criação de delegacias especializadas na investigação de suspeitas ou ocorrências

§1º. Deverá ser verificada, ainda, a existência de relatórios de avaliação ou laudos periciais já realizados na fase inquisitorial ou perante outros Juízos, principalmente pelas Varas de Família e Infância e Juventude, juntando-os ao processo. §2º. Caso a avaliação preliminar leve à conclusão de que a submissão a qualquer dos procedimentos poderá gerar a violação dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente vítima ou testemunha, deve ser emitido parecer justificando a não intervenção. Grifou-se.

³⁵ Art. 14. As políticas implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência; §1º. As ações de que trata o caput observarão as seguintes diretrizes: [...] III - estabelecimento de mecanismos de informação, referência e contrarreferência e monitoramento. Grifou-se.

³⁶ Art. 14. [...] § 1º [...] III - monitoramento e avaliação periódica das políticas de atendimento.

de violências contra crianças e adolescentes, criar ambientes acolhedores, bem como, estabelecer procedimentos operacionais para a tomada de depoimento e desenvolver ações continuadas de formação dos agentes policiais e das equipes técnicas envolvidas no atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violências.

Ao sistema de Justiça, compete tomar iniciativas legais e orçamentárias para criação das varas especializadas, estabelecer procedimentos para a tomada de depoimento em sede de produção antecipada de provas, desenvolver ações continuadas de formação das autoridades judiciais e das equipes técnicas envolvidas nos processos de investigação e judicialização de crimes sexuais contra crianças e adolescentes.³⁷

5 CONCLUSÃO

Na prática, várias serão as hipóteses de atendimento dos casos, devendo o Sistema de Garantias de Direitos da Criança e Adolescente vítima ou testemunha de violência articular-se para estabelecer tantos fluxos quantos necessários para atender as necessidades locais. Sendo, contudo, de extrema importância, que estes fluxos e portas de atendimento sejam de conhecimento de todos os órgãos e programas que trabalham na proteção, promoção e defesa de direitos de crianças e adolescentes e da população em geral.

Ainda, que os fluxos sejam sempre construídos a partir do compartilhamento das informações entre os órgãos protetivos e os órgãos de responsabilização, a fim de se evitar a revitimização com a nova intervenção e oitiva da vítima, primando-se, também, por outras formas de coleta das informações, necessárias ao atendimento a ser realizado. Por exemplo, em situações de flagrante de crimes cometidos contra crianças e adolescentes será comum que a coleta das informações relativas à violência seja realizada pela Delegacia de Polícia através do depoimento especial, ou mesmo de escuta especializada (em casos de falta de estrutura para a necessária gravação do depoimento) por profissionais capacitados da própria Delegacia. Nessas situações, o compartilhamento das informações será realizado com a rede de proteção para possibilitar a compreensão do fenômeno da violência ocorrida e a articulação das estratégias de proteção que serão aplicadas no caso.

Por outro lado, pode ocorrer o inverso, ou seja, que a situação chegue ao conhecimento da rede de proteção através da revelação espontânea ou de comunicação de suspeita de violência por qualquer órgão de atendimento. Aqui, a rede realizará a escuta especializada com foco na compreensão do fenômeno da violência para articulação de estratégias protetivas, mas deverá compartilhar o instrumento ou relatório da escuta especializada com o sistema de responsabilização do agressor - sempre que esta violência se revista na prática

³⁷ Em "Atendimento integrado a crianças vítimas ou testemunhas de violências no planejamento plurianual nos Municípios e Estados Brasileiros 2018 - 2021. Implementando a Lei 13.431/2017". Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/childhood/crianca_adolescente__cart_ilha_childhood2017.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

de crime. Este, por sua vez, deve prezar pelo aproveitamento do relato sem a necessidade de realização de nova escuta da vítima, ou em sendo impossível, que se faça como antecipação de prova na esfera judicial, a fim de diminuir o número de intervenções com a vítima para o relato da experiência traumática vivenciada.

A integração entre os sistemas protetivo e repressivo é primordial para definição, de forma articulada, da melhor maneira para realização das intervenções, no caso concreto, levando-se sempre em consideração o interesse superior da criança e do adolescente, bem como sua aptidão para falar sobre o ocorrido (ou seja, em que momento se dará a escuta e qual a melhor forma de realizá-la), a fim de possibilitar tanto a persecução criminal, quando for o caso, quanto a intervenção protetiva por meio da rede de proteção social.

É indispensável, outrossim, que os profissionais que realizam o atendimento sejam minimamente capacitados sobre a política de atendimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, tanto para atuar de forma adequada e acolhedora nos casos de revelação espontânea, quanto para direcionar situações de ocorrência ou de suspeita de ocorrência para as devidas portas de entrada locais.

Muitos são ainda os desafios para a plena implementação do sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes em situação de violência, mas a criação de uma rede de proteção estadual, identificada como FORTIS, tem possibilitado a ampliação do debate e a participação de vários atores contribuindo para a discussão qualificada e o avanço na implementação de políticas públicas de defesa dos direitos de crianças e adolescentes no Estado do Paraná³⁸.

Como principais propostas, ainda em estágio de discussão, temos: a) a edição do Decreto de regulamentação estadual que estabelece metodologia, orientação e instrumental para a coleta da revelação espontânea, bem como a capacitação continuada do sistema de garantia de direitos através da criação das comissões regionais de enfrentamento de violências - que passarão a atuar como potencializadores regionais das ações integradas no enfrentamento das violações dos direitos infantojuvenis; b) a criação de plataforma de integração dos dados de violação de direitos dos diversos setores e políticas públicas, que contribuirá para a construção de um mapa da violência no Estado, e possibilitará o planejamento de ações estratégicas para o seu enfrentamento e a definição de políticas públicas mais eficazes; c) a implantação de Centros Integrados de Atendimento em locais estratégicos, como projetos pilotos desta nova forma de atendimento integrado nos Municípios e; d) o estabelecimento de normativa específica para a realização da escuta especializada e depoimento especial dentro das unidades privativas e restritivas de liberdade do sistema estadual socioeducativo, contendo protocolos e capacitação de servidores, bem como estratégias para a não revitimização dos adolescentes nos casos

³⁸ Já houve grande avanço na qualificação do sistema de garantias de direitos, inclusive, com edições de cursos de capacitação na modalidade EAD, seminários e eventos promovidos pela FORTIS, e muito ainda tem para se construir.

em que ocorram reflexos de responsabilização criminal e administrativa dos agressores, via procedimentos administrativos disciplinares, e, ainda, viabilizando ações protetivas imediatas e fluxos de comunicações aos órgãos de fiscalização e defesa dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei.

Por fim, ressalta-se que todas as ações voltadas à prevenção e repressão de violências contra criança e adolescente devem ser orientadas pelo princípio da prioridade absoluta que compreende: a) a primazia de crianças e adolescentes em receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento dos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas e; d) destinação privilegiada de recursos para sua promoção e proteção, consoante previsto no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 9.603, de 10 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Instrução Normativa n.º 07, de 22 de setembro de 2016 - Corregedoria-Geral de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Dispõe sobre o “Cadastro de Auxiliares da Justiça” - CAJU. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/publicacao_documentos/materias/ajax.do;jsessionid=caf37f6221b1ca ddec5e468aab33?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f3f4c2fa0c62c725d481c2f4e6de53e218bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em 25 fev. 2021.

BRASIL. Nota técnica nº 01/2015 da Comissão Permanente da Infância e Juventude do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/notas/nota_tecnica_copeij_n01_2015_depoimento_especial.pdf. Acesso em 20 mar. 2021.

BRASIL. Resolução nº 233, de 13 de julho de 2016 - Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Dispõe sobre a criação de cadastro de profissionais e órgãos técnicos ou científicos no âmbito da Justiça de primeiro e segundo grau. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2310>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Resolução nº 299, de 05 de novembro de 2019 - Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000346201912045de6f7e29dcd6.pdf>. Acesso em 25 fev. 2021.

BUSATTO, Leonardo Dumke. Diretrizes para a Cedência de Servidores Públicos. Disponível em: https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2017/DIRETRIZ_ES_PARA_A_CEDENCIA_DE_SERVIDORES_PUBLICOS.pdf. Acesso em 25/03/21.

CHILDHOOD Brasil. Atendimento integrado a crianças vítimas ou testemunhas de violências no planejamento plurianual nos Municípios e Estados Brasileiros 2018-2021. Implementando a Lei 13.431/2017. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/childhood/crianca_adolescente__cartilha_childhood2017.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

CHILDHOOD Brasil. Centros de Atendimento Integrado a Crianças e Adolescentes vítimas de violência. Boas Práticas e Recomendações para uma Política Pública de Estado/ Benedito Rodrigues dos Santos, Daniella Rocha Magalhães, Itamar Batista Gonçalves. São Paulo: Instituto WCF/Brasil, 2017. Disponível em: https://www.childhood.org.br/publicacao/Livro_Crianc%CC%A7a_Adolescente.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

CHILDHOOD Brasil. Escuta de Crianças e Adolescentes em situação de violência sexual. Aspectos teóricos e metodológicos. guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes/organizadores, Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves, Gorete Vasconcelos; (coords.)

Paola Barbieri, Vanessa Nascimento, Brasília, DF: EdUCB, 2014. 396 p. Disponível em: <https://www.childhood.org.br/publicacao/guia-de-referencia-em-escuta-especial-de-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-violencia-sexual-aspectos-teoricos-e-metodologicos.pdf> . Acesso em: 25 fev. 2021.

DIGIÁCOMO, E; Digiácomo, M. J. Comentários à Lei 13.431/2017. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança, do Adolescente e Educação. Curitiba, 2018. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em 28 fev. 2021.

PARANÁ. Ato Conjunto/2019. Implementação da Lei nº 13.431/2017 - TJPR, MPPR, OAB/PR, CEDCA/PR, DP/PR, Associação dos Conselheiros e Ex- Conselheiros Tutelares, Governo do Estado. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/16892135/Ato+Conjunto.pdf/e9fa937b-4fc5-aa5f-2f83-a28d468984d0>. Acesso em: 25 fev. 2021.

PARANÁ. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Criança, do Adolescente e Educação. Ministério Público do Estado do Paraná. Lei 13.431 - passo a passo após a denúncia de violência sexual contra a criança e o adolescente. Disponível em PARANÁ. <http://crianca.mppr.mp.br/2019/09/162/#:~:text=Todos%20os%20munic%C3%ADpios%20brasileiros%2C%20sem,de%20um%20atendimento%20integrado%20e>. Acesso 25 fev. 2021.

PARANÁ. Pacto Infância Segura. Força-Tarefa Infância Segura. Prevenção e Combate a Crimes contra Criança e Adolescente. Curitiba, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/convenios/2019/pacto_pela_infancia_segura_2019.pdf. ou <http://www.aen.pr.gov.br/arquivos/2202PACTOCRIANCA1.pdf> . Acesso em: 25 fev. 2021.

PARANÁ. Provimento n. 287, de 1º fevereiro de 2019 - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Regulamenta os procedimentos afetos ao depoimento especial no Poder Judiciário do Estado do Paraná. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f2b7ceb871026f5b660b37ebac0ac0f388bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em 15 mar. 2021.

PARANÁ. Recomendação nº 001/2018 - Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente - CEDCA/PR. Sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, conforme disposto na Lei nº 13.431, de 2017. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/cedca_pr/recomendacao_cedca_pr_001_2018_lei13431.pdf. Acesso em 25 fev. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Contas. Resolução n. 12180/1997 do Tribunal Pleno, Relator Auditor Oscar Felipe Loureiro do Amaral. Curitiba, 7 de novembro de 1997. Revista do TCE-PR. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-12180-1997-do-tribunal-pleno/5856/area/242#Ementa>. Acesso em 20 mar. 2021.

ROSSATO, L.A.; LÉPORE, R.E.; CUNHA, R. S. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8069/90 – Comentado artigo por artigo. 11. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DIREITO PENAL ECONÔMICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REQUISITOS PARA INCIDÊNCIA DO ART. 28-A NOS DELITOS ECONÔMICOS

*CRIMINAL NON-PERSECUTION SETTLEMENT AND ECONOMIC CRIMINAL LAW:
CONSIDERATIONS ON THE REQUIREMENTS FOR THE
INCIDENCE OF ART. 28-A IN ECONOMIC OFFENSES*

Adriane Garcel¹
Fábio André Guaragni²
José Laurindo de Souza Netto³

INTRODUÇÃO

Assim como a Justiça brasileira, o sistema penal encontra-se em crise: a grande maioria dos delitos cometidos nem menos alcança a persecução penal pré-processual – fase investigatória -, compondo o vasto acervo delitivo agrupado em cifra oculta, na conhecida expressão criminológica. A investigação é ineficaz, a identificação da autoria e a participação nos delitos acaba restrita aos delitos de rua, componentes da criminalidade clássica, caracterizada por possuir grande visibilidade. Neles, eventualmente ocorre a prisão em flagrante dos envolvidos, dando justa causa à ação penal e bom suporte para finais condenações, no ritmo acelerado que caracteriza feitos de réus presos. No mais, a tramitação dos processos nas varas é morosa, com diversos incidentes e muita burocracia, quando os crimes chegam às barras do sistema de justiça formal.

Este quadro é fortemente coligado a delitos econômicos. São delitos com baixa visibilidade (a respectiva percepção ou observação é difícil), pois praticados de modo discreto, no âmbito de relações negociais e trocas econômicas usuais. De outro lado, produzem baixa suscetibilidade (isto é, não tocam profundamente os sentimentos humanos, mesmo considerando-se a coletividade enquanto vítima),

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público “Estado Democrático de Direito” pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela EMATRA/UNIBRASIL. Graduada em Direito pela UNIVERSIDADE TUIUTI do Paraná e Letras pela UNIANDRADE. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mediadora Judicial. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br.

² Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Pesquisa de Pós-Doutoral na Università degli Studi di Milano (2012). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCuritiba. Email: guaragni@mppr.mp.br.

³ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: professorlaurindojin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

porquanto afrontam bens jurídicos supraindividuais, normalmente mediante geração de perigo de dano.

De modo ilustrativo, uma prática de lavagem de dinheiro tem baixa visibilidade: dá-se usualmente em ambiente financeiro virtual, em meio a um universo de trocas lícitas de capital circulante, sob aparência de legalidade, a partir de sujeitos de aparência (pessoas jurídicas, muitas vezes) e negócios de aparência (por exemplo, contratos fraudulentos). Ofende a administração da justiça, enquanto ocultação ou dissimulação da origem maculada dos bens, direitos e valores, e a ordem econômica, quando da integração do objeto material na economia, gerando perigo de dano para os citados bens supraindividuais. Enquanto fenômeno – na perspectiva kantiana de contato entre os sentidos e o universo circundante -, não se compara a um homicídio ou estupro, delitos que ofendem bens individuais, mediante menoscabo ao bem jurídico (crimes de dano), com ocorrência sensorialmente ostensiva e produtores de grande suscetibilidade⁴.

As baixas visibilidade e suscetibilidade, atreladas a crimes econômicos, tornam-nos raramente objetos de prisões em flagrante. A apuração deles depende de investigações longas, minuciosas e demandantes de expertise. Daí o mau sucesso – dentre outros fatores - do lacunoso sistema penal no enfrentamento deste fascículo de delitos. O desajuste do sistema penal, que se observa quanto aos crimes de modo geral, mais se evidencia, portanto, nos delitos econômicos.

O quadro de desajuste generalizado foi reconhecido pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, na Resolução nº. 181/2019, que aludiu, no preâmbulo, à “carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País”. A Resolução instituiu no âmbito do Ministério Público a aplicação de ANPP antes da edição do Pacote Anticrime. Ainda que almejasse bons fins, sua aplicabilidade era discutível, ante a competência privativa da União para legislar em matéria processual penal, *ex vi* art. 22, I, CR. Luísa Walter da Rosa⁵ esclarece que, antes da vigência da Lei Anticrime, a insegurança jurídica era latente. Até novembro de 2019, mais de mil acordos de não persecução foram firmados pelo Ministério Público Federal, amparados apenas na resolução do CNMP. O acordo condicionava-se à concordância do Ministério Público e magistrados, ficando o investigado à mercê da sorte, a depender do agente do Ministério Público e do magistrado designados para o processo.

De toda sorte, a Resolução 181 serviu como matriz para elaboração dos requisitos do novo instituto negocial estatuídos no art. 28-A, ora trabalhados.

De fato, atenta a este contexto, e superando a insegurança derivada da aplicação da Resolução 181/19- CNMP, a Lei Anticrime trouxe institutos direcionados para instrumentalizar uma justiça consensual como via alternativa

⁴ AJO FERNANDEZ, Miguel. “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal. In: Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 602, no mesmo sentido, alude à “neutralidade à afetividade do espectador” atinente aos delitos econômicos.

⁵ ROSA, Luísa Walter da. Negociando no processo penal após a “Lei Anticrime”: acordo de não persecução penal. Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/803743872/negociando-no-processo-penal-apos-a-lei-anticrime-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 6 mar. 2021

ao modelo tradicional de resolução do caso penal mediante processos. Objetivou, ainda, a satisfação, por intermédio da reparação de danos, à vítima.

Neste viés, o acordo de não persecução penal, com parciais pontos de contato com o *plea bargain* dos Direitos estadunidense (distinguindo-se dele, todavia, por não implicar em assunção de culpa e verdadeira imposição de pena), visa evitar o processo e resolver o caso penal pela via heterodoxa do acordo, precedido de confissão detalhada do evento, ao final da investigação. Fortalece a cultura jurídica do consenso e Justiça penal negocial, bem como desafoga o Poder Judiciário, consubstanciando-se em modelo processual distinto da mecânica tradicional, assentada sob os postulados da obrigatoriedade da ação penal e indisponibilidade de seu objeto.

Destarte, a Lei Anticrime inseriu no texto do Código de Processo Penal, em seu art. 28-A, a realização de acordo do Ministério Público com o autor da infração penal, o dito acordo de não persecução penal, desde que estejam preenchidos os requisitos nela alinhados.

A doutrina e a jurisprudência exaltam a natureza híbrida deste instituto.

A problemática do trabalho reside em colocar em confronto os requisitos previstos para incidência do acordo, tanto no caput como em alguns parágrafos do art 28-A, de um lado, com o acervo delitivo composto pelos delitos econômicos, de outro. Os delitos econômicos possuem determinadas características dogmáticas e criminológicas - estas hauridas da observação cotidiana da respectiva *praxis* - que permitem realizar certa prognose acerca do sucesso do novo espaço de consenso, representado pelo ANPP, neste universo delitivo.

No intuito de realizar observações sobre o encontro entre os requisitos do ANPP e certas características multicitadas da delinquência econômica, produzem-se, portanto, estas linhas. Primeiramente, realizar-se-á uma abordagem introdutória sobre o acordo de não persecução penal, exaltando-se os requisitos do instituto, produtores de verdadeiro cerco atinente aos limites de aplicabilidade da categoria. Passa-se pelo procedimento respectivo a sua incidência e, ao final, realiza-se a confrontação com algumas nuances dos delitos econômicos.

1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP

Os acordos realizados pelo Ministério Público não são instrumentos inovadores ou recentes na Justiça brasileira.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde 1995, prevê, para infrações de menor potencial ofensivo: a) a composição dos danos entre ofensor e ofendido, nas ações penais privadas e públicas condicionadas à representação, como causa extintiva de punibilidade (art. 74), b) a transação penal, no art. 76, que tem por objeto a emulação de penas restritivas de direitos ou multa (não são penas por não incidirem de modo cogente, e sim como resultado de acordo civil). Já o art. 89, de modo transcendente às infrações de menor potencial, dispõe sobre a possibilidade de o Ministério Público propor a suspensão condicional do processo nos crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano (à época da edição da Lei 9.099/95, identificados como infrações de médio potencial ofensivo).

Na mesma linha, o instituto da colaboração premiada também habita o campo dos espaços de consenso no processo penal. De modo precursor, ainda associada à confissão, aparece na Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional) e na Lei nº. 8.072/1990 (crimes hediondos). Ganha tons mais próximos da negociação pela Lei 9807/99 - proteção à testemunha e ao réu colaborador. Passa a ser utilizado com maior frequência – enquanto instrumento negocial - a partir do ano de 2013, mediante a Lei nº. 12.850/2013, nos marcos do art. 3º, tudo no horizonte dos meios de enfrentamento às organizações criminosas e respectivos delitos.

Este rápido painel denota a inclinação do direito penal brasileiro, nas últimas quatro décadas, a abrir-se para os espaços de consenso no processo penal. Mitigou-se a tradição de indisponibilidade do objeto da persecução penal, refletida – dentre outras consequências - na obrigatoriedade da ação penal, na impossibilidade de desistência do recurso interposto pelo MP, na oficialidade do titular da *persecutio criminis in iudicio*. Referida tradição representou corolário à ideia iluminista do Estado como detentor do monopólio da força e da realização da justiça pública, a partir de sua constituição mediante contratos sociais, com supressão da vítima como polo processual.

Porém, limites empíricos de realização destes postulados, próprios de um projeto do dever ser produzido na modernidade, representados por déficits de atuação, impositivos do reconhecimento de um caráter marcadamente simbólico para o direito penal, levaram à revisão do modelo tradicional. É fato que já existiam, mesmo nos marcos do processo penal tradicionalmente concebido, alguns espaços de consenso, sobretudo no âmbito da ação penal privada e da ação penal pública condicionada (a renúncia tácita representada pelo acordo entre os envolvidos no confronto, o perdão do querelante aceito pelo querelado). Eram excepcionais concessões ao princípio da oportunidade. Porém, resulta nítido que este princípio, como rasgadura ao antípoda da obrigatoriedade, foi gradualmente incrementado, pelo alargamento dos espaços de consenso ou justiça penal negocial, nas últimas décadas.

Neste horizonte, em acréscimo à legislação comentada, a Lei Anticrime ampliou as possibilidades de realização de acordo até então existentes com o Ministério Público e outras autoridades públicas (no caso das colaborações premiadas, o C. STF reconhece aos delegados atribuição para realizá-los, à revelia da titularidade do Ministério Público para a ação penal, constante do art. 129, I, CR). Fê-lo com o acordo de não persecução penal (ANPP). O volume de infrações penais que, em tese, permite ANPP, no *disegno di legge* do art. 28-A, pode inclusive sugerir pergunta sobre se ainda são regras os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade, ocasionalmente mitigados pelos espaços de consenso, enquanto exceções.

A inserção do art. 28-A ao Código de Processo Penal por intermédio da Lei Anticrime, certamente, privilegiou a segurança jurídica, ao demarcar limites claros para aplicação do negócio interpartes. Adiante-se que, eventualmente, fugiu à objetividade a alusão constante do caput do art. 28-A

de que o ANPP se condiciona à avaliação positiva, pelo órgão do Ministério Público, acerca da respectiva incidência como necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Há de se mencionar que o ANPP não é um direito subjetivo do infrator, mas uma via de mão dupla: atende a fins político-criminais de resolução do caso penal por via heterodoxa, aspecto representado na necessidade de haver confissão detalhada do evento. Lado contrário, conduz à extinção da punibilidade com gravames menores que aquele eventualmente resultante de sentença criminal. Não se desconhecem divergências no ponto⁶. Porém, a tendência é a repetição da solução já produzida quando dos debates sobre a natureza da suspensão condicional do processo (especialmente, súmula 696, STF), também um instrumento de política-criminal em mãos do titular da ação penal, produtor de economia processual em favor do Estado e de eventual extinção da punibilidade em favor do réu. Vale repetir o estrato produzido pelo C. STJ, na ferramenta jurisprudência em teses: “A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada.”

Independentemente, o acordo de não persecução penal veicula medida de caráter despenalizador, que visa implementar a consensualidade no Direito Penal, mediante a mitigação do princípio da obrigatoriedade disposto no art. 28 do CPP, conferindo maior segurança jurídica ao instituto adrede previsto na resolução do CNMP. Por conseguinte, materializa os princípios da eficiência e da celeridade, dispostos no art. 37, caput, art. 5.º, inciso LXXVIII e art. 129, incisos I e VI, todos da Constituição.

A respeito do tema Mazloum⁷ destaca que o instituto alarga o espaço de consenso, valorizando as soluções embasadas na vontade dos sujeitos que compõem a relação processual penal, constituindo um novo padrão de Justiça que reitera o alicerce despenalizador lançado pela antecitada Lei nº. 9.099/1995.

Igualmente, Rodrigo Leite Ferreira Cabral⁸ assevera que o acordo de não persecução segue a linha de Estados como os Estados Unidos da América e Alemanha, ao conferir para o sistema penal maior racionalidade, podendo o Ministério Público e o Poder Judiciário conferirem atenção e celeridade aos crimes de maior gravidade.

⁶ LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn1. Acesso em: 6 mar. 2021.

⁷ MAZLOUM, Ali. MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 6 mar. 2021.

⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art.18 da Resolução n181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP) – versão ampliada e revisada. In BIANCHINI, Alice. et al. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pelo Res. 183/2018. 3. ed. São Paulo: JusPodivim, 2018. p. 26.

Quanto à natureza do benefício regrado no ANPP, a doutrina e a jurisprudência entendem ser híbrida ou mista, por tratar-se de norma essencialmente processual, ao operar no binômio válido-inválido, mas produzir efeitos também de caráter material, ensejando a extinção da punibilidade após cumprido, conforme preceitua o § 13, do art. 28-A.

Conforme elucida Aury Lopes Jr., “ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP acabou por adquirir natureza mista de norma processual e norma penal”⁹. Corroborando este pensamento, assevera-se que:

Com base nos critérios extraídos da doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, é possível dizer que o acordo de não persecução penal é uma regra processual e não de direito penal material, pois sua não observância, dependendo da forma, gera ou a “não existência” ou a “não validade” dos atos realizados. Por exemplo: se a regra do art. 28-A diz que o acordo de não persecução penal é um negócio a ser entabulado entre o Ministério Público e o investigado, não poderia o juiz se substituir ao Ministério Público para formular o acordo. O juiz não possui esse poder e o ato por ele realizado seria considerado um ato juridicamente inexistente por violação da regra do art. 28-A. Noutro plano, se o §3º do art. 28-A, exige a presença do defensor do investigado para que o acordo de não persecução penal seja realizado, a não observância dessa regra implicará na não validade do ato. Portanto, se ao observar as regras, o ato pode ser considerado juridicamente existente e válido e se, ao não as observar, o ato pode ser considerado inexistente ou não válido, a regra em questão tem natureza processual penal. Não se está discutindo licitude ou ilicitude, punição ou não punição.¹⁰

Neste sentido, considerando o critério de Jorge Figueiredo Dias, prosseguem:

Levando em conta que uma vez cumprido o acordo de não persecução penal, o investigado tem declarada extinta sua punibilidade, não obstante a regra seja de natureza

⁹ LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn1. Acesso em: 6 mar. 2021.

¹⁰ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Sucessão de Leis Processuais Penais no tempo e o Pacote Anticrime. 1. ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 19.

processual penal, seu conteúdo também toca no direito penal material. Permite uma discussão de possibilidade ou não de punir o sujeito, operando, em seu conteúdo, sob a chave “punível-não punível”, o que é característico de regras de natureza penal material. E, neste passo, amplia o campo de liberdade havido em tese pelo imputado.¹¹

Deste modo, o ANPP constitui-se como regra processual com conteúdo material. Esta definição importa para efeitos importantes, como aqueles coligados ao tema da sucessão de leis penais. Institutos de natureza mista, no conflito intertemporal de leis, regem-se pela normativa estatuída no Código Penal, art. 2º, e não pelo art. 2º, CPP.

2 OS REQUISITOS E A INAPLICABILIDADE DO ANPP

Antes de confrontar os requisitos do ANPP com delitos econômicos, convém explorá-los, para melhor compreensão do instituto.

O caput do art. 28, do Código de Processo Penal, dispõe expressamente sobre os requisitos para aplicabilidade do ANPP, sem prejuízo de condicionantes constantes dos parágrafos. São eles: a formação da *opinio delicti* pela denúncia, apoiada em justa causa, enquanto início de prova coligida na investigação; confissão formal e circunstancial pelo sujeito ativo, futuro beneficiário do acordo; a ocorrência de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos; e que a medida seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Ao dispor sobre a infração penal com pena mínima inferior a quatro anos, o legislador englobou a contravenção e o crime, sendo levadas em conta para o cálculo as causas de aumento e diminuição, nos moldes do §1º. Nestes termos, havendo conexão ou continência com uma infração de menor potencial ofensivo, se a soma das penas máximas ultrapassar dois anos, aplica-se a o ANPP, dado que a pena mínima contemplada para a celebração do ANPP é de quatro anos.

Ademais, caso um crime com pena mínima inferior a 4 anos sofra aumento em sua pena fazendo com que a mínima fique igual ou superior a 4 anos, não poderá mais ser celebrado acordo. É o caso, por exemplo, do crime de lavagem de dinheiro, que em sua modalidade simples tem a pena cominada de reclusão, de 3 a 10 anos, e multa. Caso a infração venha a ser cometida de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosas recebe aumento de um a dois terços, e isso faz com que seu mínimo fique (ao menos) igual a 4 anos, e neste caso não será possível o acordo de não persecução penal (Art. 1º, § 4º, Lei 9613/1998)¹².

¹¹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Sucessão de Leis Processuais Penais no tempo e o Pacote Anticrime. Pacote Anticrime. 1. ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 20.

¹² BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou

De outra corrente, Balbi e Araújo¹³ salientam que o requisito da pena mínima apenas deverá ser levado em consideração no caso dos crimes dolosos, pois no caso dos crimes culposos, que decorrem da inobservância do dever objetivo de cuidado, o desvalor do resultado é diverso, não influenciando o patamar da pena no cabimento do acordo de não persecução. Em verdade, a lei não se restringe a delitos dolosos. De todo modo, difícil vir à memória delito culposos com pena superior a 4 anos, no marco mínimo. Eventualmente, parece-nos que resultados violentos culposos – estes sim -, não afastam o ANPP. Afinal, se a violência ou grave ameaça estão previstas no art. 28-A como modos de execução típica, e não como resultados de descuido, aí sim cabe limitar tal barreira ao ANPP para os delitos dolosos, quando cometidos através destes modais. De fato, a violência ou a grave ameaça refere-se àquela intencional contra pessoa, autorizando a aplicação do instituto para os casos que envolvam o homicídio culposo tipificado no art. 121, §3º, do CP, conforme enunciado nº. 23 do CNPG.

Adicionalmente, para preenchimento do requisito da confissão formal e circunstanciada do investigado, a confissão deverá perfazer-se perante a autoridade pública, reduzida a termo e subscrita, além de ser circunstanciada, com os mesmos detalhes que seriam, eventualmente, exigidos para a denúncia, nos moldes do art. 41, do Código de Processo Penal.

Ressalta-se que o texto indica a necessidade do investigado ter confessado o evento delitivo durante a investigação (a princípio, no bojo de inquérito policial). Menciona que o ANPP será ofertado pelo agente ministerial “não sendo o caso de arquivamento” e “tendo o investigado confessado” formal e circunstanciadamente o fato. Ora, normalmente, o promotor verifica se o caso é de arquivamento finalizada a investigação. Nela, pois, já há de existir a confissão! É o que ressaí da literalidade do texto. Negando-se ou deixando de comparecer ao órgão investigatório, não é obrigatório conceder ao investigado oportunidade para fins de viabilizar a negociação do acordo de não persecução perante o *parquet*, conforme inadequadamente deixa estampado o art. 4º., da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº. 20/2020.

Claro que o interrogatório policial pode ser complementado e o conteúdo anterior refeito, a requerimento do investigado. Aí, é possível confessar, retratando a versão anterior. E isto pode se dar junto à autoridade policial ou junto ao agente do Ministério Público. Mas isto é diferente de deduzir-se que a lei preveja um necessário momento, a ser aberto pelo Promotor, para manifestação

ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 04 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 12 nov. 2020

¹³ ARAUJO, Douglas. BALBI, Laura. Primeiras Impressões sobre o acordo de não persecução penal. Jus, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 12 mar. 2020.

de investigado que, já tendo sido ouvido na investigação, usualmente na esfera policial, não confessou.

Por fim, no tocante ao requisito da suficiência para a reprovação e a prevenção do crime, como adiantamos, trata-se de expressão subjetiva que demandaria contornos mais claros, pautados no caso concreto. A título de exemplificação, não caberia o acordo de não persecução nas hipóteses de conexão e continência com crime violento ou grave ameaça, para o delito conexo, em que pese o tratamento concursal resultasse abaixo de 4 anos em seu mínimo legal. De toda forma, a expressão deixa claro que o instituto se integra na política criminal do Ministério Público, enquanto titular da pretensão punitiva estatal, antes de constituir certo direito subjetivo do investigado.

Por sua vez, também são trazidas expressamente pela Lei, no §2º do art. 28-A, hipóteses de vedação à incidência do benefício, cujo conteúdo assoma aos requisitos contidos no caput. São, a rigor, requisitos negativos: conduzem à inaplicabilidade do instituto quando:

- (i) cabível a transação penal de menor potencial ofensivo, de modo a afastar sobreposição com o art. 76 da Lei 9.099/95, dando coerência interna à sistematização legal dos espaços de consenso;
- (ii) o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem uma conduta criminal frequente, reiterada ou como meio de vida, exceto se insignificantes as infrações. O Enunciado n. 21, do CNPG alude, aqui, àquelas de menor potencial ofensivo em novo erro: confunde infrações de bagatela, com desvalores de ação e resultado reduzidos, mas existentes em tese, conducente à incidência de resposta penal abrandada (típica dos Juizados Especiais Criminais) com insignificância, atinente à ausência de desvalor de ação e resultado para o caso concreto, cuja incidência afasta a incidência de resposta penal;
- (iii) o agente já tiver se beneficiado nos cinco anos anteriores dos institutos do ANPP, da transação penal ou da suspensão condicional do processo (requisito que deixa evidente que insignificantes não serão as infrações de menor potencial, como acima aludido);
- (iv) nos crimes praticados no contexto da violência doméstica ou familiar, ou os praticados contra a mulher em razão da condição feminina, exaltando a política criminal proibicionista e punitivista que orienta o combate da criminalidade própria do nicho da violência de gênero e intrafamiliar (ambas podem se superpor, mas não se confundem necessariamente, ressaltando-se que a violência familiar só vitimizar crianças, idosos, deficientes,

para além de mulheres, ao passo que nem toda violência de gênero é familiar).

Os requisitos dispostos no caput somam-se às barreiras contidas no parágrafo 2º para conformar os limites de incidência do ANPP. De todo modo, há um mecanismo de controle que recai sobre a recusa à celebração do acordo: trata-se do recurso, previsto no parágrafo 14, reservado ao investigado, de evocar a atuação do Procurador-Geral de Justiça para determinar a realização do ajuste. Detalhe: se a palavra final, pelo desenho de lei, é do órgão de cúpula do Ministério Público, fica novamente evidenciado tratar-se de categoria integrante da política criminal do titular da ação penal, em vez de um puro direito subjetivo do investigado. Enfim, trata-se de instituto de dupla via, com vantagens para o investigado e para a agência estatal.

3 O PROCEDIMENTO DO ANPP

A Lei Anticrime concedeu ao juiz a prerrogativa de fiscalizar os termos do acordo firmado pelo Ministério público, enquanto a fundamentação da recusa é fiscalizada pelo Procurador Geral de Justiça. Andou mal: tudo deveria ir à chefia do Ministério Público, de modo a exaltar a separação entre o papel jurisdicional e a titularidade da pretensão punitiva.

Não observados os requisitos legais, ou constatando a sua inadequabilidade, insuficiência ou abusividade das condições nele dispostas, poderá o juiz deixar de homologar. Para tanto, deverá destacar os motivos pelos quais deixou de homologar, devolvendo os autos ao *parquet* para que reformule a proposta para o investigado, ou pondere acerca de eventual complementação das investigações ou oferecimento de denúncia. Veja-se, sobretudo, que quando o juiz não homologa acordo por considerá-lo insuficiente para atender o interesse público, faz papel próprio de quem é titular da ação penal. É curioso: a Lei 13.964/19 eliminou o controle jurisdicional do arquivamento, porquanto efetivamente não caberia ao juiz fazê-lo num sistema acusatório. Mas o papel é parcialmente reafirmado quando concede ao magistrado espaço para definir que o objeto do acordo é insuficiente ou abusivo. Os limites de homologação deveriam cingir-se à legalidade.

Nos termos da lei, não sendo o caso de ajustes, caso o Ministério Público ou o investigado entenda que o acordo atende aos requisitos legais, poderá interpor recurso em sentido estrito, nos moldes do art. 581, inciso XXV, do CPP, devendo o magistrado homologar a proposta em caso de decisão de provimento do recurso transitada em julgado. De outra banda, improvido o recurso, o Ministério Público deverá oferecer denúncia diante do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que se opõe à ideia de juízo de oportunidade na promoção e prossecução do processo penal. Aqui, uma consequência exótica da solução legal: o agente ministerial terá que oferecer denúncia mesmo a considerando incabível, porque o Judiciário, que não

é titular da ação, “força” a condução da *opinio delicti* para a via do processo penal tradicional. Visível a confusão de papéis contida na mecânica legal. Mais curioso ficará se o juiz não receber a denúncia forçada a partir da solução jurisdicional dada ao recurso em sentido estrito.

Por sua vez, o acordo escoreito deverá ser homologado por sentença. Deverá ser intimada a vítima. Ato contínuo, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que este providencie o início da execução na Vara de Execuções Penais, sendo que, enquanto não cumprido ou rescindido o acordo, o prazo prescricional restará suspenso (art. 116, inciso IV, do CP).

Anota-se que, descumpridos quaisquer dos termos acordados, o Ministério Público deverá comunicar o Juízo para a rescisão e posterior oferecimento de denúncia. O descumprimento poderá, inclusive, ser utilizado como fundamento para um eventual não oferecimento da suspensão condicional (art. 28-A §11, do CPP).

Por outro lado, cumprido o acordo, o Juízo da Vara de Execuções Penais deverá declarar extinta a punibilidade.

4 A CONFRONTAÇÃO DOS REQUISITOS PARA INCIDÊNCIA DO ANPP COM OS DELITOS ECONÔMICOS

Após a descrição dos requisitos e do procedimento do acordo de não persecução penal, passa-se a analisar a sua compatibilidade com os delitos econômicos, tendo em vista as particularidades desses crimes.

4.1 O CONCEITO DE CRIMES ECONÔMICOS

Os crimes econômicos são aqueles praticados contra a ordem econômica, portanto, trata-se de uma violação a bens jurídicos supraindividuais. Normalmente, esses crimes são praticados no âmbito de organizações empresariais, por pessoas com elevadas condições econômicas. Via de regra, “o sujeito ativo equivale àquele de classe social alta, que goza de boa reputação e que pratica o delito no bojo de sua profissão, com habitualidade”¹⁴

No ambiente da criminologia, analisando os danos produzidos por corporações empresariais americanas, Edwin Sutherland pioneiramente definiu, em 1939, os crimes de colarinho branco. Apresentou a teoria da associação diferencial como etiologia dos delitos, independentemente da classe social do sujeito ativo¹⁵. Para o referido autor, o crime não se deve

¹⁴ GUARAGNI, Fábio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria. Os critérios de delimitação do horizonte cognitivo do direito penal econômico. In: Revista Jurídica – UNICURITIBA, v. 1, n. 42, 2016. p. 53. Igualmente, BAJO FERNANDEZ, Miguel. “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal. In: Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 587 e p. 602, no tocante à habitualidade.

¹⁵ SUTHERLAND, Edwin H. El Delito de Cuello Blanco. Buenos Aires – Montevideo : Bdf, 2009, p. 349.

a fatores individuais, é um processo aprendido e influenciado pela interação com grupos sociais.¹⁶ Assim, condutas criminosas no âmbito empresarial acabam se sistematizando pela repetição de práticas setoriais. O sujeito ativo assume uma identidade social ao repetir práticas do grupo ao qual pertença ou deseje pertencer – condutas honestas e desonestas. Estas, dentro do grupo, são vistas com sinal valioso, à revelia da atribuição de valor que oficialmente lhes deem as leis. No caso dos delitos empresariais, traduzem um cálculo deliberado de custos e benefícios¹⁷. Sutherland também especulou os motivos pelos quais se dava uma reação punitiva deficitária para o segmento dos crimes de colarinho branco, fator necessariamente integrante do cálculo.

Além de deliberados, esses crimes são também organizados¹⁸. Sobre a perspectiva organizacional, afirma Cláudia Maria Cruz Santos:

Apesar de em última instância os actores do comportamento criminoso continuarem a ser os agentes individuais, as organizações têm uma vida própria e a sua estrutura e funcionamento ultrapassa os interesses de cada sujeito. Há, pois, uma institucionalização de padrões de conduta que passam a ser cindíveis da vontade individual.¹⁹

Nesse contexto, apresenta-se difícil identificar um autor individual responsável, pois há uma divisão de tarefas entre diversos agentes de uma unidade corporativa, como executivos, diretores, subordinados e acionistas²⁰.

Outro atributo típico dos crimes econômicos – diretamente ligado à ideia de organização – é a habitualidade. Ao destacar as principais características dos delitos de colarinho branco, em comparação com o roubo profissional, afirma Sutherland: *“la delincuencia de las corporaciones, al igual que la de los ladrones profesionales, es persistente: una gran proporción de los delincuentes reinciden”*.²¹

Em um mercado competitivo e sem a devida repreensão, os crimes econômicos se repetem e são praticados de maneira habitual, pois se manifestam como fatores de vantagem em relação aos concorrentes que

¹⁶ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repressões no Direito Penal Econômica. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. (orgs.) Inovações do Direito Penal Econômico. Prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: ESMPU, 2018, p. 11-34.

¹⁷ SUTHERLAND, Edwin H. El Delito de Cuello Blanco. Buenos Aires – Montevideo : BdF, 2009, p. 349.

¹⁸ SUTHERLAND, Edwin H. El Delito de Cuello Blanco. Buenos Aires – Montevideo : BdF, 2009, p. 348.

¹⁹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra Editora, 2011. p. 281

²⁰ SUTHERLAND, Edwin H. El Delito de Cuello Blanco. . Buenos Aires – Montevideo: Editora B de F. p. 344

²¹ SUTHERLAND, Edwin H. El Delito de Cuello Blanco. . Buenos Aires – Montevideo: Editora B de F.p. 334

não os praticam. São o carimbo da deslealdade concorrencial. Trazem danos disseminados não para uma vítima, mas para toda a sociedade, aniquilando o desenvolvimento dos setores econômicos, eliminando novos empregos, produzindo monopólios e oligopólios, restringindo o leque de possibilidades de consumo, a título de exemplo.

Dito isto, necessário analisar como os crimes econômicos são tratados no Brasil e se são compatíveis com o novo instituto de justiça negocial incluído pelo Pacote Anticrime.

4.2 OS CRIMES ECONÔMICOS NO BRASIL E A (IN)COMPATIBILIDADE COM O ANPP

No Brasil, os crimes econômicos estão previstos em leis esparsas, como a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86), dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90), dos Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.176/1991), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e o Código Penal (arts. 334, 337-A, 359-A a 359-H e 168-A). O signo comum é a ofensa ao bem jurídico ordem econômica, enquanto regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços²², na perspectiva do denominado direito penal econômico *lato sensu*.

Os tipos em questão, modo geral, são crimes dolosos, praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, as penas mínimas são inferiores a quatro anos. O crime de lavagem de dinheiro, que se destaca pela resposta penal severa, v.g., possui a previsão de pena de reclusão de três a dez anos e multa. Isoladamente, modo geral, os crimes econômicos satisfazem duas exigências para o ANPP: pena inferior a 4 anos e ausência de modais concernentes à violência ou grave ameaça.

Assim, nas modalidades simples e praticados isoladamente, os crimes econômicos parecem compatíveis com as exigências do caput do art. 28-A do CPP²³. No entanto, o §2º prevê um rol de vedações para o acordo e, entre elas, indica que não poderá ser firmado “se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas” (inciso II).

Portanto, as coisas mudam de figura quando os delitos econômicos são reiterados, praticados através de grupos criminosos estruturados. Este quadro, comum na *praxis*, interfere no cálculo da pena mínima, porquanto: a) implica em concurso de delitos ou continuidade delitiva, capaz de alterar

²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 96.

²³ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

o mínimo legal para a situação concreta (repare-se que causas de aumento e diminuição integram o cálculo para verificação do cabimento do ANPP, conforme já afirmado); b) pode produzir a mudança da subsunção típica da forma básica para formas derivadas ou equiparadas, ou implicar na inocência de circunstâncias legais especiais de aumento (majorantes). Aqui, novamente apegando-se à lavagem de dinheiro, caso venha a ser cometida de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa, recebe aumento de um a dois terços (art. 1o, parágrafo 4o, Lei 9.613/98), o que faz com que seu mínimo fique (ao menos) igual a 4 anos, caso em que não será possível o acordo de não persecução penal.

Nesse ponto, o modo como cotidianamente os delitos econômicos são praticados ergue-se como obstáculo ao ANPP.

No ponto, é de se destacar um problema inicial de interpretação: não há uma definição, por parte do legislador, do que seja uma “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”. Isto gera dificuldade para defini-las, similarmente ao que se caracteriza como infração penal insignificante, referida pelo dispositivo para ressaltar a impossibilidade de aplicação do ANPP.

Apenas em relação à reincidência – que também obsta o ANPP – há uma definição pelo Código Penal, em seus arts. 63 e 64, caracterizando-se “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”, sendo este desconsiderado se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos. Ademais, o CP desconsidera, para fins de reincidência, os crimes militares e políticos.

Na Itália, diferentemente, o Código Penal traz um capítulo específico para definir a reincidência, habitualidade, profissionalismo e a tendência para cometer um crime (Livro I, Título IV, Capítulo II). O legislador italiano encampa a reincidência na definição da habitualidade e profissionalismo. Ambos exigem condenação prévia – o que não ocorre no Brasil.

Há críticas a importação das categorias de delinquência habitual e profissional, sem a sua respectiva definição pela legislação brasileira²⁴. Alguns autores afirmam que houve uma desvirtuação, “na origem do instituto a criminalidade habitual/profissional é um *plus* em relação à reincidência. Já na Lei n° 13.964/2019, como já está vedado o acordo para os reincidentes, obviamente a criminalidade habitual/profissional funcionará como um *minus*”²⁵.

²⁴ Leonardo Schmitt de Bem critica a associação dos institutos ao criminoso primário: “a importação tupiniquim desnaturou os requisitos da habitualidade e profissionalidade e, conscientes do equívoco do legislador ou mesmo o ignorando, os membros do Parquet ofertam denúncias em casos que facilmente comportariam o acordo de não persecução penal”. (BEM, Leonardo Schmitt de. Os Requisitos do Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. (orgs.) Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020).

²⁵ FRANCO, José Henrique Kaster. O Papel do Juiz no Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. (orgs.) Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed.

No entanto, é bom que se diga acerca do peso que referidas categorias têm na Itália. Por exemplo, o art. 172, último parágrafo, do CP italiano, impede prescrição da pretensão executória para delinquentes habituais profissionais ou por tendência²⁶. Também a tradição de combate às organizações criminosas historicamente associadas ao cotidiano italiano confere consequências poderosas a sujeitos ativos com estes perfis – veja-se o crime de associação de tipo mafioso, art. 416-bis, CP italiano. Daí, a imensa importância de uma norma definitiva para as categorias. Aqui, o legislador andou distante de criar efeitos tão poderosos contra o imputado, similares à imprescritibilidade. A criação de barreira à incidência de um mecanismo de justiça penal consensual, quando preservados outros de igual índole, prévios ao Pacote Anticrime (como a transação, a suspensão condicional do processo) não tem o peso que referidas categorias – habitualidade ou profissionalidade criminosa – têm no horizonte do direito penal peninsular. E isto, por certo, minora bastante a necessidade de normas de definição legal das categorias da habitualidade e profissionalidade criminosas.

Nos termos do art. 28-A, a caracterização da reincidência dá-se por interpretação objetiva, *ex vi* arts. 63 e 64, do CP. Diversamente, os institutos da habitualidade, reiteração e profissionalismo foram trazidos pelo legislador como alternativa à reincidência para barrar o ANPP – o que é evidenciado pelo disjuntivo “ou”. Desse modo, estes institutos não são decorrentes da reincidência, como ocorre na Itália. Aqui, não há qualquer norma que indique que as condutas habituais, reiteradas ou profissionais sejam incompatíveis com a primariedade. Nesses casos, o legislador simplesmente afirmou que é necessário verificar se os elementos probatórios indicam a sua caracterização.

Conforme enunciado da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo, “A expressão ‘conduta

Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.

²⁶ Diz o artigo 172 do CP italiano: Art. 172.

Estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo.

La pena della reclusione si estingue col decorso di un tempo pari al doppio della pena inflitta e, in ogni caso, non superiore a trenta e non inferiore a dieci anni.

La pena della multa si estingue nel termine di dieci anni.

Quando, congiuntamente alla pena della reclusione, è inflitta la pena della multa, per l’estinzione dell’una e dell’altra pena si ha riguardo soltanto al decorso del tempo stabilito per la reclusione.

Il termine decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente all’esecuzione già iniziata della pena.

Se l’esecuzione della pena è subordinata alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, il tempo necessario per l’estinzione della pena decorre dal giorno in cui il termine è scaduto o la condizione si è verificata.

Nel caso di concorso di reati, si ha riguardo, per l’estinzione della pena, a ciascuno di essi, anche se le pene sono state inflitte con la medesima sentenza.

L’estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell’articolo 99, o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ovvero se il condannato, durante il tempo necessario per l’estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa índole.

criminosa habitual, reiterada ou profissional', prevista no inciso II do § 2o do art. 28-A do CPP, deve ser entendida como a habitualidade criminosa, a ser verificada no caso concreto"²⁷.

Uma boa referência para compreender as categorias consta da Exposição de Motivos do CP, quando da reforma de 1984. Conforme ela, quando há profissionalização, não há que se falar em continuidade delitiva, pois esta favorece o delinquente e a criminalidade profissional, organizada e violenta, impondo reprovabilidade maior:

59. O critério da teoria puramente objetiva não se revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais.

Outra rica fonte de referências para a exegese dos óbices ao ANPP impostos pelo art. 28-A reside na jurisprudência tradicional do STJ no tema da continuidade delitiva. Entende que o fato de o agente ser primário não é impeditivo de que seja criminoso habitual:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME CONTINUADO. INAPLICABILIDADE. DELITOS PRATICADOS EM INTERVALO SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS. REITERAÇÃO CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 71, caput, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva. Esta Corte não admite, porém, a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias.

2. E mesmo que se entenda preenchido o requisito temporal, há a indicação, nos autos, de que o Réu,

²⁷ BRASIL. Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo. ENUNCIADOS PGJ-CGMP – LEI 13.964/19. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf) . Acesso em: 13 nov. 2020.

embora seja primário, é criminoso habitual, que pratica reiteradamente delitos de tráfico, o que afasta a aplicação da continuidade delitiva, por ser merecedor de tratamento penal mais rigoroso.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RECURSO ESPECIAL 1.747.139/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018)

Ademais, é recorrente o entendimento na Corte de que crimes de lavagem de dinheiro possam ser realizados de forma reiterada e frequente:

CRIMINAL.RECURSOESPECIAL.LAVAGEMDEDINHEIROCRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO DA TOTALIDADE DESTES. DESNECESSIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA PELO PARQUET. NULIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. MAJORANTE DA “HABITUALIDADE” APLICADA AO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITALS. REITERAÇÃO DE CONDUTAS CONFIGURADA. ABSORÇÃO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS PELO DE LAVAGEM DE CAPITALS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

V. Evidenciado que o paciente investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e frequente, não há que se falar em ilegalidade decorrente do aumento da reprimenda em razão da majorante da habitualidade.

VI. Não há que falar em consunção entre o crime de evasão de divisas e do de lavagem de capitais, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro.

VII. A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma. Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente responder por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito.

VIII. Induvidosa, na presente hipótese, a existência do crime de evasão de divisas como crime antecedente.

IX. Recurso desprovido (REsp 1234097/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 17/11/2011).

Tendo em vista as características dos crimes econômicos – que ocorrem no âmbito de relações negociais, com trocas econômicas usuais e,

na maior parte das vezes, por meio de organizações criminosas – entende-se que comumente esbarrará no inciso II do §2º do art. 28-A do CPP a aplicação do ANPP. Em muitas denúncias de delitos econômicos oferecidas pelo Ministério Público, inclui-se como conexo o delito de organização criminosa. A soma de penas projetada implica, de todo modo, na usual ultrapassagem do requisito de pena mínima de quatro anos para aferir o cabimento do instituto de consenso.

Enfim, delitos econômicos coligam-se, cotidianamente, com conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. O prognóstico é de que o óbice ao ANPP nestes crimes será frequente pela mencionada via.

Para além deste aspecto, ligado ao modo de realização do crime, não escapa outro: a confissão circunstanciada, exigida no caput do art. 28-A, é mais difícil nos delitos econômicos. Afinal, a respectiva prática demanda divisão de tarefas, horizontal e vertical, já que se integra ao bojo das atividades profissionais realizadas no ambiente das organizações empresariais. A coligação entre o delito e a empresa não é uma necessidade dogmática nos delitos econômicos, mas é constantemente verificada na prática.

Nestes termos, a confissão detalhada mostra-se mais difícil que em delitos praticados isoladamente pelo sujeito ativo. Em crimes econômicos – em que raramente atua isolado – a confissão implica na chamada de codelinquentes. Em regra, leva à necessidade de delação da atuação de terceiros. E, naturalmente, há aqui uma dificuldade para a confissão: é mais simples assumir uma responsabilidade do que, para além de assumi-la, delatar terceiros, inclusive superiores hierárquicos. Aqui, também, antevê-se dificuldade para o implemento das condições para o ANPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da ineficiência do sistema penal, não há dúvidas de que o ANPP, contido na Lei Anticrime, visa otimizar, através de resposta consensual, uma justiça criminal mais célere e efetiva. O instituto visa evitar o processo e resolver o caso penal pela via heterodoxa da confissão circunstancial e formal (interesse social), conduzindo à extinção de punibilidade (interesse do imputado), em acordo que se revela caminho de mão dupla. É um novo instrumento político-criminal em mãos do Ministério Público, enquanto titular da ação penal.

Para que seja aplicado o ANPP, é necessário preencher alguns requisitos: constatação pelo Ministério Público de que não é caso de arquivamento; confissão formal e circunstanciada pelo acusado; infração penal sem violência ou grave ameaça; pena mínima inferior a quatro anos; posituação de que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Por outro lado, também são trazidas vedações à incidência do benefício, ao modo de requisitos negativos, quando: for cabível transação penal; o investigado for reincidente ou os elementos probatórios indicarem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes; o agente já tiver se beneficiado nos cinco anos anteriores dos institutos do ANPP, da transação

penal ou da suspensão condicional do processo; os crimes forem praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino.

A princípio, os crimes econômicos são predominantemente compatíveis com o ANPP, já que praticados sem modais de violência ou grave ameaça e possuem normalmente pena mínima inferior a quatro anos, sobretudo observados os tipos penais básicos. No entanto, o Direito Penal Econômico possui características criminológicas que podem implicar em frequente barreira para a incidência do novo instituto de justiça negocial.

Inicialmente, os delitos econômicos denotam baixas visibilidade e suscetibilidade, já que praticados em ambiente empresarial, sob a aparência de legalidade, ofendendo bens jurídicos supraindividuais. Normalmente, são precedidos de uma análise de custo-benefício integrada por um quadro prático de baixa repressão. A mescla com atividades empresariais legais, a pouca visibilidade e fraca produção de suscetibilidade, a repressão incipiente, tudo produz um quadro convidativo para o sujeito ativo praticá-los regularmente, obtendo vantagem competitiva desleal. Tudo conflui para a habitualidade, profissionalidade e reiteração.

A prática no âmbito de organizações, em que há uma divisão de tarefas e uma conseqüente dificuldade em individualizar os agentes responsáveis, é um dos fatores determinantes da repressão discreta destes delitos. A apuração respectiva depende de investigações longas, minuciosas e demandantes de expertise. *Ipsa facto*, a jurisprudência admite que as denúncias dos crimes societários sejam feitas sem o detalhamento das condutas de cada um dos acusados.

Neste contexto, a possibilidade de realização do ANPP no âmbito dos delitos econômicos encontra um obstáculo cotidiano: afinal, a realização delitiva costuma dar-se de forma habitual, reiterada ou profissional. Lado outro, como o delito costuma ser praticado no seio de organizações empresariais, a confissão detalhada exigida pelo caput do art. 28-A será mais difícil: além da assunção de responsabilidade, o agente haverá de minuciar a atuação criminosa de terceiros, pessoas de sua relação diuturna, eventualmente superiores hierárquicos. Laços de fidelidade deverão ser quebrados, bem como vínculos sociais eventualmente caros. A necessidade usual de chamada de terceiros corresponsáveis também se mostra como barreira a mais para implementação da confissão, condição para incidência do ANPP.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Douglas. BALBI, Laura. Primeiras Impressões sobre o acordo de não persecução penal. Jus, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. “La delincuencia economica. Un enfoque criminológico y político criminal. In: Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os Requisitos do Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. (orgs.) Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 04 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 12 nov. 2020

BRASIL. Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo. ENUNCIADOS PGJ-CGMP – LEI 13.964/19. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf) Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL 1.747.139/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1234097/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 17/11/2011

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art.18 da Resolução n181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP) – versão ampliada e revisada. In BIANCHINI, Alice. et al. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pelo Res. 183/2018. 3. ed. São Paulo: JusPodivim, 2018.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repressões no Direito Penal Econômica. In: SOUZA, Artur de Brito Guerios; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. (orgs.) Inovações do Direito Penal Econômico. Prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: ESMPU, 2018.

FERREIRA, André. Acordo de Não Persecução Penal e Crimes contra a Ordem Tributária. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/328826/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-crimes-contra-ordem-tributaria>. Acesso em: 16 nov. 2020.

FRANCO, José Henrique Kaster. O Papel do Juiz no Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. (orgs.) Acordo de Não Persecução Penal. 2ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.

- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Sucessão de Leis Processuais Penais no tempo e o Pacote Anticrime. 1. ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#ftn1>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MAZLOUM, Ali. MAZLOUM, mir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- ROSA, Luísa Walter da. Negociando no processo penal após a “Lei Anticrime”: acordo de não persecução penal. Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/803743872/negociando-no-processo-penal-apos-a-lei-anticrime-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra Editora, 2011.
- SOBRINHO, Fernando Martins Maria; GUARAGNI, Fábio André. Os critérios de delimitação do horizonte cognitivo do direito penal econômico. In: Revista Jurídica – UNICURITIBA, v.1, n. 42, 2016.
- SUTHERLAND, Edwin H. El Delito de Cuello Blanco. Buenos Aires – Montevideo: Editora B de F., 2009.

LIMITES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E A SUA REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA

Rodrigo Sánchez Rios¹

1 O PAPEL DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA À LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Em um plano ideal de convivência social equilibrada, a comunidade deveria funcionar na confiança do cumprimento das expectativas de comportamento esperadas de todos os indivíduos. As regras de convívio servem para traçar parâmetros prospectivos e retrospectivos no sentido de indicar as condutas diligentes, bem como reprovar aquelas ações não condizentes com o referencial ideal dessa convivência. Evidentemente, deve prevalecer na sociedade um consenso mínimo sobre a necessidade da obediência de tais padrões de comportamento. A aceitação dessa premissa é indispensável para que os cidadãos organizem seus afazeres na confiança de que os demais se comportarão de maneira adequada². Recente produção bibliográfica destinada a compreensão e ao alcance do princípio da confiança no âmbito da imputação objetiva³ tem propiciado diversas reflexões teóricas quanto a sua utilidade nas regras de comportamento e nas atividades econômicas, bem como sua plena adoção por parte dos nossos tribunais na solução efetiva das demandas oriundas de conflitos sociais.

Partindo de uma concepção normativista do delito, é possível aferir ser o princípio da confiança um critério de valoração do risco proibido. Nas palavras de ROXIN *“pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao Direito enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário”*⁴. Na literatura penal portuguesa, FIGUEIREDO DIAS já asseverava: *“quem se comporta no tráfico de acordo com a norma de cuidado deve poder confiar que o mesmo sucederá com os outros; salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo”*⁵. Não se ignora o profícuo debate iniciado com WELZEL⁶ a respeito de sua função

¹ Professor de Direito Penal da PUCPR – Advogado Criminalista.

² REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. 3. ed. Bogotá: Temis. 2005, p. 148.

³ Cfe. as obras monográficas específicas de: MARAVER GÓMEZ, Mario. El principio de confianza en Derecho penal. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. 2007; ALBUQUERQUE, Mário. O princípio da confiança no Direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006; SIQUEIRA, Flavia. O princípio da confiança no Direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido. 2016; FIDALGO, Sónia. Princípio da confiança e crimes negligentes. Coimbra: Almedina. 2018.

⁴ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 38, abr/jun de 2002, p. 14. Ainda, na literatura pátria, GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 59.

⁵ FIGUEREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal: Parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 882.

⁶ WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação. In Revista de Direito penal, n. 3, 1971, p. 12-43. Ainda deste autor vide, especificamente, o capítulo IV do seu estudo: El nuevo sistema del

seja como critério limitador do dever concreto de cuidado ou como requisito da teoria da imputação objetiva⁷. Entretanto, como bem pontou TAVARES, tanto em um caso como em outro a solução receberá a mesma resposta: delimitar a incidência da norma criminalizadora⁸.

Uma incursão histórica permitirá concluir sobre a origem deste critério no âmbito específico dos delitos de trânsito⁹ e a sua configuração pensada, *a priori*, para a seara dos delitos negligentes. Quer parecer, não seja por outra razão, que os exemplos mais contundentes – e distantes daqueles oferecidos nos manuais – sejam oriundos do tráfego viário, sem deixar de retratar sua utilidade em uma sociedade permeada por novos riscos nos diversos setores da atividade produtiva que demandam uma efetiva divisão do trabalho. Nessas atividades próprias da vida moderna, admite-se a vigência do princípio da confiança pois uma efetiva divisão funcional das tarefas é viável a partir da confiança que cada um dos participantes possa depositar no correto cumprimento dos demais colegas de profissão.¹⁰

Essa perspectiva permitiu a alteração de uma base fática, exigindo do princípio da confiança novos contornos normativos, desenvolvidos essencialmente para os delitos negligentes. Em outra sede¹¹, recordava-se a preocupação da doutrina pátria no manejo de critérios normativos para a atribuição de responsabilidade em delitos decorrentes da inobservância das regras técnicas, dentre elas no manuseio de explosivos, no funcionamento de fábricas, na construção civil e nas intervenções cirúrgicas complexas, para ilustrar algumas situações hodiernas. De qualquer modo, evidenciou-se estar essa inquietação restrita à categoria da culpabilidade, enquanto os elementos subjetivos do crime encontravam nessa órbita sua posição sistemática à luz das teorias naturalistas do fato punível.

Não deixa de surpreender o fato de, mesmo após a reforma da parte geral de 1984, com nítida inspiração finalista de alguns autores os quais

Derecho penal. Buenos Aires BDeF, 2001, p. 115.

⁷ Vide, TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposo. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 349; FIDALGO, Sónia. A violação do dever objetivo de cuidado como essência do ilícito típico. In. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manoel da Costa Andrade. V. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 589-605. FIGUEIREDO DIAS, Direito penal, op. cit., §28.

⁸ TAVARES, Teoria do crime culposo, op. cit., p. 349.

⁹ WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação, p. 12-43. MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza en Derecho penal, op. cit, p. 119; FRISTER, Helmut. Derecho Penal: Parte General. 1.ed. Hammurabi. 2011. p.203.

¹⁰ REYES ALVARADO, Imputación objetiva, op. cit., p. 157, ABRALDES, Sandro. Principio de confianza: la discusión actual sobre su naturaleza jurídico-penal y sus posibles aplicaciones. In. La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico. Granada: Comares, 2010, p. 250 e ss. Vide nota 2. Ainda, vide PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio; COX VIAL, Francisco. Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa. In La Teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid: La Ley. 2013, p.185 e ss.

¹¹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. O princípio da confiança e seus reflexos no Direito penal brasileiro. In. REALE JR, Miguel; MOURA, Maria Thereza. Coleção 80 anos do Código penal. 4 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 179 e ss.

integraram a Comissão, ainda sustentarem nos seus manuais o princípio da confiança como critério inserido na culpabilidade¹², ignorando que, a partir do finalismo, o conteúdo do desvalor da negligência encontrava-se sobretudo na conduta. Ao primar pela categoria do injusto pessoal, toda a carga subjetiva se desloca para a conduta típica. Esse é um exemplo vivo de como se deve ou não fazer dogmática penal: imprescindível partir sempre de conceitos muito bem delimitados e conhecer, de antemão, os objetivos e as consequências que tais conceitos podem atingir na solução de casos práticos. Não é aceitável asseverar que o princípio da confiança seja considerado critério regulador da conduta humana e atribuir como seu efeito a exculpação, sob pena de tratar as categorias do delito de forma improvisada e arbitrária.¹³

Mesmo a partir da premissa ontológica segundo a qual a ação é o exercício da atividade final¹⁴, inspiradora da legislação cuja vigência segue até os dias atuais, restaram sem solução definitiva vários questionamentos, principalmente nas modalidades omissivas¹⁵ e negligentes. Afirma-se isso porque, nessas modalidades delitivas, exsurge a necessidade de parâmetros normativos para além da causalidade¹⁶. Em outras palavras, dependem necessariamente da caracterização previa de um dever, seja de agir ou de cuidado. Nesse panorama, quanto mais se acentuava a concepção pessoal do injusto o princípio da confiança passou a ser definido como um critério independente na determinação do dever de cuidado dentro do tipo de injusto do delito culposo¹⁷.

Ancorado na necessidade de critérios normativos para correção do nexos causal, até então suficiente para a caracterização do tipo objetivo, surge a teoria da imputação objetiva, propondo elementos aptos a diferenciar uma mera causação da atribuição de um resultado típico a um autor como obra sua, no caso a imputação do resultado. Obviamente, a partir da ideia da criação do risco proibido e de sua realização no resultado, ROXIN define

¹² ASSIS TOLEDO, Francisco. Princípios básicos de Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 301 e 302. Torna-se incompreensível a consequência apontada pelo autor ao princípio da confiança quando ele próprio afirma que se trata de um critério regulador da conduta humana. Vide p. 302.

¹³ Mantém plena atualidade a lição dos anos 70 de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? In. Estudios de Derecho penal. Madrid: Tecnos, 1990, p. 158.

¹⁴ WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho penal. Buenos Aires: BdeF, 2001, p. 41. Deste mesmo autor, na sequência, Derecho Penal Alemán. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p.39.

¹⁵ Pioneiro na busca de uma solução refinada sobre a dogmática da omissão, vide MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Curitiba: UFPR, 1982, p. 16. Vide, ainda, o estudo basilar de TAVARES, Juez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. Mais recentemente, COSTA, Victor. Crimes omissivos impróprios. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017 e, também, BOTTINI, Pierpaolo. Crimes de omissão imprópria. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

¹⁶ Inicialmente, HONIG, Richard. Causalidad e Imputación objetiva. In. Causalidad riesgo e Imputación. Buenos Aires Hammurabi, 2009, p. 105 e ss; também vide RUDOLHI, Hans-Joachim. Causalidad e imputación objetiva. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2006. p.30 e ss.

¹⁷ Vide MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza en Derecho penal, op. cit, p.161.

as bases de sua teoria funcionalista¹⁸. Explicações concisas têm sido ofertadas em manuais destinados a graduação para separar as funcionalidades tanto da causalidade como da imputação; assim se depreende, por exemplo, das lições de HILGENDORF e VALERIUS, segundo os quais: *“a questão da imputação é investigar, basicamente se o resultado típico ‘é obra’ do responsável ou de outras circunstâncias. Apenas quando o resultado em questão é visto como obra do autor é que se pode, segundo a teoria da imputação objetiva, responsabilizar penalmente pela realização do injusto do resultado. Se, ao contrário, o resultado é devido a circunstâncias externas ‘obra do acaso’ ou se a sua realização está no âmbito da responsabilidade de um terceiro ou da própria vítima ‘obra de um terceiro, exclui-se a imputação do resultado em relação ao autor.”*¹⁹.

É no campo da criação do risco juridicamente desaprovado, em sua perspectiva *ex ante* da situação de perigo, que podemos catalogar o princípio da confiança, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto para se definir o comportamento esperado. Caso o agente se comporte conforme a confiança dele desejada, não criará um risco juridicamente desaprovado²⁰. Logo, este princípio, juntamente com outros parâmetros²¹, concretiza os limites da avaliação de um risco juridicamente desaprovado. Assim sendo, na Teoria da Imputação objetiva o dever objetivo de cuidado não é mais concebido como elemento caracterizador do tipo de injusto culposos, e sim resta diluído dentro dos critérios manejados para determinar a imputação do resultado²².

Diga-se, ainda, que o critério da confiança terá maior importância prática no contexto de julgamento dos tipos culposos, malgrado seu deslocamento também para os delitos dolosos. Como bem observa GRECO: *“quem age dolosamente em regra se valerá de uma ação que manifestamente ultrapasse os limites do risco permitido”*²³.

¹⁸ Sobretudo a partir do pioneiro trabalho de ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito penal. In Problemas fundamentais de Direito penal. Lisboa: Veja.1986, p. 145 e ss.

¹⁹ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. Direito penal: parte geral. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 100. Na intenção de separar nos delitos de resultado dos pressupostos da causalidade e da imputação, merece referência a adoção pelo Código Penal Colombiano de 2000 de soluções propiciadas pelo funcionalismo, motivando a polêmica sobre a consagração ou não da teoria da imputação objetiva no âmbito normativo. Reza o artigo 9º de citado texto legal: *“Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”*.

²⁰ Inicialmente vide ROXIN, Derecho penal. Parte General. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 1004; Também HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. op. cit., p. 359 e 360; FRISTER, Helmut. Op. cit., p. 200 a 207.

²¹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 1001 e ss. Para Greco: *“(…) os três principais critérios de concretização de um risco juridicamente desaprovado seriam: a existência de normas de segurança, a violação do princípio da confiança e o comportamento contrário ao standard geral dos homens prudentes”*. Vide GRECO, Luis. Um panorama da teoria da imputação objetiva, op. cit., p. 54.

²² MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit. p. 161.

²³ GRECO, Luis. Op. cit. p. 54.

Nada obstante possam ser deduzidas algumas críticas pontuais em relação a teoria de ROXIN, no tocante a uma suposta falta de sistematicidade²⁴ dada a sua conformação topológica a partir de casos previamente delimitados, tais ponderações referem-se, sobretudo, a uma questão metodológica. De um lado, ROXIN parte de um método indutivo, o qual, atrelados a situações concretas, sistematiza critérios passíveis de serem aplicados aos demais. Sua ideia não se resume a um filtro dedutivo que macularia sua teoria de um certo ascetismo por uma hipotética falta de vinculação com a realidade. Esse vínculo encontra seu alicerce na submissão do princípio do risco à noção de bem jurídico. Sob essa perspectiva, não se busca criar critérios a serem impostos à realidade, mas sim constatar seus pontos em comum e oferecer respostas ajustadas ao mundo da vida partindo-se da premissa fática.

Em um viés estritamente normativista, a visão de JAKOBS conduz ao procedimento inverso²⁵. Para este autor, as regras aplicáveis a um caso concreto de imputação poderiam ser deduzidas de uma teoria social, na qual os indivíduos desempenhariam certos papéis para consecução de fins coletivos e individuais²⁶. A imputação objetiva tem a função de determinar se a uma pessoa “lhe incumbe” objetivamente a desautorização de uma norma, individualizando sua competência para evitação de um resultado lesivo. Em uma sociedade na qual se verificam complexas interações por parte de seus membros, nem toda causação de resultado poderá ser punida. Por isso JAKOBS atrela sua concepção de um risco juridicamente proibido à ideia do chamado “papel social” a ser desempenhado pelo indivíduo. Somente ter-se-á a imputação de um delito quando se quebra um papel infringindo uma norma e, com isso, violando as expectativas normativas da sociedade.

Assim, no âmbito de sua teoria, o princípio da confiança tem seu fundamento no postulado genérico da autorresponsabilidade e encontra suas balizas também nas noções de proibição de regresso e risco permitido²⁷.

²⁴ Vide CANCIO MELIÁ, Manuel. *Lineas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo 2001, p. 24. Essa falta de sistematicidade também foi advertida por GIMBERNAT, ao explicar que a teoria da imputação objetiva aglutina diversos critérios normativos excludentes da tipicidade, “que en gran medida y hasta ahora habiam deambulado por aquella - desde la causalidade hacia la acción -, sin encontrar um lugar sistemático correcto”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Que es la imputación objetiva?* In *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 212.

²⁵ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, 1995. p.153 e ss. Mais recentemente, desse autor, vide: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid. Civitas Thomson. 2003.

²⁶ JAKOBS, Gunther. *El concepto jurídico-penal de acción*. In *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997. p.114 e 115.

²⁷ JAKOBS, Gunther. *La imputación objetiva, especialmente en el ambito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regresso” y el “principio de confianza”*. In *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p.218 a 220. Comungando esse entendimento REYES ALVARADO, Yesid. *Op. cit.*, p. 152. Como bem observa CARRIZO: “Actualmente, en el funcionalismo de JAKOBS, la idea de causalidade tiende a desaparecer al modo de la teoría pura kelseniana. Para el catedrático

Renuncia-se às soluções obtidas pela teoria da equivalência das condições quando esse resultado tenha sido oriundo de uma ação dolosa ou culposa de terceiro. A confiança desempenha um papel pelo qual se permite a expectativa de um comportamento correto de terceiro apesar da experiência reconhecer a possibilidade que outras pessoas cometam erros. Seguindo esta orientação funcionalista, GARCIA CAVERO assinala ser o fundamento do princípio da confiança a ideia segundo a qual os demais sujeitos também são responsáveis, podendo se confiar em comportamentos adequados destes. O dado específico para tal critério estar englobado no risco permitido não é a dependência da causalidade, mas sim do comportamento de terceiros. A delimitação de competências depende, em todo caso, do respectivo regramento do setor de atividade correspondente, pois se constata a variação do princípio da confiança em relação a diferentes esferas de atividade²⁸.

É inegável as contribuições ofertadas por esta orientação no marco das atividades econômicas submetidas a divisão de tarefas, pois este princípio garante a liberdade de ação mediante a repartição de responsabilidades.²⁹ Seria impossível concluir pela possibilidade de imputação de um indivíduo em relação a todos os riscos decorrentes de determinada atividade e, ao mesmo tempo, que cada sujeito tivesse que controlar todo o tempo as ações de terceiros, tornando impossível a consecução de suas próprias funções.

Contudo, com a devida vênia, não se pode concordar com as premissas assinaladas por JAKOBS na base de sua teoria. Ao submeter todo o sistema de imputação a ideia de violação da norma, acaba renunciando a uma perspectiva empírica para delimitar a configuração do sistema de atribuição de responsabilidade. O método empregado, no sentido hegeliano adotado, é o dedutivo, ou seja, de fazer a realidade conformar-se a imposição normativa. Por conseguinte, é compreensível que nesta vertente a norma penal tutele expectativas normativas estatais e não bens jurídicos de indivíduos concretos.

Quanto ao fundamento do princípio da confiança, diversos critérios foram esboçados pela doutrina para delimitar a sua incidência. O argumento com maior receptividade foi aquele assentado em uma ponderação de

de Bonn la causalidad es un problema naturalístico que no tiene cabida en el campo del derecho, trazando así una valla infranqueable entre la realidad (con la cual corta todo vínculo, reconstruyendo su propia realidad desde el sistema) y el campo dogmático, estructurando así un cerrado normativismo". OMAR CARRIZO, Ruben. El problema de la imputación en materia penal. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2009. p. 87-88. Expondo as implicações dogmáticas no marco da imputação objetiva segunda a concepção de Jakobs, vide igualmente MEDINA FRISANCHO, José Luis. La teoría de la imputación objetiva. In Imputación Objetiva. Lima: Instituto Pacifico. 2015. p.118 e ss

²⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal. Parte General. 2 ed. Lima: Jurista Editores, 2012. p. 419. Ainda MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso em el derecho penal financiero y el lavado de activos. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 2016. p.80 a 82.

²⁹ Vide PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio; COX VIAL. Francisco. Op. cit., p. 196 e ss; MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. Op. cit., p. 138-139.

valores objetivando, concomitantemente, garantir a liberdade individual, mas também a proteção de bens jurídicos fundamentais, de forma a impedir que determinados sujeitos sejam responsáveis por riscos alheios a seu âmbito de cuidado. Na literatura penal pátria, o trabalho pioneiro de SIQUEIRA merece destaque na conformação dos critérios dogmáticos indispensáveis para sua aplicabilidade prática no âmbito jurisprudencial. Segundo esta autora, o afastamento da tipicidade com base na confiança garante “*um certo nível de liberdade individual*” de maneira a evitar todo e qualquer controle decorrente de riscos da atuação incorreta de terceiros³⁰.

Cumprir, para além da discussão teórica a respeito de sua posição sistemática na estrutura do fato punível, isto é, o duplo enfoque do princípio da confiança seja como critério delimitador do dever objetivo de cuidado, seja como de valoração de um risco proibido, que será apenas nos casos concretos onde se verificará os limites de sua incidência. É pacífico na doutrina o entendimento segundo o qual este critério não tem validade irrestrita³¹, estando submetido a ressalvas quanto a sua eficácia em diferentes espectros da vida social.³²

2 HIPÓTESES DE LIMITAÇÕES DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Dos diversos casos nos quais a doutrina tem vertido reflexões teóricas válidas para a definição dos contornos deste critério dogmático, objetivando inclusive diferenciá-lo de outros alcances que possa ter a teoria da imputação objetiva – como o âmbito exclusivo da responsabilidade da vítima ou o fim de proteção da norma – é possível verificar três claras circunstâncias permeadas pela negativa de incidência do princípio da confiança.

2.1 NÃO SE PODE CONFIAR EM QUEM SE COMPORTA CONTRARIAMENTE AO DEVER DE CUIDADO

Desde sua acolhida nos delitos de trânsito, a premissa predominante nos contornos da aplicabilidade do princípio da confiança decorreu da afirmação segundo a qual aquele que se comporta corretamente pode confiar

³⁰ SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 107.

³¹ Segundo FRISTER “Incluso en caso de derecho de prioridad de passo, como caso clásico de aplicación del principio de confianza, no se puede confiar de modo irrestrito en la conducta debida de los demás”. FRISTER, Helmut. Op.cit. p. 204. Ainda SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade Penal pelo produto e Imputação: Delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou “impróprios para o consumo”, In Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. Belo Horizonte: Editora de Plácido, 2017, p. 220; GRECO, Luis. Op. cit., p. 108, também FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. In. Derecho penal y criminología, 21, n. 69 (jun/2000), p. 57.

³² CORDOY BIDASOLO. Mirentxu. La distinción entre causalidade e imputación objetiva y su repercusión em el proceso – Presunción de inocência e in dubio pro reo. In La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid; Tecnos, 2002, p. 612.

que os demais também o farão da mesma forma, a exceção dos casos nos quais se demonstre circunstâncias a indicar a desconfiança³³. A doutrina tem acentuado, nessa hipótese, sua inicial vinculação a chamada teoria do prêmio³⁴, segundo a qual se identifica a possibilidade de se confiar na atuação dos demais os quais se comportem adequadamente às normas, como no tráfego viário. Aliás, a jurisprudência constantemente passou a acolher este critério, corroborado no caso assaz exemplificativo do direito de preferência nos cruzamentos em rotatória. O fato de se esperar que os demais atuem de forma cuidadosa é o que permitiria confiar também na conduta dos demais³⁵. Por consectário lógico, resultará em descumprimento do dever de cuidado quando o indivíduo criar uma situação em que não possa esperar que os demais compensem ou aumentem o cuidado exigido. Não é outra a lição de FIDALGO: *“quem viola a norma de cuidado, criando uma situação perigosa não pode confiar que outro evite a concretização deste perigo através de um aumento do seu cuidado”*³⁶. Esta primeira limitação tem por pressuposto um comportamento correto por parte do indivíduo que faça jus a essa faculdade³⁷. Como já asseverado em outra oportunidade, trata-se da corporificação do imperativo kantiano da universalização das regras de comportamento.³⁸

O dilema quanto a extensão dessa circunstância está no fato de não ser palpável almejar a aplicação universal deste critério. O seu limite, portanto, estaria nas hipóteses nas quais o agente atuasse descumprindo seu dever de cuidado (excesso de velocidade ou conduzir veículo automotor embriagado, por exemplo) diante da concorrência da criação de risco, por um terceiro que, de forma idêntica, viola o dever de cuidado. Comumente, esta específica reflexão é manejada a partir do episódio descrito por FIGUEIREDO DIAS: *“Se o automobilista C, com uma taxa de álcool proibida conduz por uma via prioritária com respeito pelas regras de trânsito deve poder continuar a contar, apesar da situação ilícita (ou até por ventura criminosa!) em que conduz, com que sua prioridade será respeitada pelos outros (...) verificando-se um acidente por violação de direito de prioridade de C do qual resulta a morte de outro condutor, D, o tipo de ilícito negligente não deve considerar-se realizado pela conduta de C”*³⁹

³³ FIDALGO, Sonia. O princípio da Confiança e Crimes negligentes, p.163; SIQUEIRA, Flávia. O Princípio da Confiança no Direito penal. p. 114.

³⁴ MARAVER GOMEZ, Mario. Op. cit., p. p. 128 e também 172 e ss; SIQUEIRA Flávia. Op. cit., p. 93 e ss; FIDALGO, Sonia. Op. cit., p.162;

³⁵ SIQUEIRA, Flávia. Op cit., p. 114.

³⁶ FIDALGO, Sonia. Idem.p.163. O próprio Roxin afirma que em razão de um agente embriagado se envolver num acidente pelo fato do outro motorista não ter respeitado o seu direito de preferência e tal incidente não poder ter sido evitado mesmo em eventual estado de sobriedade, haveria de ser isenta a responsabilidade do primeiro pelo princípio da confiança. Vide ROXIN, Claus. Derecho Penal. p. 1005.

³⁷ MARAVER GOMEZ, Mario. Op. cit. p. 126.

³⁸ Anteriormente SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Op. cit p. 194.

³⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. cit. p. 883; FIDALGO, Sonia. Princípio da Confiança e crimes negligentes, p 164; REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit. p.156.

A respeito, o próprio ROXIN, a partir de um dado similar acima descrito, compreende a situação daquele que conduz um automóvel em um estado de embriaguez não ser responsabilizado, invocando o princípio da confiança, quando terceiro não respeita sua prioridade e o acidente não teria sido evitado por um condutor sóbrio. Ao se permitir a punição do condutor alcoolizado, estando desamparado da proteção da confiança, acarretaria uma sanção pela inadmissível *versari in re ilícita*⁴⁰.

Todavia, na jurisprudência comparada, impera uma resistência para se aplicar o princípio em caso de concorrências de riscos criados. Ante a impossibilidade de compensação de culpas no Direito penal, a elucidação desta interrogante encontra solução nos domínios da teoria da imputação objetiva, acentuando-se na própria doutrina posições tendentes a solucionar esta problemática no âmbito da realização do risco a fim de não criar uma exceção desarrazoada no sentido de confrontar uma confiança à outra.⁴¹

Logo, em situações nas quais ambos os indivíduos estejam atuando contrariamente ao que deles se espera, não há como se falar em incidência do princípio da confiança, pois não é legítima a pretensão de um em confiar que o outro aja de modo correto e vice-versa⁴². Nesse sentido, conforme MARAVER GOMEZ, desde o momento em que se reconhece que a conduta do sujeito é incorreta, o princípio da confiança deixa de ter sentido, pois serve precisamente para determinar a infração do dever de cuidado⁴³. Deduz-se deste contexto apresentado de que o verdadeiro problema colocado será, neste caso, o da imputação do resultado a título de negligência. Por outro lado, a questão a ser respondida é a de saber se o princípio da confiança será considerado um critério de valoração da relação entre conduta e resultado. A sua restrição se dará entre a infração do sujeito e a conduta incorreta de terceiro, condicionando-se à posição adotada quanto às teorias do aumento do risco ou o fim de proteção da norma⁴⁴.

2.2 NÃO SE PODE CONFIAR EM TERCEIRO QUE DEMOSTRE RAZÕES CONCRETAS PARA TANTO

Do mesmo modo pelo qual o sujeito que desrespeita as regras de comportamento não pode se valer do princípio da confiança, quando se verificarem inequívocas razões de um comportamento irregular de terceiro,

⁴⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 1005; FIDALGO, Sonia, Op. cit., p. 165.

⁴¹ REYES ALVARADO, Yesid, Op. cit., p. 156.

⁴² No singelo exemplo proposto por REYES ALVARADO: tanto o pedestre que imprudentemente se detém sobre a metade da pista quanto quem conduzindo em excesso de velocidade não realiza nenhuma conduta para evitar lesiona-lo, tenham criado riscos desaprovados, e não obstante os dois pudessem alegar validamente que, apesar de sua conduta indevida, confiavam na conduta adequada do outro, ter-se-ia uma insustentável conclusão de que os dois, tendo atuado conforme o princípio da confiança não criaram riscos desaprovados, Vide REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit. idem.

⁴³ MARAVER GOMEZ, Mario. Op. cit. 130.

⁴⁴ FIDALGO, Sonia, Princípio da confiança e crimes negligentes, p. 171.

não se permite o afastamento da responsabilidade com fundamento em tal critério. De acordo com a lição de SIQUEIRA, esta limitação encontra respaldo também na jurisprudência alemã, ao entender que a peculiar condição de terceiro, ao atuar de forma descuidada ou com pouca capacidade para tanto (idosos, crianças etc.), enseja a observância de cuidados especiais⁴⁵. Nessa esteira, FIDALGO, comentando decisão do BGH de 1960, discorre sobre a necessidade de reconhecimento de uma limitação a incidência da confiança decorrente da presença de crianças, idosos e incapazes, em uma situação concreta na qual se encontrem desvigiadas ou desacompanhadas. Isto se daria na hipótese na qual se exigiria do condutor do veículo uma redução da sua velocidade ao se deparar com pessoas com mobilidade reduzida ou com necessidade de cuidados especiais⁴⁶.

A doutrina penal tem alertado que, no tocante a especial capacidade de terceiro, potencial limitadora do princípio, não se deve recair em presunções acerca das circunstâncias fáticas atinentes à sua específica condição, mas sim em dados concretos quanto a percepção do agente sobre essa⁴⁷. Exemplificando: assinalar apenas a condição de idoso não implica automaticamente, por si só, que a idade ou aparência física determinará uma incapacidade de confiança sobre sua pessoa, mas sim a sua dificuldade de locomoção ou de visibilidade decorrente da avançada idade⁴⁸. Referente às crianças, é sabido que, quanto menor a idade, maior cuidado exigido por parte do agente. Todavia, opina MARAVER GOMEZ que não devemos aceitar uma limitação do critério assentada exclusivamente na condição pessoal da criança. Independentemente da idade do menor, não é conveniente estabelecer de antemão uma regra para a desconfiança porque, se assim o fosse, o condutor estaria sempre obrigado a reduzir sua velocidade ao se deparar com um infante, podendo provocar consequências mais graves. Assim, a validade do princípio da confiança deve atentar a situação concreta, analisando os indícios oferecidos não só pela idade, mas também pela atitude da criança⁴⁹.

Ainda em relação às expectativas de um comportamento adequando de terceiros, surgem especiais consequências atreladas a estruturas verticais, nas quais impera a divisão de tarefas. *In casu*, vale o exemplo do empregado de uma fábrica de produtos químicos responsável unicamente pela abertura de comportas para vazão de resíduos líquidos. Esse colaborador deve confiar na cadeia de produção anterior, no sentido de não ter produzido substâncias potencialmente poluidoras. Todavia, pode-se deduzir que a isenção de

⁴⁵ SIQUEIRA, Flavia, O princípio da confiança no Direito penal, p. 141. Vide também MARAVER GOMEZ, MARIO, Op. cit., p. 127-128; FIDALGO, Sonia, Op. cit., p. 173, ROXIN, Claus, Derecho penal, p.1005.

⁴⁶ FIDALGO, Sonia, Op. cit., p. 173; MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. Las Instituciones del reigo permitido...p.139.

⁴⁷ SIQUEIRA, Flavia, Op. cit., p 146.

⁴⁸ MARAVER GOMEZ, Mario, Op. cit., p 137.

⁴⁹ MARAVER GOMEZ, Mario, Op. cit., p. 136, SIQUEIRA, Flavia, O princípio da confiança no Direito penal, p. 143.

responsabilidade desse servidor não exclui a vigilância necessária por parte de seu supervisor, quando existam fundadas razões para desconfiar do processo de produção⁵⁰. Ao tratar desta limitação, TAVARES apresenta o exemplo do médico-assistente embriagado, não podendo o médico-chefe, diante desta peculiaridade, confiar no seu diagnóstico ou prescrição; esclarecendo ainda a manutenção do princípio quando essa condição não o comprometa, como na hipótese do médico-assistente cego cuja atuação se restringe à ausculta cardíaca⁵¹. Evidentemente que estas hipóteses, ante a existência de estruturas hierárquicas, estarão amoldadas em um terceiro grupo de limitações.

2.3 NÃO SE PODE CONFIAR QUANDO EXISTA UM DEVER DE EVITAR OU COMPENSAR A CONDUTA INCORRETA DE TERCEIROS

A possibilidade de confiar também ficará limitada quando exista, *ab initio*, uma delegação de deveres que importe na vigilância do superior em relação ao subordinado, ou quando em determinada situação exista um dever de prevenir ou evitar a conduta incorreta de terceiro. Esta limitação ficou em evidência ao se vislumbrar a possibilidade de aplicar o princípio da confiança no âmbito das estruturas nas quais se demande uma divisão de trabalho⁵². Neste contexto, é suficientemente claro que os sujeitos já tenham definido os deveres a serem cumpridos em função das relações mantidas com terceiros. E comumente se reconhece que determinados sujeitos, em razão de determinadas posições, possam ter a tarefa de evitar o resultado, advindo assim sua caracterização como garante⁵³.

Em setores como a medicina e as atividades empresariais, percebe-se habitualmente uma estrutura hierarquizada de trabalho, identificando-se uma posição do superior hierárquico com maior poder de decisão e, ao mesmo tempo, impondo-lhe uma série de deveres de cuidado sobre seus subordinados. Dentre esses deveres, a doutrina aponta especialmente os de seleção, instrução, coordenação, vigilância, controle ou supervisão⁵⁴. Tais deveres supõem uma limitação da possibilidade da incidência do princípio, pois o superior já não pode esperar a procedência de motivos

⁵⁰ REYES ALVARADO, Yesid, Op. cit., p.154

⁵¹ TAVARES, Juarez, Teoria do crime culposo, p. 351 e 352.

⁵² ROXIN, Claus, Derecho penal, p. 1005; MARAVER GOMEZ, Mario, Op. cit., p. 149; FIDALGO, Sonia, Princípio da confiança e crimes negligentes, p. 190; SIQUEIRA, Flavia, Op. cit., p. 147, REYES ALVARADO, Yesid, Op. cit., p.157, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como critério normativo de imputación en el Derecho penal. In Derecho penal y criminología, 21, n. 69, jun/2000), p.69.

⁵³ Frisando os vínculos do dever de garante como requisito dos delitos omissivos impróprios e suas relações negativas com o princípio da confiança, vide SIQUEIRA, Flavia, O princípio da confiança no Direito penal, p.147. Sobre o tema, ainda FIDALGO, Sonia, Princípio da confiança e crimes negligentes, p. 191. Ainda, ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 145.

⁵⁴ MARAVER GOMEZ, Mario, Op. cit., p. 150; ainda sobre esse tópico, vide também SIQUEIRA, Flavia, Op. cit., p. 147.

concretos que o façam pensar que o terceiro se comportará incorretamente⁵⁵. Já salientou FIDALGO o fato do superior hierárquico poder confiar na atuação dos seus subordinados, exceto quando surgirem indícios modificadores da normalidade da atividade laboral⁵⁶.

Constata-se nas reflexões dedicadas ao modo de como se estrutura a divisão de tarefas, uma distinção ente divisão de trabalho horizontal e divisão de trabalho vertical⁵⁷. Em matéria de divisão de trabalho horizontal, impera o entendimento de que as competências dos agentes se desenvolvem em plano de igualdade. Consequentemente, estão delimitados os deveres de cada um dos profissionais envolvidos. Na atividade médica, um dos exemplos mais comuns ofertados é a relação entre o cirurgião e o anestesiolologista⁵⁸. Considerando a especialidade de cada um dos intervenientes, o âmbito de suas competências está previamente delimitado. Por sua vez, na divisão de trabalho vertical, depara-se com uma relação hierárquica na qual uma pessoa recebe instruções de outra que se encontra numa posição superior e que possui maior poder de decisão, podendo recepcionar os deveres de cuidado sobre a atuação dos seus subordinados⁵⁹. Restando no quadro ilustrativo da área médica, a doutrina penal apresenta a relação entre o médico cirurgião (chefe da equipe) e os enfermeiros colaboradores na cirurgia⁶⁰.

Tem se propalado a ideia segundo a qual, nas situações do trabalho horizontal, o princípio da confiança somente poderia ser excluído em circunstâncias especiais, enquanto na divisão de trabalho vertical, o princípio da confiança seria afastado nos casos em que os intervenientes da divisão de trabalho possuem especiais deveres de vigilância ou de controle⁶¹. Para aprofundar esse tema, é conveniente analisar os limites dos deveres de cuidado em relação à possibilidade de confiar. No marco da divisão vertical de trabalho, devem ser analisadas o grupo de deveres relacionados com a *seleção, instrução, coordenação* e com o grupo dos deveres da *vigilância, controle ou supervisão*. Já no tocante a divisão horizontal de trabalho, os contornos da confiança serão auferidos a partir dos denominados deveres de *dupla garantia*⁶².

2.3.1 Deveres de seleção, instrução e coordenação

O profissional que se encontra na posição hierárquica superior assume o dever da organização e coordenação do trabalho dos seus colaboradores,

⁵⁵ Vide considerações na nota supra.

⁵⁶ FIDALGO, Sonia, Op. cit., p. 193

⁵⁷ FIDALGO, Sonia, Op. cit., 191; ainda SIQUEIRA, Flavia, op. cit., p. 147.

⁵⁸ FIDALGO, Sonia. Responsabilidade penal do Médico interno e do Orientador de formação. In Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 981; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. El principio de confianza..., p.55.

⁵⁹ SIQUEIRA, Flavia, op. cit., p. 147; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. El principio de confianza, p.56.

⁶⁰ FIDALGO, Sonia, Princípio da Confiança.. p. 192; ainda MARAVER GOMEZ, Mario, Op. cit., p. 150.

⁶¹ SIQUEIRA, Flavia, O princípio da confiança no Direito penal, p. 148.

⁶² MARAVER GOMEZ, Mario, Op. cit., p. 151.

além de se concentrar na execução das demais tarefas inerentes a sua função.⁶³ Assim, o detentor da responsabilidade de selecionar as pessoas escolhidas para o desempenho de determinada atividade tem o dever de propiciar a essas pessoas a capacidade técnica para a realização da tarefa assignada. Não se comprovando essa qualificação a seu subordinado, não poderá o superior reivindicar o princípio da confiança, tornando-se responsável pelos resultados lesivos causados por terceiros. Ainda, as pessoas detentoras de um conhecimento poderão desempenhar um dever de instrução em relação a terceiros diante de uma tarefa concreta ou geral. Entende-se pela procedência da confiança quando a instrução foi dada atendendo devidamente as exigências da norma regulamentadora da atividade e que o subordinado tenha compreendido as instruções. Finalmente, neste campo, poder-se-ia constar uma restrição ao princípio da confiança diante de deveres e coordenação. Caberá ao superior a correta repartição das tarefas efetivas para garantir uma atividade segura, evitando conflitos de competência, como ocorre quando várias pessoas são responsáveis pela mesma tarefa.⁶⁴

Segundo estudo de FIDALGO, o exemplo neste caso de divisão de trabalho é o da relação entre o médico-cirurgião (chefe da equipe) e os enfermeiros que colaboram com ele na cirurgia, ou então na relação de trabalho vertical entre médicos da mesma especialidade, mas onde apenas um deles se encontra em uma posição de superioridade em relação ao outro, por assumir funções de chefia de uma equipe médica⁶⁵. Neste caso, o chefe da equipe poderá confiar na atuação diligente dos seus subordinados, salvo se circunstâncias especiais do caso concreto o fizerem duvidar da capacidade daquele para desempenhar tal tarefa.⁶⁶ Isso ocorrerá quando o superior ateste erros do colaborador, ou quando um membro da equipe, apesar da qualificação técnica, ainda for inexperiente para determinada tarefa.

Quem se encontra em uma posição superior deve poder confiar que suas instruções serão seguidas; quem ocupa uma posição subordinada deve poder confiar que as instruções recebidas são corretas. Assim, na hipótese de um médico prescrever determinado medicamento, poderá confiar na administração correta por parte de um enfermeiro. Inversamente, o enfermeiro poderá contar, via de regra, na adequação da prescrição médica no processo terapêutico de cada paciente. Na circunstância de um médico errar quanto ao tipo de medicamento a ser empregado ou na quantidade de sua administração, a responsabilidade recairá apenas sobre este, e não sobre o enfermeiro.⁶⁷

⁶³ FIDALGO, Princípio da confiança e crimes negligentes, p. 198.

⁶⁴ MARAVER GOMEZ, Mario, Op. cit., p. 153. Também PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio; COX VIAL, Francisco. Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza..., p.198 a 201.

⁶⁵ FIDALGO, Sonia, Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, p. 417 e ss.

⁶⁶ FIDALGO, Sonia. Princípio da confiança e crimes negligentes, p. 195; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio; COX VIAL, Francisco. Op. cit., p. 194.

⁶⁷ FIDALGO, Sonia. Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa..., p.432-433.

Desse modo, os deveres de *seleção, instrução e coordenação* não excluem a intervenção da confiança, mas simplesmente limitam a possibilidade de confiar. Em outras palavras, apenas pode confiar quem tenha cumprido antecipadamente com esses deveres. Trata-se de uma limitação especial da possibilidade de confiar. Como já havia registrado MARAVER GÓMEZ, quem tem esses deveres está obrigado, desde o princípio, a prestar atenção a determinados aspectos aptos a ensejar uma conduta incorreta de terceiro.⁶⁸

2.3.2 Deveres de vigilância, controle ou supervisão

Estes deveres restringem a possibilidade de confiar porque o superior não pode esperar, no caso concreto, que se apresentem circunstâncias capazes de revelar um comportamento incorreto de terceiro, mas sim, comprovar positivamente a inexistência de determinados comportamentos, os quais possam dar azo a uma eventual conduta errônea de terceiro. Portanto, estes deveres de vigilância, controle ou supervisão, repercutem em uma maior limitação da possibilidade de confiar, em razão de permanecerem intactas até o momento da realização da conduta por parte do subordinado. Parece claro, conforme a doutrina, não se estar no marco da garantia das condições necessárias para estabelecer uma divisão de tarefas, mas sim, no campo da plena observação de que terceiro realize corretamente sua tarefa⁶⁹. Para SIQUEIRA, trata-se da *culpa in vigilando*, deduzida da correta vigilância do superior hierárquico sobre seus subordinados.⁷⁰

No magistério de ROXIN, o princípio da confiança deverá ceder quando os intervenientes (como no caso do médico-chefe) possuam especiais deveres de vigilância (por exemplo, frente ao médico-assistente) ou outras funções de controle. A determinação e o alcance destes deveres dependerá da forma como estará configurada a divisão de trabalho, resultando claro a admissibilidade da imposição de deveres de vigilância ao indivíduo atuante naquela estrutura, sempre quando este último possa cumprir esse dever sem prejudicar a realização específica de suas tarefas.⁷¹ Evidentemente, a existência destes deveres especiais dependerá de normas as quais regulamentem o labor e determinem, ao mesmo tempo, as linhas da divisão de trabalho concernentes a essa atividade⁷².

Necessário asseverar que, dependendo da intensidade e da quantidade de controle exigidos pelas normas regulamentadoras, a confiança poderá ter um alcance limitado. De qualquer modo, não cabe atestar a existência de uma limitação absoluta alicerçada em um dever geral de prevenir ou de evitar a conduta incorreta de terceiro. Frise-se, em determinadas situações,

⁶⁸ MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit. p. 153.

⁶⁹ MARAVER GÓMEZ. Op. cit. p. 153.

⁷⁰ SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 151

⁷¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 1006, Ainda SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 151.

⁷² SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 151.

o superior terá o dever de controlar a conduta de terceiro para atestar a execução correta de sua tarefa. Assim se verifica, na área da medicina, com respeito a atuação dos estudantes nas suas atividades práticas. Entretanto, parte da doutrina corrobora que este tipo de dever de controle absoluto terá um caráter excepcional pois, caso contrário, estaríamos renunciando à distribuição das tarefas. Inclusive, em casos de relações hierarquizadas, será natural a permissão de um certo grau de confiança.⁷³

Por sua vez, SIQUEIRA defende a inadmissibilidade da existência de um dever absoluto de controle ou dever de vigilância permanente. Defende esta autora somente ser possível impor deveres de controle e vigilância tendo em vista o fato do superior hierárquico poder cumprir tal dever, sem isso prejudicar o desempenho de suas próprias funções. Dependerá, em todo caso, de uma análise casuística, tendo em vista sempre as normas atinentes a cada atividade.⁷⁴

Pode-se deduzir que a extensão do princípio da confiança nas relações hierárquicas irá depender do alcance conferido ao dever de controle da atuação dos subordinados. Procede, portanto, a assertiva de uma delimitação recíproca entre o princípio da confiança e o dever de controle, propiciando a seguinte premissa: quanto maior for o alcance do dever de controle, menor será a extensão do princípio da confiança e, inversamente, quanto menor for o dever de controle, maior resultará a extensão do princípio da confiança⁷⁵.

2.3.4 Deveres de dupla garantia

Está devidamente acentuado na doutrina a identificação de deveres que não encontram sua origem na relação com uma pessoa subordinada, mas sim da necessidade de assegurar uma determinada tarefa. Esses deveres encontram receptividade no âmbito da divisão horizontal do trabalho, possibilitando um certo controle sobre a conduta de terceiros.⁷⁶ Cite-se, como amostra, o dever do médico ao controlar o trabalho do primeiro profissional de saúde a tratar o paciente⁷⁷ ou ainda o caso do enfermeiro obrigado a contar os instrumentos utilizados na operação para comprovar que o cirurgião não tenha abandonado nenhum deles no corpo do paciente⁷⁸. De acordo com MARAVER GOMEZ, nestes casos ilustrativos, não poderia se falar propriamente de deveres de controle a atuação correta de terceiro, e sim de deveres de cuidados próprios, independentes da atuação correta de terceiro. Quer dizer, seu dever consiste em compensar os riscos advindos da conduta incorreta de terceiro, compartilhando

⁷³ MARAVER GÓMEZ, Mário. Op. cit., p. 154 e 155.

⁷⁴ SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 153.

⁷⁵ FIDALGO, Sonia. Responsabilidade Penal do médico interno..., p. 984. Idêntica premissa também citada na obra da autora Princípio da Confiança e Crimes negligentes, p. 194.

⁷⁶ MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 155.

⁷⁷ SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 154

⁷⁸ MARAVER, GÓMEZ, Mario. Op.cit., p. 156; SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 154.

com este o dever de controlar um risco específico, de modo a evitar por distintas vias que o resultado chegue a produzir-se⁷⁹.

Em certas atividades perigosas, defronta-se com situações as quais apresentam um sistema de proteção múltipla, exigindo de vários sujeitos o dever de controlar o mesmo tipo de risco. Esses deveres já haviam sido reconhecidos no contexto do trânsito, passando a ser designados como “*medidas de dupla segurança*”⁸⁰, impondo-se aos condutores atenção quanto a possibilidade de os demais participantes do trânsito se comportarem incorretamente. Entre os exemplos, vale indicar: o dever de manter uma distância de segurança com o veículo da frente, de modo a evitar uma colisão quando este, porventura, frear de forma abrupta; ou, ainda, o dever de vigiar os condutores que se aproximem vindo de trás, realizando uma manobra incorreta de ultrapassagem, de modo a não colidir com eles caso realize uma conversão à esquerda. Diante destes casos, considerando que o dever de cuidado visa evitar os riscos gerados pelas possíveis condutas incorretas dos terceiros, o condutor não poderá invocar o princípio da confiança⁸¹.

Desta forma, as medidas de dupla garantia excluem a possibilidade de confiar, não porque representem um dever de prevenir ou evitar a conduta incorreta de terceiro, mas sim por estarem fora da lógica da divisão do trabalho e da repartição de tarefas⁸². Essas medidas, portanto, nas relações horizontais, ao imporem um dever de compensar a conduta incorreta de terceiro, restringem por completo a possibilidade de confiar. Isso não ocorre, por sua vez, no âmbito das relações da divisão vertical de trabalho⁸³.

Esclarece SIQUEIRA terem esses deveres de ser normativamente estipulados, de acordo com as regulações de cada atividade. Assinala a citada autora, ante o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, poder o legislador estipular deveres de dupla garantia sobre situações de risco. A garantia individual, contudo, deve prevalecer sempre quando não haja previsões especiais. No tocante à especial divisão horizontal de tarefas, a confiança sobre terceiros é a regra, somente sendo afastada quando haja uma norma impositiva de deveres de dupla garantia⁸⁴.

Incursionar na temática dos limites da aplicação do princípio da confiança acabou por demonstrar uma variedade de casos quase sempre fincados no ambiente do trânsito e da área médica. Contudo, mesmo na descrição dessas hipóteses - de inspiração abstrata - não puderam contemplar de forma precisa os ditames regentes sobre o alcance deste critério. Como já

⁷⁹ MARAVER, GÓMEZ, Op. cit, idem; SIQUEIRA, Flávia, Op. cit., p. 155.

⁸⁰ MARAVER, GÓMEZ, Mario. Op. cit. idem, FIDALGO, Sonia. Princípio da confiança..., p.197.

⁸¹ MARAVER GÓMEZ, Mario. Op. cit., p. 156 e 157; FIDALGO, Sonia. Princípio da Confiança..., p.197 e 198.

⁸² MARAVER GÓMEZ. Op. cit. Idem.

⁸³ Idem Ibidem

⁸⁴ SIQUEIRA, Flávia. Op. cit., p. 155.

foi bem observado, essa impressão é advertida na principal limitação que recai sobre o princípio da confiança, justamente aquela referente às circunstâncias nas quais se deva inferir sobre o comportamento de terceiro de forma incorreta, no caso concreto. Neste ponto, observa-se a necessidade de se identificar, em um plano abstrato, as circunstâncias atreladas basicamente à condição pessoal de terceiro, sem se indagar, no cenário fático, se resultará previsível - conforme a experiência - uma atuação incorreta desse terceiro, bem como até que ponto é determinante a previsibilidade desse tipo de comportamento.

Referente a exigência de reivindicar o princípio da confiança aos casos nos quais o agente não tenha se comportado corretamente, inexistente consenso na doutrina em considerar essa atuação como verdadeiro postulado de vigência desse princípio pois, segundo algumas ponderações, tratar-se-ia de uma exigência vinculada a considerações da imputação de resultado. Não é por outro motivo o entendimento acolhedor da ideia que, para poder limitar a possibilidade de confiar é necessário que a conduta incorreta do sujeito esteja relacionada com a de terceiro, seja por ter causado o resultado, seja por ter desatendido uma norma destinada a evitá-lo. Portanto, um dos desafios será compreender se o reconhecimento do dever de cuidado concernente a uma conduta incorreta de terceiro irá decorrer dessa especial vinculação ou da posição hierárquica (nas divisões verticais, por exemplo).⁸⁵

Parece ainda que, na gestão das estruturas empresárias corporativas, o princípio da confiança regeira, nas relações horizontais, o âmbito dos órgãos de administração e, nas relações verticais, com limitações quando o delegante tiver cumprido os deveres de escolha, instrução e supervisão sobre o delegado. Nada obstante, sabe-se da demanda de uma sede própria a este tema, cabendo aqui apenas indicar, na literatura penal pátria, os estudos de SIQUEIRA⁸⁶ e ESTELLITA⁸⁷.

3 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL E CONCLUSÕES

Uma das eternas e permanentes tarefas da ciência penal é manter o diálogo entre a doutrina e a jurisprudência⁸⁸. Na sua época, LARENZ reivindicava uma relação bilateral entre a dogmática e a jurisprudência, devendo imperar a reciprocidade. Ensinava este autor que a dogmática muitas vezes elabora critérios de solução os quais nem sempre são acolhidos pelos tribunais e, quando acolhidos, muitas vezes são modificados ou compreendidos de forma equivocada. Por sua vez, a jurisprudência propicia o material a partir do qual a dogmática procurará os novos critérios de efetividade. Pela própria natureza, a jurisprudência está atrelada ao caso

⁸⁵ MARAVER, GÓMEZ, Mario. Op. cit. p 158 e 159.

⁸⁶ Cf. SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade Penal pelo produto..., p. 211 e ss.

⁸⁷ Cf. ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade Penal de dirigentes de empresas por omissão..., p. 29 e ss.

⁸⁸ ROXIN, Claus. La ciencia jurídico penal ante las tareas del futuro. In La teoría del Delito en la discusión actual. Lima Grijley. 2007, p. 22.

concreto e o seu empenho está regido pelo padrão elevado de “*justiça do caso*”. A seu turno, o jurista dogmático tem em vista o aspecto geral dos casos.⁸⁹

Mais recentemente, BACIGALUPO, representante de ambos os setores, acabou constatando a interrupção desse diálogo. Via de regra, para os teóricos, o estudo da jurisprudência dos tribunais não ofereceria maior interesse científico, pois nas decisões judiciais são feitas referências a categorias ou conceitos não recepcionados no sistema dogmático lecionado nas universidades. No entanto, para os juristas práticos (advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e magistrados), os livros dos teóricos frequentemente denotam uma preocupação com questões alheias às suas tarefas diárias⁹⁰.

Cumprido, pois, lembrar a assertiva de WELZEL de que o Direito Penal é uma “*ciência prática*”⁹¹. A fim de superar um certo ceticismo arraigado por parte de setores dos chamados juristas práticos diante dessa afirmação, indica-se que a confluência entre a “teoria e a prática” deve se dar na aplicação do Direito. Em outras palavras, seguindo as lições de BACIGALUPO: “*Se a ciência do Direito penal quer ser verdadeiramente uma ciência prática deverá refletir cada vez mais sobre os casos apresentados nos tribunais. E se os práticos querem superar a tendência a um puro pragmatismo, aumentando assim a segurança jurídica deveriam intentar uma maior aproximação as elaborações teóricas*”.⁹²

Inspirados nessa premissa, é parte desta tarefa de conciliação pesquisar a aplicabilidade do princípio da confiança por parte dos nossos tribunais. No exaustivo estudo de SIQUEIRA, depreende-se a constatação de que o princípio da confiança foi empregado pela primeira vez apenas em 1993 por uma Corte nacional⁹³. Ante a promissora criação da Escola Judicial do Paraná e com o intuito de buscar justamente essa aproximação entre *teoria e prática*, restringir-se-á a análise a decisões oriundas do Tribunal de Justiça paranaense, o qual teve a oportunidade de debater o princípio da confiança em diversos casos concretos levados à sua apreciação colegiada.

Em matéria de trânsito, repercute na jurisprudência local duas orientações. A primeira delas está apoiada na visão tradicional de considerar o princípio da confiança como limitador do alcance da previsibilidade – ao não ter de contar com a conduta incorreta de terceiros – auxiliando, deste modo, na determinação do dever de cuidado. A segunda representa a adoção de critérios da moderna teoria da imputação objetiva para caracterizar a criação ou não de um risco juridicamente desaprovado.

⁸⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 327

⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. La técnica de resolución de casos penales. In Teoría y Práctica del Derecho Penal. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 1515 e ss.

⁹¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán..., p. 1. O mesmo autor completava essa assertiva: no sólo porque ella sirve a la administración de justicia, sino también, en un sentido más profundo, em cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica” idem.

⁹² BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 1516-1517.

⁹³ SIQUEIRA, Flavia. O Princípio da Confiança..., p. 61.

Filiando-se a primeira orientação, pode-se indicar a Apelação Criminal n.º 1.694.304-9, oriunda da 1ª Câmara Criminal, cujo relator foi o Desembargador Clayton Camargo. Narrou a ementa, em análise de recurso defensivo quanto à imputação e condenação de homicídio culposo na direção de veículo automotor com omissão de socorro (art. 302, §1º, inciso III do CTB), sobre a *“(...) inviabilidade do uso do princípio da confiança diante do descumprimento por parte do motorista do ônus que lhe cabe, qual seja, de dirigir com velocidade moderada.”*⁹⁴ A peculiaridade do caso concreto, pertinente ao campo da análise aqui posto, reside na constatação empírica do excesso de velocidade motivador da violação do dever de cuidado, sobretudo pelas condições de tempo e local do fato. Assim indicou o Relator no seu voto *“(...) tendo em vista que o excesso demonstrado, por si, caracteriza-se como abusivo à posição que ocupava naquele momento, razão pela qual, a inobservância do dever de cuidado demonstrada acarreta na caracterização do fato típico, considerando que conduzia o veículo em desacordo com as normas de trânsito”*⁹⁵.

Aderindo a segunda tendência, mencione-se a Apelação Criminal n.º 613.996-8, da 1ª Câmara Criminal, de Relatoria do Desembargador Luiz Osório Moraes Panza⁹⁶. Na manifestação condutora, assim ficou estampado:

⁹⁴ “APELAÇÃO CRIME - HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM OMISSÃO DE SOCORRO (ARTIGO 302, § 1º, INCISO III DO CTB) - RECURSO DEFENSIVO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - DESCABIMENTO - ACERVO PROBATÓRIO QUE DÁ CONTA DA AUTORIA DO DELITO EM COMENTO, BEM COMO A COMPROVAÇÃO DA CULPA DO RÉU - ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CULPAS NO DIREITO PENAL - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL QUE NÃO IMPEDE CONSTATAÇÃO DE EXCESSO DE VELOCIDADE - TESTEMUNHAS PRESENCIAIS. IMPRUDÊNCIA CONFIGURADA - INVIABILIDADE DO USO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA DIANTE DO DESCUMPRIMENTO POR PARTE DO MOTORISTA DO ÔNUS QUE LHE CABE, QUAL SEJA, DE DIRIGIR COM VELOCIDADE MODERADA - AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO II, § 1º DO ARTIGO 302 DO CTB - INCIDÊNCIA CONFIGURADA COM BASE NAS PROVAS DOS AUTOS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 1694304-9 - São João - Rel.: Desembargador Clayton Camargo - Unânime - J. 14.09.2017)”

⁹⁵ Sob essa orientação do princípio da confiança como limitador do dever objetivo de cuidado, também são as decisões prolatadas na AC 1555813-3 de Relatoria do Desembargador Miguel Kfourri Neto e na AC 1628531-1 de Relatoria do Desembargador Clayton Camargo.

⁹⁶ Consta da ementa: “APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302 DA LEI N.º 9.503/1997). CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA RECURSAL: AUSÊNCIA DE CULPA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA PRESENÇA DE PROVA DE HAVER O RÉU AGIDO IMPRUDENTEMENTE, VIOLANDO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO. CUMPRIMENTO DAS REGRAS DE TRÂNSITO POR PARTE DO RÉU. ADOÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. FATO ATÍPICO. RECURSO PROVIDO. 1 O motorista que cumpre basicamente com as regras de trânsito não pode ser considerado culpado por um acidente, se o fato demonstra que não houve na sua valoração subjetiva o comportamento temerário acima do limite do razoável, agindo apenas dentro do risco permitido. 2 Na adoção da contemporânea doutrina da teoria da imputação objetiva, o que se deve observar é do momento em que a atuação do sujeito possa provocar um aumento de probabilidade de ocorrência de resultado. Todavia, é de afirmar que o risco faz parte do cotidiano da vida do cidadão e, desta forma, ainda que a atitude do réu seja tal que um risco juridicamente relevante tenha sido realizado,

*“Nestes autos o réu agiu dentro do regramento disciplinar do transito, não se podendo falar em descumprimento, cuja imputação objetiva caracteriza-se através do aspecto objetivo do tipo, sendo que a responsabilização fica sob a prerrogativa do surgimento de um elemento subjetivo e, ainda, quanto aos demais requisitos da conduta punível, o que não é o caso dos autos (...) o réu manteve-se dentro do perigo permitido nas relações contemporâneas da sociedade e esperava que os demais cumprissem o seu papel, o que, todavia, não aconteceu no caso concreto”.*⁹⁷

Também adotando em parte os critérios da imputação objetiva, porém, demonstrando, *in casu*, ser a quebra do princípio da confiança o fato constitutivo da criação de um risco desaprovado, sendo o resultado imputável ao autor criador do risco, veja-se a Apelação Criminal n.º 168-91.2011.8.16.0164, da 1ª Câmara Criminal, relatada pelo Desembargador Antonio Loyola Viera⁹⁸.

se este risco se encontra compreendido no âmbito dos riscos que a sociedade tende a tolerar, não pode haver imputação dentro do modelo clássico. 3 O conjunto probatório existente nos autos autoriza concluir que o acidente se deu, lamentavelmente, por uma somatória de fatalidade, pois o acusado não violou qualquer dever objetivo de cuidado na condução de seu veículo automotor. Realmente, nas circunstâncias em que se deu o evento, não tinha o acusado como prevê-lo e, se não lhe era possível prevê-lo, possível também não lhe era evitá-lo. Nessa situação, não há como considerar que o evento decorreu de atuação culposa do acusado e, não havendo conduta culposa, o fato carece de tipicidade e, não sendo típico, criminoso não pode ser considerado. 4 Ora, por uma concepção de razoabilidade que deve nortear a construção do presente resultado (aqui adotando a teoria de Luís Recaséns Siches sobre a lógica do razoável), por aparência o réu realizou por toda a extensão o comportamento do fluxo de veículos, constatou a possibilidade de fazê-lo e atravessou dentro das regras de trânsito. (TJPR - 1ª C. Criminal - AC - 613996-8 - Curitiba - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA - Rel. Desig. p/ o Acórdão: DESEMBARGADOR LUIZ OSORIO MORAES PANZA - Por maioria - J. 27.05.2010)”

⁹⁷ Como consequência a declaração judicial de atipicidade reafirma os princípios da legalidade penal e da intervenção mínima. O Prof. Cuerdo Riezu ao descrever sua experiência no Tribunal Constitucional Espanhol, afirma que nem toda irregularidade se caracteriza como fato jurídico-penalmente relevante. Nem sempre se demonstra claro entender esse alcance da norma penal principalmente diante do fato de algumas vezes o cidadão vitimados se acudirem a outras esferas jurisdicionais para reclamar os danos supostamente produzidos por atividades de terceiros. De maneira inversa, o imputado terá sofrido a desagradável experiência de ter prestado declarações à polícia ou ao Judiciário e, ao mais das vezes ter sofrido medidas cautelares restritivas. Vide. CUERDA RIEZU, Antonio. *Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?* In. *Estudios Penales em Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 175 e 176.

⁹⁸ “PENAL ESPECIAL - APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA COM APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA - IMPOSSIBILIDADE - INSUBSISTÊNCIA JURÍDICO-ARGUMENTATIVA - ATROPELAMENTO EM ESTRADA SOB FORTE NEBLINA - RÉU QUE TRAFEGAVA SOB EFEITO DE ÁLCOOL, EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL, COM FAROL QUEIMADO E SEM HABILITAÇÃO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA - IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CULPAS EM MATÉRIA PENAL - FALTA DE DEVER OBJETIVO DE CUIDADO COMPROVADA À SACIEDADE - RESPONSABILIZAÇÃO PENAL HÍGIDA - DOSIMETRIA - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A JUSTIFICAR O DESVALOR AQUILATADO À VETORIAL DA CULPABILIDADE -

O emprego dos critérios normativos do tipo objetivo pode ser extraído desse trecho: “*Sem dúvida, com seu comportamento, criou o apelante o risco da produção de um resultado danoso, o qual efetivamente se materializou nos ferimentos suportados pela vítima e posterior óbito*”.

Um dos maiores embates na doutrina é precisar o alcance do princípio da confiança em função de sua relação com outros critérios utilizados para determinar o dever objetivo de cuidado ou a imputação objetiva do resultado.⁹⁹ Corriqueiramente, observa-se na praxis judicial a deliberação conjunta dos critérios do princípio da confiança e do comportamento da vítima. Evidentemente, a preponderância de um ou outro pressuposto normativo estará intrinsecamente relacionado com as circunstâncias do caso “*sub judice*”. A dogmática penal subsidia critérios de solução para efetivar de forma coerente a escolha pela prevalência dos parâmetros do tipo objetivo, sejam estes da previsibilidade, da ponderação de interesses, da responsabilidade de terceiro ou do comportamento exclusivo da vítima.¹⁰⁰

Optando-se pelo critério do comportamento exclusivo da vítima como fator determinante para a ocorrência do resultado, a Corte paranaense já teve a oportunidade delimitar os pressupostos de imputação, como o fez na Apelação Criminal 9814-30.2013.8.16.0173, julgada pela 1ª Câmara Criminal, de relatoria do Desembargador Naor Rotoli de Macedo Neto¹⁰¹. Discutindo um caso de homicídio e lesões corporais culposas cometidos na direção de veículo automotor (artigos 302 e 303 do CTB), decorrentes de uma colisão transversal entre caminhonete e caminhão *bitrem*, decidiu-se pela absolvição diante da ausência de provas seguras de que o réu teria agido culposamente. Isso se concluiu pela inexistência de violação do princípio da confiança e do dever objetivo de cuidado, bem como pela imprevisibilidade do resultado. Aduziu,

PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INVIABILIDADE - ACUSADO QUE BUSCA SE EXIMIR A TODO CUSTO DA CULPA PELO CRIME - QUANTUM DE PENA INALTERADO - RECURSO DESPROVIDO. Quem trafega em estrada sem possuir boa visibilidade, em veículo com avarias, sem habilitação, sob o efeito de álcool, sabedor da presença de pessoas no entorno da via, está obrigado a tomar cautelas excepcionais, não desenvolvendo marcha que não lhe permita, em qualquer circunstância, completo controle do veículo. (TJPR - 1ª C.Criminal - 0000168-91.2011.8.16.0164 - Teixeira Soares - Rel.: DESEMBARGADOR ANTONIO LOYOLA VIEIRA - J. 30.05.2019)”

⁹⁹ MARAVER GÓMEZ, Mário. Op. cit., p.159.

¹⁰⁰ MARAVER GÓMEZ, Mário. Op, cit., p. 171.

¹⁰¹ “APELAÇÃO CRIME – HOMICÍDIOS CULPOSOS E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS COMETIDAS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ARTS. 302, “CAPUT” E 303, “CAPUT”, AMBOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO) – COLISÃO TRANSVERSAL ENTRE CAMINHONETE E CAMINHÃO BITREM – ABSOLVIÇÃO – PLEITO DE CONDENAÇÃO DO ACUSADO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS DE QUE O RÉU AGIU CULPOSAMENTE NA MODALIDADE IMPRUDÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – IMPREVISIBILIDADE DO RESULTADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO” – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AO CONDUZIR AUTOMÓVEL COM HABILITAÇÃO CASSADA, EMBRIAGADA, EM VELOCIDADE EXCESSIVA E COM SUPERLOTAÇÃO DE PASSAGEIROS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 1ª C.Criminal - 0009814-30.2013.8.16.0173 - Umuarama - Rel.: DESEMBARGADOR NAOR RIBEIRO DE MACEDO NETO - J. 07.12.2018)”

ainda, pela aplicação do princípio *in dubio pro reo* e no reconhecimento da culpa exclusiva da vítima ao conduzir automóvel com habilitação cassada, embriagada, em velocidade e com superlotação de passageiros. Foi, por fim, mantida a sentença absolutória.

Demonstrando o conjunto de circunstâncias apto a definir a inviolabilidade do princípio da confiança e deslocando a solução para a predominância do critério da culpa exclusiva da vítima, grifa-se no voto: *“Dessa forma, o abalroamento, ao que tudo indica, não poderia ter sido evitado, já que o acusado, enquanto terminava o ingresso à rodovia, foi surpreendido pelo veículo F-250, que empreendia velocidade muito acima da permitida para o local (80km/h), dando causa ao acidente em destaque, cujo ‘o impacto foi tão grande que explodiu a camionete’ e que ‘a julieta do caminhão chegou a ser desacoplada’. (...) Em outras palavras, como bem consignado pelo Juiz singular na sentença guerreada, evidente que o acusado ‘pautou sua conduta no princípio da confiança, ou seja, na previsão de que os demais motoristas, atentos à inexistência de acostamento e ao trânsito intenso de veículos pesados no local, respeitariam o limite de velocidade, bem assim atuariam com maior atenção em face da sinalização de advertência concernente à existência de via lateral à rodovia’, tornando o evento danoso imprevisível para o réu”*.¹⁰² Merece, contudo, um pontual reparo quanto ao fundamento legal da absolvição: ao se considerar vigente o princípio da confiança, exclui-se o risco juridicamente desaprovado, tornando, portanto, a conduta atípica. Logo, o fundamento processual encontraria amparo devido no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, pela não constatação da criação do risco juridicamente desaprovado e, conseqüentemente, pela ausência de tipicidade objetiva.¹⁰³ Reitere-se, inexistente dúvida quanto ao nexos causal, materialidade e autoria, faltando-lhe requisitos ensejadores do critério de imputação.

Quanto aos limites do dever de confiança em estruturas de divisão vertical do trabalho, localizou-se a decisão tomada na Apelação Criminal n.º 520.434-2, da 1ª Câmara Criminal, de Relatoria do Juiz Convocado Francisco Cardozo Oliveira¹⁰⁴, cujo

¹⁰² Aponta-se, em igual sentido, a Apelação Criminal 1.697.601-5, da 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Macedo Pacheco, julgada em 16 de novembro de 2017.

¹⁰³ Fundamentando pela atipicidade, remete-se à decisão supra de lavra Relator Desembargador Luiz Osório Moraes Panza, vide nota 95 supra.

¹⁰⁴ “APELAÇÃO CRIMINAL HOMICÍDIO CULPOSO (ART. 121, § 3.º e 4.º DO CÓDIGO PENAL) SOTERRAMENTO DE OPERÁRIOS NA ESCAVAÇÃO DE POÇO - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA AUDIÊNCIA PARA A INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO NÃO SE HÁ FALAR EM NULIDADE QUANDO INTIMADA A DEFESA POR CARTA COM AVISO DE RECEBIMENTO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO PRESUME-SE RECEBIDA A CARTA DE INTIMAÇÃO QUANDO RECEBIDA NO ENDEREÇO FORNECIDO PELO DEFENSOR NOS AUTOS ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NULIDADE NA SITUAÇÃO DE LANÇAMENTO DA SENTENÇA SEM A CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO - NÃO SE HÁ FALAR DE NULIDADE QUANDO A SENTENÇA É PROLATADA DEPOIS DE ESCOADO O PRAZO FIXADO NA CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PARA A INQUIRIRÇÃO DA TESTEMUNHA DE DEFESA- ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA NO EVENTO DANOSO ESTÁ MATERIALIZADA A CULPA DO AGENTE QUE NA CONDIÇÃO DE

objeto cindiu-se em uma discussão sobre homicídio culposo (art.121, §§3º e 4º do CP), decorrente de um soterramento de operários na escavação de poços. A defesa alegou a ausência de culpa no evento danoso. Contudo, entendeu o julgador estar materializada a negligência do agente que, na condição de engenheiro responsável pela obra, assumiu a posição de garante e, nessa função, deixou de promover a proteção das paredes de poço em escavação, antes da descida de operários para serviços de alinhamento manual de que decorreu o desmoronamento. O nexo de causalidade estaria firmado pela morte de dois dos operários ter se dado por asfixia mecânica decorrente do soterramento. Depreende-se deste julgado a opção dogmática em imputar a responsabilidade pela omissão do então garantidor que, na qualidade de superior hierárquico, não providenciou a efetiva *instrução* dos seus subordinados. Nada obstante, poder-se-ia alcançar idêntico desfecho por meio do princípio da confiança, ante a impossibilidade de confiar nos subordinados por não se observar os deveres especiais próprios dessa atividade profissional. Aquele que deixa de cumprir com seus deveres de seleção, instrução e coordenação ou de vigilância, controle e supervisão, não pode se valer do princípio da confiança.

Por derradeiro, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou casos decorrentes de ações próprias de atividades econômicas de risco, reunindo para a solução dos casos os critérios normativos da imputação objetiva. A exemplo, tem-se a Apelação Criminal n.º 569.377-0, da 1ª Câmara Criminal, a qual teve como relatora a Juíza de Direito Convocada, Denise Hammerschmidt¹⁰⁵. Em um caso de homicídio culposo, ocorrido na Usina

ENGENHEIRO RESPONSÁVEL PELA OBRA ASSUMIU A POSIÇÃO DE GARANTE E, NESSA CONDIÇÃO, DEIXA DE PROMOVER A PROTEÇÃO DAS PAREDES DE POÇO EM ESCAVAÇÃO ANTES DA DESCIDA DE OPERÁRIOS PARA SERVIÇOS DE ALINHAMENTO MANUAL DE QUE DECORRE O DESMORONAMENTO E A MORTE DE DOIS DELES POR ASFIXIA MECÂNICA DECORRENTE DE SOTERRAMENTO - NA SITUAÇÃO EM QUE O ENGENHEIRO RESPONSÁVEL PELA OBRA ASSUMIU A POSIÇÃO ESPECIAL DE GARANTE E DEIXOU DE OBSERVAR O DEVER DE CUIDADO ESTABELECIDO NAS NORMAS TÉCNICAS DE SEGURANÇA MATERIALIZOU-SE ESPÉCIE DE OMISSÃO A DAR ENSEJO A RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO PENA PECUNIÁRIA DEVE SER EXCLUIDA DA CONDENAÇÃO A PENA PECUNIÁRIA FIXADA QUANDO EXISTENTE ACORDO NO JUÍZO CIVIL EM TORNO DO MONTANTE DA INDENIZAÇÃO DEVIDA A FAMÍLIA DAS VÍTIMAS EM RAZÃO DO ACIDENTE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 13, § 2º, ART. 18, INC. II, ART. 45, § 1º E 121, §§ 3º e 4º, , TODOS DO CÓDIGO PENAL; ART. 222, “CAPUT”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; SÚMULA Nº 273 DO STJ E SÚMULA Nº 155 DO STF RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 520434-2 - Tibagi - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA - Unânime - J. 22.04.2010)”

¹⁰⁵ “APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. USINA HIDRELÉTRICA DE SALTO OSÓRIO. VÍTIMAS DRAGADAS POR UM DE SEUS VERTEDOUROS. DÚVIDAS QUANTO AO SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO OBJETIVO. IMPUTAÇÃO OBJETIVA. EXCLUSÃO ANTE O RISCO PERMITIDO. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. ÍNDICIOS DE EXPOSIÇÃO CONSENTIDA DAS VÍTIMAS A PERIGO CRIADO POR OUTREM. EXCLUSÃO DO NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O tipo de injusto culposo apresenta os seguintes elementos objetivos-normativos: a) inobservância do cuidado objetivamente devido; b) produção de um resultado e nexo causal; c) previsibilidade objetiva do resultado; d) conexão interna entre desvalor da ação (inobservância do cuidado

hidroelétrica do Salto Osório, as vítimas foram dragadas por um de seus vertedouros. Houve dúvidas quanto a um suposto descumprimento do dever de cuidado objetivo capaz de ter causado tal resultado lesivo. Entendeu a magistrada pela incidência dos critérios da imputação objetiva, a fim de excluir a responsabilidade diante da circunstância do risco permitido. Houve, *in casu*, o desrespeito ao princípio da confiança, ante os indícios de exposição consentida das vítimas ao perigo criado por outrem. Foi apontado na ementa do julgado, todavia, a exclusão do nexa causal. A absolvição se deu pela inexistência de infração penal.

Para não ser repetitivo nos argumentos, com a devida vênia, uma ressalva deverá ser feita na reunião dos seus fundamentos. Parece ser inviável a negativa do curso causal quando empregados os critérios normativos de imputação, os quais têm o propósito de delimitar a incidência da norma criminalizadora. É consenso na doutrina ser a causalidade pressuposto da teoria da imputação objetiva, tendo os dois institutos finalidades diversas.¹⁰⁶ Enquanto causalidade delimita o aspecto empírico da atribuição do resultado (no caso, a morte ter sido causada pela dragagem), a imputação define os critérios para que o resultado seja atribuído a alguém como obra sua, isto é, a quem tenha efetivamente criado o risco para sua efetivação. Há situações nas quais possa ser verificada a causalidade, mas não a imputação, como é possível se deduzir do caso em tela.

Todas as decisões anteriormente apresentadas, em que pese seja possível apontar alguns breves comentários tendentes a aprimorar suas conclusões, têm o mérito de reconhecer critérios dogmáticos contemporâneos discutidos amplamente pela doutrina, demonstrando um incipiente debate entre a teoria e a prática jurisprudencial. Durante muito tempo era possível constatar das decisões judiciais, em geral, uma reduzida análise dos critérios dogmáticos da teoria do delito, ademais de suas discussões mais modernas, havendo uma restrita cognição de aspectos processuais, como autoria e materialidade.

Enfim, o surgimento da Escola Judicial do Paraná tem por principal missão consolidar a cooperação entre a jurisprudência e a dogmática jurídica. Já em seu tempo, LARENZ antevia que os novos desafios da sociedade

objetivamente devido) e desvalor do resultado (lesão ou perigo concreto de lesão para o bem jurídico). 2. De acordo com a teoria da imputação objetiva, a responsabilização dos réus exige a demonstração da criação ou incremento de risco não permitido a qual não restou evidenciada neste caso concreto. 3. Ademais, há indícios de desrespeito ao princípio da confiança, concernente na exposição consentida das vítimas a perigo criado por outrem o qual afasta a responsabilidade dos réus, rompendo o nexa causal e tornando imprevisível o resultado. 4. Assim, a ausência de alguns dos elementos constitutivos do tipo de injusto culposos, gera a atipicidade do fato criminoso. A absolvição dos acusados é a medida que se impõe. Inteligência do art. 386, III, do Código de Processo Penal. (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 569377-0 - Quedas do Iguazu - Rel.: JUÍZA DENISE HAMMERSCHMIDT - Unânime - J. 18.03.2010)''

¹⁰⁶ Vide OMAR CARRIZO, Ruben. Op. cit., p. 87.

contemporânea reclamam uma regulação em conformidade com os pontos de vista da justiça distributiva, da proteção da parte socialmente vulnerável ou da prevenção de perigos¹⁰⁷. Logo, a meta é conciliar teoria e prática do Direito penal visando a resolução de conflitos sociais¹⁰⁸. Neste contexto, é extremamente propícia a criação dessa Escola.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl. Op. cit., 329

¹⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 1517.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA LEI 11.101/2005 PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Ramon de Medeiros Nogueira¹
Alexandre Correa Nasser de Melo²

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.112/2020 atualizou o sistema de insolvência empresarial brasileiro, trazendo importantes mudanças para a Lei nº 11.101/2005. Trata-se de uma busca pela modernização e maior eficiência legislativa para o enfrentamento de crises econômico-financeiras, tanto de crises de pessoas jurídicas ou grupos econômicos, como de crises sistêmicas – que ocasionam uma situação de anormalidade no mercado e requerem tratamento jurídico diferenciado para evitar colapsos econômicos em larga escala.

Entre as diversas alterações da Lei 11.101/2005, o presente artigo limitou-se a analisar cinco das principais mudanças no tocante à recuperação judicial: (i) *stay period* e apresentação de plano de recuperação judicial alternativo pelos credores; (ii) insolvência transnacional; (iii) créditos tributários; (iv) mediação nos processos de recuperação judicial; (v) consolidação processual e consolidação substancial.

Analisa-se em que consistem essas alterações legislativas, seus propósitos, suas promessas e seus desafios, em um momento em que ainda não é possível afirmar com exatidão quais serão os desdobramentos da aplicação da lei, buscando contribuir para o debate acerca dos noveis dispositivos legais.

1 *STAY PERIOD* E PLANO ALTERNATIVO

O plano de recuperação judicial é o cerne do processo recuperacional, pois delimita como efetivamente ocorrerá a reestruturação da atividade econômica e a satisfação dos credores. O plano, então, precisa ser arquitetado

¹ Desembargador do TJPR. Diretor da Ejud - Escola Judicial do Paraná. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba no período de 1999/2009, chefe de Departamento de Direito Privado da mesma instituição no período de 2003/2005 e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, entre 2001 e 2003. Atualmente é professor de pós-graduação na Escola de Direito da PUCPR.

E-mail: ramon.nogueira@tjpr.jus.br

² Advogado, professor e administrador judicial. Sócio fundador da Nasser de Melo - Advogados Associados, escritório especializado em Direito Empresarial e da Credibility Administrações Judiciais, empresa focada em administração judicial, inventariança e perícias. Coordenador e professor da pós-graduação de Recuperação de Empresas e Falência da PUCPR. Autor do Livro Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, publicado pela Editora Juruá.

E-mail: alexandre@nasserdemelo.com.br

em bases sólidas, pois a sua rejeição ou o seu descumprimento pode acarretar a convalidação da recuperação em falência.

Para que seja possível cumprir essa complexa e fundamental etapa do processo, é indiscutível a imprescindibilidade de um período de suspensão das ações e execuções ajuizadas, e das que vierem a ser propostas, contra o devedor ou o sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência. Essa suspensão é denominada de *stay period*, que deve resguardar a empresa devedora enquanto ocorrem as negociações sobre o plano de recuperação.

O que se discutia, entretanto, era a definição de um termo final para a suspensão, pois, embora a Lei 11.101/2005 prevísse que a duração não excederia 180 dias contado do deferimento do processamento da recuperação e que este prazo seria improrrogável, os tribunais pátrios se viram forçados a relativizar essa ordem, privilegiando o sentido teleológico da lei, para viabilizar recuperações empresariais. O Superior Tribunal de Justiça³ já havia firmado entendimento no sentido de que o período de suspensão poderia ser prorrogado nas situações em que a demora para a deliberação sobre o plano de recuperação judicial não decorresse de desídia da devedora, importando na relativização da improrrogabilidade. Esta relativização, embora fosse necessária em muitos casos, gerava insegurança jurídica no sistema de insolvência, por não haver uma definição quanto ao termo final, além de ferir o princípio da celeridade processual.

A Lei 14.112/2020 mudou este cenário ao afastar a relativização e a imprevisibilidade, definindo um prazo máximo que agora consiste no total de 360 dias, ou seja, 180 dias prorrogáveis uma única vez por mais 180 dias, quando o devedor não concorrer com a superação do lapso temporal (§4º, do artigo 6º da Lei 11.101/2005).

Ademais, se houver decurso desse prazo sem a deliberação a respeito do plano de recuperação judicial proposto pelo devedor, ou se o plano for rejeitado em assembleia, os credores poderão propor um plano alternativo (art. 56 da Lei 11.101/2005), também chamado de *plano dos credores*. É importante frisar que a apresentação do plano dos credores é faculdade destes, e não uma imposição legal. Nessas hipóteses, o *stay period* pode se estender para um período de até 570 dias, correspondendo aos 360 dias previstos no citado artigo 6º, § 4º, mais trinta dias para apresentação do plano alternativo, mais 180 dias, previstos no artigo 6º, §4º-A, II da Lei 11.101/2005, em caso de efetiva apresentação de plano pelos credores.

Para isso, além dos requisitos exigidos para o plano do devedor, quais sejam: (i) especificação dos meios recuperacionais; (ii) demonstração de viabilidade econômica; (iii) laudo de avaliação dos bens; exige-se também que o plano dos credores não preveja novas obrigações e não imponha sacrifícios maiores, para o devedor ou aos seus sócios, do que aqueles que seriam impostos por uma convalidação em falência.

³ Segunda Seção do STJ, no julgamento do CC 159.480.

Para que seja colocado em votação, o plano alternativo deve ter apoio de ao menos 25% do total dos créditos ou de 35% dos créditos cujos credores estiveram presentes na assembleia (art. 56, §6º, III, alíneas “a” e “b”). Esses credores que propuseram, aderiram ou votaram favoravelmente ao plano, deverão isentar as garantias pessoais prestadas por pessoas naturais em relação aos créditos novados.

A lei não limita a proposta de plano alternativo de recuperação judicial a somente uma. Portanto, pode haver mais de um plano proposto pelos credores, desde que cumpridos os requisitos do artigo 6º, III da Lei 11.101/2005.

A reforma legislativa vai ao encontro com a racionalidade do sistema de insolvência, de típico caráter negocial, considerando que importantes alterações do plano de recuperação já ocorriam por iniciativa dos credores, mesmo antes da promulgação da Lei 14.112/2020, mediante negociação com o devedor em assembleia.

Sendo assim, após a reforma legislativa, quando a deliberação tardar excessivamente ou quando a negociação coletiva em assembleia falhar e houver rejeição ao plano apresentado pelo devedor, não se impõe de imediato a decretação em falência: existe ainda a oportunidade para a apresentação de plano alternativo pelos credores.

A finalidade é criar estímulos para que haja maior diligência na elaboração do plano pelo devedor, para evitar a submissão ao plano alternativo, e, da mesma forma, para que os credores apresentem um plano pautado pela razoabilidade, para evitar a falência, que normalmente seria prejudicial a todos.

É uma valorização dos princípios da participação ativa dos credores e da preservação da empresa:

[...] é muito importante que os credores busquem a defesa de seus interesses, mas que essa busca não os impeça de visualizar que o bem comum é superior ao bem particular, uma vez que, para a sociedade, é mais importante a reestruturação da empresa, com a manutenção dos empregos, da cadeia produtiva e pagamento de impostos, do que o pagamento de um credor específico. Vale destacar que, na maioria das vezes, a manutenção de determinada empresa em atividade gera muito mais possibilidade de retorno aos credores do que com a sua simples liquidação.⁴

Os credores, em defesa de seus interesses, podem otimizar os resultados obtidos no processo⁵, e o devedor ganha uma nova chance de recuperação.

⁴ COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021, p. 33-34.

⁵ AGÊNCIA SENADO. Os princípios que orientaram Tebet na análise da nova Lei de Falências. Senado Federal. Brasília, Distrito Federal, 14.04.2004.

Por outro lado, há desafios para a formulação de um plano dos credores. Um desses desafios é a heterogeneidade existente dentro dos grupos homogêneos de credores divididos em classe por critério legal⁶. Neste tocante, é importante lembrar que não são raras as vezes em que os titulares dos maiores créditos são instituições financeiras, o que pode acarretar entraves à formulação e aprovação do plano dos credores.

Diante disso, a cooperação entre as diversas partes do processo torna-se ainda mais relevante. É preciso que haja transparência e disponibilidade de informações completas e tempestivas, e que todos atuem com o objetivo comum de preservar os benefícios econômicos e sociais decorrentes da empresa – ainda que resguardando também os próprios interesses, considerando que o bom funcionamento do mercado é a finalidade principal do sistema de insolvência, que gera benefícios para todos.

2 INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

O capítulo da insolvência transnacional foi integralmente incluído pela Lei 14.112/2020, visto que ainda não havia regras positivadas sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Inspirada pela Lei Modelo da Uncitral, esta reforma legislativa garante maior segurança jurídica e previsibilidade para fomentar investimentos estrangeiros no Brasil, estando de acordo com a diretriz formulada pela Comissão de Comércio Exterior da Organização das Nações Unidas, que recomenda que os países estabeleçam:

Parâmetros para a insolvência transfronteiriça: para promover a coordenação entre jurisdições e facilitar a prestação de assistência na administração de processos de insolvência originários de um país estrangeiro, as leis de insolvência devem estabelecer regras sobre insolvência transfronteiriça, incluindo o reconhecimento de procedimentos estrangeiros.⁷

Quando a insolvência transnacional é ineficiente, pode haver perda de valor dos ativos, enfraquecimento da atividade econômica e mesmo a inviabilização da recuperação de empresas, com externalidades negativas em nível internacional.

⁶ MELO, Alexandre Nasser de. RODRIGUES FILHO, João de Oliveira. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Limitação do prazo de stay period e apresentação do plano de recuperação pelos credores. Migalhas: Migalhas de Peso. 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344033/limitacao-do-prazo-de-stay-period> Acesso em 25 de abril de 2021.

⁷ UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law. Legislative Guide on Insolvency Law. United Nations Publication. New York, 2005, p. 14.

A transnacionalização da insolvência é decorrente da transnacionalização do capital e da atividade empresarial, o que significa que uma empresa atua sob diversas jurisdições simultaneamente. Nesses casos, o processo de insolvência terá curso no Brasil se o devedor possuir bens ou estabelecimento no país, aos quais os efeitos deste processo se restringirão.

Sobre a competência, em conformidade com o artigo 3º da Lei 11.101/2005, o local da principal operação do devedor no Brasil – ou seja, aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa, assim entendido como o mais economicamente relevante⁸ – é que será o competente para reconhecer processo estrangeiro e para a cooperação com a autoridade estrangeira.

A soberania estatal, traduzida na jurisdição para processar e julgar as sociedades situadas em seu território, deve se amoldar à necessidade de reestruturação judicial da empresa globalizada, com consequências evidentes para os estados envolvidos. Para tanto, o instrumento de materialização será o protocolo de insolvência (*insolvency protocol*) firmado entre os juízos competentes, em conjunto com os administradores judiciais (*insolvency practitioner*), com base no denominado *Court-to-Court Cooperation* (CCC).⁹

O legislador propiciou ao juiz certo grau de discricionariedade quanto às medidas judiciais que serão mais apropriadas aos casos concretos, mesmo porque não seria possível prever todas as situações processuais que podem surgir em relação a outras jurisdições¹⁰. Diante disso, para preservar a legitimidade e legalidade, as decisões judiciais deverão ser sempre devidamente fundamentadas, assim como respeitarão os princípios de otimização, previstos no artigo 167-A da Lei 11.101/2005: (i) cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países; (ii) aumento de segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento; (iii) administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor; (iv) proteção e maximização do valor dos ativos do devedor; (v) promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e preservação de empregos; e (vi) promoção da liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira,

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

⁹ GUIMARÃES, Marcio Souza. SESTER, Peter. Insolvência Transnacional (Cross-border Insolvency) – O desafio brasileiro. Justiça e Cidadania. 10 set. 2017.

¹⁰ COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021, p. 314.

com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis.

Diante da ampla gama de desdobramentos de uma insolvência transnacional, a fundamentação pormenorizada da decisão é essencial para que as partes compreendam a medida adotada, sua adequação ao caso concreto, e, se assim entenderem necessário, requeiram a modificação das medidas, quando estas deixaram de ser necessárias, deixaram de atender aos interesses dos credores e do devedor, ou, se deixaram de ser eficientes ou úteis para o processo.

As premissas e alicerces da insolvência transnacional são a cooperação, coordenação e transparência entre juízes, na máxima extensão possível. Os meios pelos quais a cooperação irá se concretizar dispõem de flexibilidade garantida por lei, visando proporcionar a eficiência, celeridade e menor onerosidade, permitindo, também, que a Lei acompanhe a evolução tecnológica dos meios de comunicação e transmissão de informações entre o juízo brasileiro e o(s) juízo(s) estrangeiro(s), em prol do resultado útil do processo, bem como para evitar decisões conflitantes.

O art. 167-P prevê que as formas de cooperação incluem a comunicação direta ou solicitação de informações e assistência, sem a necessidade de expedição de cartas rogatórias, procedimento de auxílio direto ou outras formalidades semelhantes, privilegiando a desburocratização da cooperação. Ocorre que a definição da melhor medida “varia conforme as circunstâncias do caso, a legislação do país (ou dos países) com os quais se está buscando a cooperação, a tecnologia disponível para a transmissão de informações, entre muitos outros aspectos”¹¹.

Da mesma forma, o administrador judicial, sob a supervisão do juiz, deve cooperar na máxima extensão possível com a autoridade estrangeira ou representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos na Lei 11.101/2005, sendo-lhe permitida também a comunicação com as autoridades estrangeiras e com os representantes estrangeiros.

O princípio *par conditio creditorum* é aplicável também na insolvência transnacional, havendo a determinação legal (art. 167-G da Lei 11.101/2005) de que os credores estrangeiros tenham os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais. Como desdobramento, a lei determina que seja respeitada a ordem de classificação dos créditos e sua hierarquia previstos no artigo 83 da Lei 11.101/2005. Além disso, o credor que tiver recebido pagamento parcial de seu crédito num processo de insolvência no exterior não pode ser pago pelo mesmo crédito em processo no Brasil, referente ao mesmo devedor enquanto os pagamentos aos credores da mesma classe forem proporcionalmente inferiores ao valor já recebido no exterior.

Os créditos que não tiverem correspondência com a classificação prevista na legislação brasileira, serão classificados como créditos

¹¹ COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021, p. 327.

quirografários, independentemente da classificação atribuída pela lei do país em que foram constituídos.

3 TRIBUTOS

As discussões sobre o crédito tributário na recuperação judicial envolvem principalmente: (i) a não sujeição dos créditos tributários ao plano de recuperação judicial; (ii) a não suspensão das execuções fiscais durante o *stay period*; (iii) a obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa tributária como condição para homologação do plano de recuperação judicial; (iv) as modalidades de parcelamento ou transação de débitos tributários para empresas em recuperação judicial.

Pedro Ivo Lins Moreira afirma que:

O empresário que toma a difícil escolha de trilhar pelo caminho da inadimplência tributária para recompor seu caixa – se é que podemos falar em escolha – sabe que ela poderá desencadear reações agressivas ao seu patrimônio por parte da Fazenda Pública ou até mesmo reduzir o seu leque de opções futuras para superação da crise¹²

Diante disso, o legislador buscou, por meio da Lei 14.112/2020, amenizar as consequências mais nefastas dos créditos tributários e execuções fiscais para as recuperandas, possibilitando benefícios, negociações e parcelamentos.

A versão original do projeto de reforma legislativa previa a sujeição dos créditos tributários à recuperação judicial, de forma que as execuções fiscais seriam também suspensas durante o *stay period*. Essa alteração foi retirada do projeto aprovado pela Câmara, mas, em contrapartida, o legislador positivou o entendimento jurisprudencial de que, ainda que as execuções fiscais prossigam em face da recuperanda, cabe ao juízo recuperacional analisar as medidas constritivas e, se verificar que recaem sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial, deverão ser substituídas (revogação do §7º e inclusão do §7º-B no art. 6º da Lei 11.101/2005), harmonizando o princípio da preservação da empresa e o interesse de crédito do Fisco, que é essencial para que o Estado cumpra as suas funções.

A reforma da lei 11.101/2005 trouxe ainda o novo artigo 6º-B, que prevê a possibilidade de empresas falidas ou em recuperação judicial compensarem integralmente o lucro proveniente de ganho de capital

¹² MOREIRA, Pedro Ivo Lins. A exigência da regularidade fiscal para fins de concessão da recuperação judicial à luz da hermenêutica constitucional e do princípio da preservação da empresa. In: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de (Coords.). Temas de Direito de Insolvência: Fundamentos, Práticas e Consequências. Curitiba, OAB Paraná: Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência, 2021, p. 313.

na alienação de bens ou direitos, com o desconto de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa acumulados na apuração do IRPJ e da CSLL. Da mesma forma, o artigo 50-A traz a previsão de que a recuperanda pode compensar integralmente o ganho obtido no deságio aprovado no plano, com os prejuízos fiscais e bases negativas acumuladas, reduzindo, assim, o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro dessas operações.

Sobre a exigência da apresentação de certidões negativas de débitos tributários (art. 57 da Lei 11.101/2005), a minimização de consequências veio por meio de benefícios como a previsão de parcelamento do débito da recuperanda. Conforme previsão dos artigos 10-A, 10-B e 10-C da Lei 10.522/2002, a recuperanda poderá parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional em 120 parcelas mensais e consecutivas, e o cálculo das parcelas é feito com a aplicação de percentuais mínimos sobre o montante a ser quitado, desde que a devedora comprove que desistiu de forma expressa e irrevogável das ações judiciais ou dos processos administrativos em que seriam discutidos os seus débitos, renunciando, também, a qualquer alegação de direito que pudesse embasar ação judicial ou recurso administrativo. Também ficou prevista a possibilidade de parcelamento de débitos de tributos objeto de retenção na fonte e não recolhidos (como, por exemplo, imposto de renda retido sobre salários), inclusive o imposto sobre operações financeiras (IOF) retido, possibilitando o pagamento do débito em até vinte e quatro parcelas mensais consecutivas. As novas regras também trouxeram a possibilidade de a devedora apresentar proposta de transação dos débitos tributários, de forma motivada e fundamentada, observando o grau de recuperabilidade do crédito tributário e as condições econômico-sociais da empresa em recuperação.

Ainda nesse sentido, a Lei 13.988/2020 (Lei do Contribuinte Legal) objetiva a preservação da empresa, por meio de transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, inscritos em dívida ativa ou objeto de contencioso judicial ou administrativo. Com isso, o passivo fiscal pode ser regularizado em paralelo ao processo recuperacional, de forma que atenda a capacidade de pagamento da recuperanda, com possibilidade de negociação para descontos – chamado de Negócio Jurídico Processual (NJP), regulamentado pela Portaria PGFN nº 742/18 –, mas cujo descumprimento pode acarretar a convolação em falência, a ser requerida pelo Fisco.

Os parcelamentos implicam na suspensão da exigibilidade dos débitos tributários enquanto é cumprido o acordo, permitindo a expedição de certidão positiva com efeito de negativa.

É razoável supor que, com a criação de programa de parcelamento que não repita os equívocos já identificados pela jurisprudência do STJ, somado à criação da transação tributária, as empresas em crise terão à sua disposição mecanismos suficientes para equacionar seu passivo fiscal. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá dar total

aplicabilidade às regras da recuperação judicial, exigindo a apresentação da certidão fiscal como condição para concessão da recuperação judicial da empresa em crise.¹³

Entretanto, a recuperanda poderá ser excluída do parcelamento se (i) deixar de pagar 6 parcelas consecutivas ou 9 parcelas alternadas; (ii) deixar de pagar de 1 até 5 parcelas, conforme o caso, se todas as demais estiverem pagas; (iii) for constatado qualquer ato tendente ao esvaziamento patrimonial como forma de fraudar o cumprimento do parcelamento; (iv) for decretada a falência ou extinção, pela liquidação, da pessoa jurídica optante; (v) for concedida a medida cautelar fiscal, nos termos da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992; (vi) houver declaração de inaptidão da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (vii) for extinta sem resolução do mérito ou não concedida a recuperação judicial, bem como quando houver a convalidação desta em falência. Como consequência, a totalidade do débito torna-se imediatamente exigível, confessado e ainda não pago, com o prosseguimento das execuções fiscais relacionadas aos créditos cuja exigibilidade estava suspensa, inclusive com a possibilidade de prática de atos de constrição e de alienação pelos juízos que as processam; ocorre a execução automática das garantias; são restabelecidas as cobranças dos valores liquidados com créditos; além da (vi) faculdade de a Fazenda Nacional requerer a convalidação da recuperação judicial em falência.

Nesse sentido, Pedro Ivo Lins Moreira¹⁴ conclui que é preciso partir da premissa que não é toda e qualquer empresa que merece ser preservada, mas somente aquelas que sejam rentáveis no seu aspecto econômico e social, de forma que não devem ser preservadas as atividades empresariais cuja viabilidade econômica é conquistada às custas da sonegação de tributos.

4 MEDIAÇÃO

Segundo o Conselho Nacional de Justiça¹⁵, a mediação é recomendada para conflitos multidimensionais e complexos – como os processos de recuperação empresarial –, sendo um procedimento para a solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito.

¹³ COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021, p. 171.

¹⁴ MOREIRA, Pedro Ivo Lins. A exigência da regularidade fiscal para fins de concessão da recuperação judicial à luz da hermenêutica constitucional e do princípio da preservação da empresa. In: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de (Coords.). Temas de Direito de Insolvência: Fundamentos, Práticas e Consequências. Curitiba, OAB Paraná: Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência, 2021, p. 331.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Programas e ações: Mediação e Conciliação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em 20 de abril de 2021

São diversos os diplomas legais que trazem a conciliação e a mediação como meios de solução de conflitos que devem ser incentivados ou mesmo priorizados. O Decreto 737 de 1850, em seu artigo 23, já estabelecia que “nenhuma causa *commercial* será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por *acto* judicial, ou por comparecimento voluntario das partes”. O Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 3º, §3º, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. A Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) também foi um avanço neste sentido, consolidando a relevância do sistema multiportas para a solução de conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em sua Recomendação nº 58/2019, já vinha orientando que os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, promovessem, sempre que possível, o uso da mediação. O Enunciado 45, aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, firmou o entendimento de que “a mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”. E a Recomendação nº 71/2020, propôs a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) empresariais nos tribunais do país, para buscar soluções na fase pré-processual e para evitar a excessiva judicialização de processos.

Diante disso, a Lei 14.112/2020 incluiu a Seção II-A na Lei 11.101/2005 para tratar especialmente das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, positivando o que já vinha sendo praticado por operadores do direito da insolvência.

Os conflitos e matérias que podem ser objeto da mediação ou conciliação compreendem: (i) disputas entre sócios e acionistas da sociedade em crise ou em recuperação judicial; (ii) litígios com credores extraconcursais ou credores não sujeitos à recuperação judicial; (iii) litígios com concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais; (iv) litígios envolvendo créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência do estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; (v) montantes e formas de pagamento entre a devedora e credores, anteriormente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial.

Por outro lado, é vedada a mediação ou conciliação que tenha como objeto a natureza jurídica, classificação dos créditos ou critérios de votação em AGC. Respeitados estes limites, há um grau de autonomia da vontade para as partes na negociação, em que se servem também do princípio da confidencialidade – o que pode minimizar danos à imagem e reputação

da empresa devedora. Ademais, as sessões de conciliação e mediação poderão ser realizadas por meios virtuais.

O artigo 20-C da Lei 11.101/2005 exige que o acordo resultado da conciliação ou mediação seja homologado pelo juiz competente, garantindo segurança jurídica para os credores e para o devedor. O juízo que homologou o acordo torna-se prevento para conhecer de eventual futura recuperação judicial.

Para estabelecer um ambiente propício à negociação, a devedora pode requerer tutela de urgência cautelar para suspender as execuções dos credores pelo prazo de até sessenta dias. Se, posteriormente, a devedora requerer recuperação judicial ou extrajudicial, o período de suspensão será deduzido do *stay period* previsto no artigo 6º, §4º, da Lei 11.101/2005, em respeito à celeridade processual.

Se a devedora requerer a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor verá reconstituídos os seus direitos e as suas garantias nas mesmas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados.

As mediações antecedentes ao processo foram pensadas para evitar a sobrecarga do Poder Judiciário, especialmente em cenários de crises sistêmicas, como a crise causada pela pandemia do Covid-19, que consolidou a necessidade de meios alternativos de resolução de disputas. Este mecanismo assemelha-se à Diretiva Europeia (EU) 2019/1023, que dispõe sobre os regimes de negociação e reestruturação preventiva, que visam permitir que os devedores se reestruturem numa fase precoce, antes mesmo da insolvência ou do superendividamento, corroborando o princípio da preservação da empresa¹⁶. Nesse sentido, Ricardo Villas Bôas Cueva e Daniel Carnio Costa afirmam:

O sistema de pré-insolvência criado pelo PL 4.458/2020 cria estímulos para que empresas devedoras busquem a renegociação coletiva de suas dívidas de forma predominantemente extrajudicial, com mínima intervenção judicial. A utilização da mediação e da conciliação preventivas necessita da criação de estímulos para que seja eficaz e adequada. Nesse sentido, é preciso proteger o devedor de execuções individuais, como condição para que se crie um espaço adequado para realização dos acordos com os credores. Os credores somente se sentarão à mesa para negociar se não puderem prosseguir nas suas execuções individuais. Por outro lado, a devedora somente terá condições de propor um acordo aos seus credores se tiver um espaço de respiro e uma proteção contra os ataques patrimoniais provenientes de

¹⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 6.229/2005. Relator Deputado Federal Hugo Leal. Brasília-DF. 30.07.2020.

ações individuais. Da mesma forma, um credor somente se sentirá seguro para negociar se houver uma proteção ao acordo entabulado, evitando-se que seja prejudicado pelo uso sucessivo de um processo de insolvência. De igual modo, deve-se cuidar para que os devedores não façam uso predatório dessa ferramenta, apenas com o intuito de prolongar a proteção do stay contra os credores.¹⁷

A mediação e conciliação incidental são recomendadas para amenizar a morosidade do Poder Judiciário, considerando que, com o processo em trâmite, as partes já dispõem de mais informações sobre a crise econômico-financeira da empresa, o futuro previsível das medidas recuperacionais, bem como sobre o exercício dos seus direitos. Essa redução da assimetria informacional pode encorajar a negociação.

O estímulo à conciliação, mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência cabe também ao administrador judicial, conforme artigo 22, I, 'j' da Lei 11.101/2005, incluído pela reforma legislativa. O administrador judicial não pode exercer o papel de mediador de forma cumulada, mas, como auxiliar do juízo, imparcial e profundo conhecedor do contexto fático-processual, pode incentivar as partes a buscarem esta alternativa no momento mais adequado, conforme os interesses e a capacidade de negociação de todos os envolvidos no processo.

5 CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

Outra importante alteração que veio a ser positivada e disciplinada no sistema de insolvência brasileiro pela Lei nº 14.112/2020, são os institutos da consolidação processual e da consolidação substancial nos processos de recuperação ou falência.

Por meio da inclusão da Seção IV-B (arts. 69-G a 69-L) na Lei 11.101/2005, estão previstas as regras para a recuperação judicial de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, de fato ou de direito.

A consolidação processual – que consiste na reunião das empresas de um mesmo grupo econômico no polo ativo de um processo –, por ser equivalente ao litisconsórcio ativo, enquanto não havia previsão legal específica na Lei 11.101/2005, seguia os seguintes critérios do artigo 113 do Código de Processo Civil: (i) comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; e (ii) conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; ou (iii) afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito; que ensejam a postulação em conjunto. Este diploma legal permanece sendo de aplicação subsidiária à Lei 11.101/2005. Entretanto, a reforma legislativa delineou questões mais pontuais afetas ao tema, dirimindo controvérsias jurisprudenciais.

¹⁷ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; COSTA, Daniel Carnio. Os mecanismos de pré-insolvência nos PLS 1397/2020 e 4458/2020. Migalhas de Peso. 21.10.2020

As empresas serão tratadas separadamente, *ab initio*, pois a consolidação processual nem sempre importará em consolidação substancial. São mantidas incólumes as personalidades jurídicas e, portanto, a autonomia patrimonial de cada empresa. Por isso, cada empresa devedora integrante do grupo deverá preencher os requisitos legais e apresentar individualmente a documentação exigida pela Lei para postular a recuperação judicial. Diante disso, poderão ser apresentados planos de recuperação autônomos ou um plano único, mas subdividido, de forma que seja possível identificar as medidas previstas para cada devedora¹⁸. As assembleias de credores também ocorrerão de forma independente.

O ajuizamento de um único processo é justificado pela supracitada afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, que, em um único processo, facilita a instrução probatória, evita decisões conflitantes e sobrecarga do Poder Judiciário, enseja economia processual, redução dos custos para as partes e maior celeridade, além de permitir que magistrado e administrador judicial compreendam a crise do grupo como um todo – o que permite também um conhecimento mais aprofundado sobre as partes que integram o processo.

Diante da autonomia das pessoas jurídicas devedoras, é possível que uma ou algumas delas obtenham a concessão da recuperação judicial, e outras não, conforme o preenchimento de requisitos, apresentação de documentos e as circunstâncias econômico-financeiras de cada uma. Nessa hipótese, o processo é desmembrado em autos falimentares e autos recuperacionais.

A consolidação processual acarretará a consolidação substancial em situações excepcionais, podendo ser voluntária ou determinada pelo magistrado. Ocorre somente quando verificada:

[...] a união de ativos e passivos das sociedades integrantes do mesmo grupo econômico para fins de apresentação do plano de recuperação judicial único para o concurso de credores, de forma que, por atuarem de forma tão interdependente, seria, em determinados casos, impossível cindir os direitos e as obrigações de cada uma que compõe este grupo¹⁹.

¹⁸ COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Nasser de. Recuperação judicial de grupos econômicos conforme as novas regras estabelecidas pela lei 14.112/20. Migalhas: Migalhas de peso. 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341927/recuperacao-judicial-de-grupos-economicos--lei-14-112-20>. Acesso em 22 de abril de 2021.

¹⁹ TAVARNARO, Giovana Harue J. ALTOMANI, Mariana Gonçalves. Consolidação substancial e processual na recuperação judicial. In: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de (Coords.). Temas de Direito de Insolvência: Fundamentos, Práticas e Consequências. Curitiba, OAB Paraná: Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência, 2021

Portanto, na consolidação substancial será necessariamente apresentado um plano de recuperação judicial unificado, mediante desconsideração das personalidades jurídicas que compõem o grupo. Se o plano unitário vier a ser rejeitado pelos credores ou descumprido, impõe-se a convolação em falência para todo o grupo consolidado.

O próprio grupo empresarial pode, voluntariamente, propor a consolidação substancial, que deverá ser aprovada pelos credores em assembleia, pois, como consequência, todos os débitos serão inseridos no passivo total do grupo, podendo haver alterações no poder de voto de cada credor.

A consolidação substancial será obrigatória, determinada pelo magistrado ao verificar que há confusão de ativos e passivos das devedoras, de modo que não é possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou recursos; cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, duas das seguintes hipóteses: (i) existência de garantias cruzadas; (ii) relação de controle ou dependência; (iii) identidade total ou parcial do quadro societário; (iv) atuação conjunta no mercado entre as postulantes.

CONCLUSÃO

Algumas das mais significativas alterações da Lei 11.101/2005 introduzidas pela Lei 14.112/2020, não se tratam verdadeiramente de mudanças de paradigma ou de inovações, mas sim de positivação de regras que já vinham sendo aplicadas mesmo antes da reforma legislativa, em decorrência de construção jurisprudencial e doutrinária, diante de necessidades verificadas pelos magistrados para solucionar casos concretos.

São alterações e inclusões legislativas que visam delimitar e esclarecer questões pontuais sobre temas recorrentes nos casos de insolvência que se apresentam ao Poder Judiciário, dirimindo controvérsias e garantindo maior previsibilidade e segurança jurídica, adequando a Lei à realidade fática.

Quanto ao *stay period*, já havia entendimento firmado no sentido de que o período de suspensão poderia ser prorrogado, mas não havia a definição de um prazo máximo, que agora consiste no total de 360 dias (180 dias prorrogáveis uma única vez por mais 180 dias). Como inovação, a convolação em falência pode ser afastada pela apresentação de um plano alternativo pelos credores.

Quanto à insolvência transnacional, foram delineadas regras incorporando o ordenamento jurídico pátrio à Lei Modelo da Uncitral, que já era utilizada como parâmetro para a atuação dos magistrados. Foi reafirmada a relevância do princípio da cooperação, entre juízos e entre partes, em prol da preservação da empresa e do mercado em âmbito internacional.

Sobre os créditos tributários, o legislador positivou o entendimento jurisprudencial de que, ainda que as execuções fiscais prossigam em face da recuperanda, cabe ao juízo recuperacional analisar as medidas constritivas e, se verificar que recaem sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial, deverão ser substituídas. E, para o cumprimento

da exigência de apresentação de certidões negativas de débitos tributários, os novos dispositivos trazem maiores facilidades para redução, transação ou parcelamento do débito, viabilizando a recuperação mediante preenchimento dos requisitos legais.

A previsão de conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial realça o que já vinha sendo praticado por operadores do direito da insolvência.

As situações de consolidação processual e de consolidação substancial ficaram devidamente positivadas, seguindo, agora, regras claras, com base nos critérios que, em sua maioria, já vinham sendo adotados pelos tribunais pátrios.

Portanto, as novas regras, previstas na Lei 14.112/2020, consistem, sobretudo, em confirmações dos meios encontrados pelos magistrados e operadores do direito para concretizar os princípios, inalterados, da Lei 11.101/2005, mormente os princípios da cooperação, da preservação da empresa e da eficiência.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA SENADO. Os princípios que orientaram Tebet na análise da nova Lei de Falências. Senado Federal. Brasília, Distrito Federal, 14.04.2004.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. (Gabinete do Deputado Federal Hugo Leal). Exposição de motivos: Urgente reforma da Lei 11.101/2005 (PL 6.229/05). 24.03.2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 6.229/2005. Relator Deputado Federal Hugo Leal. Brasília-DF. 30.07.2020.
- CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Programas e ações: Mediação e Conciliação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 20 de abril de 2021.
- COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Nasser de. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021.
- COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Nasser de. Recuperação judicial de grupos econômicos conforme as novas regras estabelecidas pela lei 14.112/20. Migalhas: Migalhas de peso. 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341927/recuperacao-judicial-de-grupos-economicos--lei-14-112-20>. Acesso em: 22 de abril de 2021.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas; COSTA, Daniel Carnio. Os mecanismos de pré-insolvência nos PLs 1397/2020 e 4458/2020. Migalhas de Peso. 21.10.2020.
- GUIMARÃES, Marcio Souza. SESTER, Peter. Insolvência Transnacional (cross-border insolvency) – O desafio brasileiro. Justiça e Cidadania. 10 set. 2017.
- MELO, Alexandre Nasser de. RODRIGUES FILHO, João de Oliveira. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Limitação do prazo de *stay period* e apresentação do plano de recuperação pelos credores. Migalhas: Migalhas de Peso. 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344033/limitacao-do-prazo-de-stay-period> Acesso em: 25 de abril de 2021.
- MOREIRA, Pedro Ivo Lins. A exigência da regularidade fiscal para fins de concessão da recuperação judicial à luz da hermenêutica constitucional e do princípio da preservação da empresa. In: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de (Coords.). Temas de Direito de Insolvência: Fundamentos, Práticas e Consequências. Curitiba, OAB Paraná: Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência, 2021.
- TAVARNARO, Giovana Harue J. ALTOMANI, Mariana Gonçalves. Consolidação substancial e processual na recuperação judicial. In: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de (Coords.). Temas de Direito de Insolvência: Fundamentos, Práticas e Consequências. Curitiba, OAB Paraná: Comissão de Estudos sobre Recuperação Judicial e Falência, 2021.
- UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law. Legislative Guide on Insolvency Law. United Nations Publication. New York, 2005.





www.editoraclassica.com.br