

EDIÇÃO 7 AGO/2021 - SET/2021
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

Editor-Chefe

José Laurindo de Souza Netto

Conselho Editorial

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Calixto Guilherme

Letícia de Andrade Porto

Laura Gomes de Aquino

Miriane de Cássia Melniski Bojarski

Editoração e Layout

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 7. v.1, n. 7, Curitiba, ago-2021/set-2021.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EDITORIAL

A ave que nomina a Revista da Escola Judicial do Paraná tem como incumbência, junto à natureza, a mesma que tem esse periódico junto à comunidade de nosso Tribunal, como o sistema de justiça e a comunidade acadêmica: plantar!

O firme propósito que a gestão da Revista ao reunir colaborações de cunho científico é, como a ave azul, incansável, na busca em disseminar a continuidade da transmissão de saberes e do conhecimento. Mas não o faz na perspectiva da arrogância e de um saber cristalizado, se não como posição reflexiva e que visa contribuir também com a função última de quem labuta no sistema de justiça que apresentar à sociedade uma prestação jurisdicional célere e competente.

Os tempos são novos como são novos os desafios. A pandemia mundial da COVID-19 nos fez ver que dramas vivenciados entre direito e medicina são ainda da ordem do dia, motivo pelo qual salutar que a Revista traga a conhecimento diferentes pontos de vista na temática que envolve ambas as áreas, perpassando por questões novas, como a neurociência e a diretiva de vontade e outras que há tempos tomam o cenário de discussão como o direito à saúde.

Em mesma perspectiva, vem à baila a importância de temática envolvendo o direito do consumidor e a responsabilidade civil pelo produto. Tendo em linha de consideração a questão dos direitos humanos, pensar sobre a mediação como forma de sua efetiva implementação, o método APAC no âmbito do sistema prisional e, a partir de pontos de partida distintos, o tema da maioria penal e a tragédia social que ronda a juventude, coloca em evidência o compromisso maior da Revista Galha Azul na linha humanista que firma a sua criação.

A Revista Galha Azul e a Escola Judicial ao colecionarem os presentes trabalhos em sua 3ª Edição apresenta à comunidade paranaense o firme propósito de trazer à leitura importantes e atuais temas para que a leitura, além de prazerosa, permita a reflexão qualificada e umas práxis comprometida com os altos valores que já foram aqui tratados nos editoriais que antecederam essa Edição.

Priscilla Placha Sá¹
Desembargadora

¹ Especialista em Direito Processual Penal e Mestra em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Estágio de pós-doutorado em andamento junto à UniCeub. Vice-Chefe de Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR. Professora Adjunta de Direito Penal da PUCPR (licenciada) e da UFPR. Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR. Integrante do NUGEP do TJPR (gestão 2021-2022). Integrante do Conselho Editorial da Revista Galha Azul do TJPR (2021-2022). Foi Coordenadora da CEVID (jan-2020/jan-2021). Desembargadora do TJPR

SUMÁRIO

EDITORIAL Priscilla Placha Sá	3
ARTIGOS	
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: AUTONOMIA PARA O FIM DA VIDA Autor: César Ghizoni	6
NEUROCIÊNCIA APLICADA À MEDIAÇÃO Autores: Eduardo Cambi, Lilian Cristina Pinheiro Goto, José Laurindo de Souza Netto	19
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO Autores: José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel	26
O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A DESJUDICIALIZAÇÃO PARA A CONSECUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS Autores: Anderson Ricardo Fogaça, José Laurindo de Souza Netto, Letícia de Andrade Porto	34
A PADRONIZAÇÃO E A INDIVIDUALIZAÇÃO NO ACESSO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA INTERAÇÃO ENTRE O MÉDICO, O PACIENTE E AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE Autores: Ermelino Franco Becker, Miguel Kfourri Neto, José Laurindo de Souza Netto	42
MEDIAÇÃO PENAL Autor: Antônio Martelozzo	50
RACISMO E GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA: “A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO É A CARNE NEGRA” Autores: Priscilla Placha Sá, Jonathan Serpa Sá	63
TEXTO DE OPINIÃO	
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: A DEMANDA QUE NÃO RESOLVE O PROBLEMA DA OFERTA Autor: Daniel Marinho Corrêa	77

ARTIGOS

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: AUTONOMIA PARA O FIM DA VIDA

ADVANCE DIRECTIVES: AUTONOMY AT THE END OF LIFE

César Ghizoni¹

Sustenta-se no presente artigo a legitimidade da recusa a tratamento médico ainda que isso possa acarretar risco à vida do paciente. É abordada a evolução da ideia do paternalismo médico até a valorização da autonomia do paciente na tomada de decisões sobre sua saúde e tratamentos a que será submetido. Analisa-se o direito constitucional à vida sob o enfoque da dignidade da pessoa humana – núcleo axiológico do ordenamento jurídico – preservando-se as crenças e os valores particulares de cada indivíduo, bem assim sua capacidade de autodeterminação e respeito à autonomia particular. Afirma-se o direito à morte digna decorrente dos direitos à autonomia, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana, daí decorrendo a legitimidade da recusa a tratamento médico. São apresentados o conceito e as espécies de diretivas antecipadas de vontade, que se constituem em valoroso instrumento de garantia da autonomia e autodeterminação do paciente. Por fim, analisa-se as hipóteses em que se admite a aplicação das diretivas, suas limitações e as grandes controvérsias a respeito da eficácia nas situações de eutanásia passiva.

Palavras-Chave: Diretivas antecipadas de vontade. Autonomia do paciente. Autodeterminação. Dignidade da Pessoa Humana. Morte digna.

This article supports the legitimacy of rejecting medical treatment, even though the possible risks to the patient's life. It demonstrates the evolution of the idea of medical paternalism until the patient's autonomy in making decisions affecting their health care. It is analyzed the constitutional right to life from the standpoint of human dignity, preserving the individual beliefs and values, as well as their self-determination and autonomy. The right to a dignified death is sustained as a result of the rights to autonomy, self-determination and human dignity, resulting in the legitimacy of rejecting medical treatment. It is presented the definition and the methods of advance directives, which ensure that the patient's right to autonomy and self-determination are protected. Finally, it is analyzed the hypothesis in which the advance directives are admitted, their limitations and the major controversies about their effectiveness in situations of passive euthanasia.

Keywords: Advance directives. Patient's autonomy. Self-determination. Human dignity. Dignified death.

¹ 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.

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, acirram-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, 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 Humanidade (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014). 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 morte (RAEFFRAY, 2005).

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 divindade (FRANÇA, 2014).

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 homens (FRANÇA, 2014). 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 danos 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 confiabilidade (SANTOS, 1998). 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 paciente (BEUCHAMP; CHILDRESS, 2002). 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 de decisão (BAROZA, 2004). 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 médico (SIQUEIRA, 2016). 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 moral (STANCIOLI, 2004).

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 pessoas (GUILHEM; DINIZ, 2008), 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 individual (WANSSA, 2011), 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 dependência (GARRAFA, 2004). O princípio da autonomia institui a aceitação de que as pessoas se autogovernem e tomem suas próprias decisões no campo da saúde, visando a resguardar a dignidade e o direito de autodeterminação (CORRÊA, 2010). 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" (FACHIN, 2005).

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" (SCAFF, 2010), 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 responsável (MOUTINHO, 2019). 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" (SÁ, 2015).

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 de base para o exercício de uma vida digna (SÁ, 2015). São inerentes à pessoa humana e necessários à sua sobrevivência. Representam, em última análise, a tutela da pessoa humana em suas múltiplas projeções (SZANIAWSKI, 2005). Por essa razão, a doutrina defende que carregam as seguintes

características: são essenciais, absolutos, indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e extrapatrimoniais (GEDIEL, 2009).

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 constitucional (artigo 5º, CF). 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" (SZTAJN, 2002).

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 individual (NOVAIS, 2006). A imposição taxativa da indisponibilidade pode causar impacto sobre outras posições jurídicas fundamentais tuteladas pela Constituição (BARROSO, 2010).

Partindo-se da regra geral de que nenhum direito é absoluto (Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ, Rel. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 12/05/1999), o direito à vida, enquanto direito da personalidade, deve ser considerado absoluto no sentido de sua oponibilidade erga omnes. 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" (BARROSO, 2019).

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 biológico (PIOVESAN; DIAS). 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 saúde (JAKOBS, 2003).

O direito à vida integra-se aos mais variados povos e, portanto, recebe interpretações diversas em decorrência das diferentes percepções declaradas pelas culturas (FABRIS, 2003). 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" (PITHAN, 2004).

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.

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" (BARROSO, 2019).

Pontua FORTES (1998) que:

O respeito pela autonomia da pessoa conjuga-se 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.

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 vida (TEIXEIRA, 2018).

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 morte (MAHUD, 2018).

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 problema (NERY JUNIOR, 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 vida (SÁ, 2015).

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 indeterminado (RIBEIRO, 2006).

Em situações como tais, "não se pode proibir a disponibilidade sobre a própria vida sem cair em arbitrarias 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 dignidade (SILVESTRONI, 2017).

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 liberdade (PIOVESAN, 2017). Na lição de PIOVESAN e DIAS (2017):

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 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.

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" (artigo 15, CC). 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" (SCHREIBER, 2019).

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" (BARROSO, 2010).

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" (RIBEIRO, 2006).

De acordo com TEPEDINO, BARBOZA e MORAES (2004):

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.

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 Idoso (Art. 17, 'caput', da Lei n. 10.741/2003) e a Lei de Transplantes (Art. 10, 'caput', da Lei n. 9.434/1997) 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 (2010), 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 avaliação de que os riscos e o sofrimento advindos do procedimento médico não compensam seus benefícios.

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" (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70032799041, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. 06/05/201). "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" (NERY JUNIOR, 2009). 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 médicos 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.

Nessa linha, SCHREIBER (2019) conclui que "Somente em casos excepcionalíssimos, resultantes da ponderação com outros interesses constitucionalmente protegidos, poderá haver a submissão de pessoa a tratamento médico compulsório". Cita-se os casos 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 ou, ainda, das campanhas de vacinação obrigatória para prevenir epidemias:

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).

A não interferência humana no processo de morte, 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 liberdade (DIAS, 2013). 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 (2009) 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).

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 direito (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054988266, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 20/11/2013).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, a despeito de inúmeros julgados no sentido da irrenunciabilidade da vida como direito absoluto, vem aos 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 cirúrgica. (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).

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 pais (SÁ, 2015).

Cabe ao Estado proteger a vida e a saúde da criança e do adolescente e colocá-los a salvo de qualquer negligência (artigo 227, CF), 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" (CORRÊA, 2010).

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 declarante. (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-se, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. (Superior Tribunal de Justiça. HC 268.459/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 28/10/2014).

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 agonia (BLANCO, 1991). 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 indivíduo (GODINHO, 2016). Embora admitida em algumas legislações alienígenas, é considerada crime de homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado possa se cogitar de causa de redução de pena (art. 121, §1º, CP).

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. 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 omissiva (BLANCO, 1991).

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 DÚRSO (2000) que eventual penalização deve ser idêntica para ambas as hipóteses. Todavia, alerta PHITAN (2004) 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 fúteis.

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 tiram 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 fim (TORREÃO, 2001).

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 iniciou (SANTORO, 2010) e, por essa razão, a omissão a provoca. Já na segunda, a morte 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 traria ao paciente e que somente postergariam a sua morte, quando chegada a hora de morrer” (GODINHO, 2016).

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 indivíduo (VILLAS-BOAS, 2005). 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 de qualquer perspectiva de benefício ao paciente, ou, quando a probabilidade de benefício seja ínfima, essa esteja associada a uma má qualidade de vida (SCRIGNI, 2013).

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 paciente (SANTOS, 1998).

Nos casos de doença incurável e terminal, o Código de Ética Médica veda expressamente o empreendimento de ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, devendo sempre ser considerada a vontade do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (Art. 41, parágrafo único, do Código de Ética Médica).

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 ato (LOPES, 2018).

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 suicídio (Art. 122, CP).

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 prontuário (Art. 2º, § 4º da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina). 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. 1.995/2012 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 vontade (Art. 1º da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina).

Diretivas antecipadas de vontade, conforme conceituação de RODRIGUES (2013):

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 ela.

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 suspensão (DADALTO, 2013).

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 (1995) que "quanto mais grave o resultado da ação ou da omissão médica, maior o

cuidado com o dever de informar [do médico]". 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 riscos 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 duradouro (DADALTO, 2013, p. 463 - 476).

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 (2015), 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".

Por meio desse documento o sujeito define diretamente os tratamentos que deseja ou para si, manifestando sua vontade de não ser mantido vivo 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 agente (Art. 104, I, CC). Essa capacidade está relacionada à capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente (Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil) por se tratar de questão personalíssima.

O testamento vital cumpre 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.

Já o mandato duradouro, conforme NAVES (2002), 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 paciente (DADALTO, 2020), 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" (BEUCHAMP, 2002).

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" (SCHREIBER, 2014).

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-se (DADALTO, 2020).

4.2 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

DADALTO, TUPINANABS e GRECO (2013, p. 463 - 476) 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 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 os 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 medicina (DADALTO, 2020).

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 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" (DADALTO, 2020).

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 (2009) 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 particular.

Exemplo atual dessa excepcionalidade é a obrigatoriedade de tratamento médico compulsório para enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus (Art. 3º, III, 'e', da Lei nº 13.979/2020), 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 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 MARTEL (2010) 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" (KRESS, 2008).

Ainda que alguns consideram que o desligamento de aparelhos e a suspensão de tratamentos consistam em conduta ativa (QUEIROZ, 2001), 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" (VILLAS-BOAS, 2017).

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" (SOUZA, 2009), notadamente quando se trata de fase terminal, de enfermidades graves e incuráveis e quando não existem mais perspectivas de melhora.

Concluiu MAHUAD (2018) 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 de ser visualizada como antiética, para constituir-se em manifestação da autonomia do paciente e no dever de respeito por parte da equipe médica.

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 vida (BARROSO, 2010).

CONCLUSÃO

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 como 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 detêm 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 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 Transfusão 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, volume 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.

DADALTO, Luciana; 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, Dauri 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 EMER, 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 JUNIOR, 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, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- RIBEIRO, Diaulas 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. /n. 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

Marteleteo; 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. Direitos 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, 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 Marteleteo; 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.

NEUROCIÊNCIA APLICADA À MEDIAÇÃO

NEUROSCIENCE APPLIED TO MEDIATION

Eduardo Cambi¹, Lilian Cristina Pinheiro Goto², José Laurindo de Souza Netto³

O objetivo do trabalho é investigar o contributo da neurociência para a esfera jurídica, em especial, no âmbito das técnicas empregadas na mediação. Com o estudo integrado do Direito, da Neurociência e da Neuroética, pretende-se utilizar-se dos métodos ortodoxos para demonstrar de que forma a interface entre Direito e Psicologia pode auxiliar na obtenção de uma atividade jurídica qualificada e pacificação social. Como contribuição do trabalho, observa-se que, a perspectiva epistemológica híbrida, multifacetada e multidisciplinar permite que questões éticas, sociológicas e filosóficas influenciem às construções jurídicas. A interdisciplinaridade, responsável pelo entrelace de distintas especialidades, qualifica o trabalho jurisdicional. A neurociência e a neuroética, aplicadas à mediação, podem contribuir para a pacificação social dos conflitos por meio de uma comunicação mais eficaz.

Palavras-Chave: Mediação, Neurociências, Neurodireito, Interface Direito e Medicina, Neuroética..

The hybrid, multifaceted and multidisciplinary epistemological perspective allows ethical, sociological and philosophical issues to influence legal constructions. Interdisciplinarity, responsible for the intertwining of different specialties, qualifies the jurisdictional work. Neuroscience and neuroethics, applied to mediation, can contribute to the social pacification of conflicts through a more effective communication.

Keywords: Mediation; Neuroscience; Neurolaw; Law and Medicine Interface; Neuroethics.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutor pela Univesità degli studi di Pavia. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Email:eduardocambi@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>.

² Mestra em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense, Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Damásio Educacional, Pós-graduanda em Direito Ambiental pela Faculdade Unyleya, Servidora do Tribunal de Justiça do Paraná e Mediadora. Email: licpgoto@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2278975236573198>. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-6625-6477>.

³ Doutor e Mestre pela UFPR. Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR. Professor convidado no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. 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>.

INTRODUÇÃO

Este estudo objetiva demonstrar qual o contributo da neurociência para a esfera jurídica, em especial, no âmbito das técnicas empregadas na mediação, que revelam a necessidade cada vez maior de um olhar sintonizado com a essência das partes conflitantes para melhor resolução dos conflitos.

A justificativa para o desenvolvimento da pesquisa é a provocação reflexiva sobre a necessidade da inovação no estudo do Direito, que exige uma abordagem multidisciplinar.

Procurou-se realizar uma perspectiva conceitual para se atingir um entrelace entre as diferentes ciências. O procedimento metodológico adotado foi a pesquisa bibliográfica, com levantamento de livros e artigos pertinentes ao tema.

Com o estudo integrado do Direito, da Neurociência e da Neuroética, pretende-se fugir de métodos ortodoxos para demonstrar de que forma a interface entre Direito e Psicologia podem auxiliar para uma atividade jurídica qualificada e para se atingir a pacificação social.

1 NEUROCIÊNCIA E MEDIAÇÃO

A Neurociência teve seu desenvolvimento marcado por contribuições das mais diversas áreas, da Genética, veio a identificação dos genes associados com as funções mentais normais e com as disfunções que causam transtornos e patologias como a depressão e esquizofrenia; a Física e a Engenharia permitiram o desenvolvimento de máquinas que oferecem visões do dinâmico fluxo elétrico por meio do qual o cérebro vivo conduz suas tarefas a cada milissegundo; as ciências da informação construíram argumentos de que é possível modelar processos cerebrais por computação e até mesmo imitá-los no mundo artificial do computador (LIMA, 2019, p. 2).

Assim, não se deve considerar a neurociência apenas mais uma disciplina científica, mas sim um conjunto de ciências cuja pesquisa se volta 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.

De outro vértice, em um ambiente de constantes transformações científicas, surgem formas mais adequadas de lidar com os conflitos em busca da pacificação social. O sistema multiportas, adotado pela Constituição Federal de 1988, ampliou o acesso à ordem jurídica justa ao favorecer técnicas de promoção da justiça, calcadas na horizontalidade e equidade entre as partes, com o distanciamento do modelo de decisões impositivas pelo Estado-Juiz.

Uma das modalidades de autocomposição é a mediação, forma de solução de conflitos em que um terceiro imparcial, denominado mediador, conduz a audiência, facilitando o diálogo entre as partes para possibilitar uma visão mais realista do conflito.

A melhor comunicação entre os litigantes fomenta a prestação jurisdicional qualificada. O ambiente ideal pode ser construído na busca pela identificação dos reais interesses das partes. Sob tal perspectiva, é que são aplicadas técnicas específicas, cujo objetivo é realizar uma

leitura adequada do conflito para, assim, conduzir o diálogo assertivo entre as partes.

A comunicação na mediação merece destaque por evidenciar a diferenciação entre as linguagens binária e ternária (TARTUCE, 2013, p. 418). No pensamento binário, o terceiro é excluído e se está diante do princípio da alternativa lógica, complementar ao princípio da contradição. Já, o pensamento ternário, enseja outras possibilidades, gerando elementos que possibilitam a transformação do conflito.

A linguagem binária vem regida pela conjunção "ou", enquanto a ternária é regida pela conjunção "e", o que torna possível a adoção de infinitas alternativas para determinadas situações, bem como a utilização de recursos pessoais das partes envolvidas.

O sistema jurídico brasileiro deu maior ênfase ao sistema ternário, o que ficou evidente com a aprovação da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) e da Lei nº 13.105/2015 (NCPC). Tais diplomas legislativos trataram da mediação, com especial atenção à dinâmica da intersubjetividade, típica da perspectiva ternária. Quando se cogita a utilização da técnica ternária para auxiliar a atribuir a cada um o que é devido, prioriza-se a dinâmica da intersubjetividade, com humanização do acesso à justiça.

Diante desta perspectiva, que abre espaço para uma nova dinâmica intersubjetiva dos métodos a serem utilizados em sede de mediação, é que se situam as técnicas de comunicação, com destaque para a fala, a escuta ativa, a postura afirmativa, a mescla de diferentes modos de humor, a utilização da intuição e dos questionamentos do terceiro facilitador, às quais pretende-se desdobrar nas próximas linhas.

Por meio da fala, verifica-se a importância da comunicação entre os envolvidos, com destaque para o papel do mediador na canalização, condução e produção de cenários colaborativos. Cabe a ele convidar as partes para que possam expor a sua visão dos fatos, reclamando a concentração dos envolvidos e estando atento a eventuais abalos emocionais que possam interferir nesse diálogo.

A escuta ativa, também, se apresenta como uma valiosa técnica de comunicação a ser utilizada na mediação. Por meio dela é possível valorar o que foi falado para, a partir disso, conduzir o diálogo com maior eficácia, o que aumenta a reciprocidade entre as partes e as torna mais comprometidas.

Destarte, aliadas à sensibilidade, as diversas técnicas de atuação do mediador facilitam a efetividade da autocomposição:

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 (TARTUCE, 2013, p. 55).

A neurociência se mostra importante na aplicação das técnicas de mediação, ao ressaltar as percepções neurais, a compreensão do Rapport, da atenção, memória, linguagem, aprendizagem, tonalidade da voz, eventuais

distúrbios neurológicos, presença do afeto, estresse e motivação nas audiências.

O cérebro atua de forma subconsciente nas relações sociais. Através das percepções neurais, é possível identificar a saúde física e os sentimentos do outro.

Até o século XX, a tradição filosófica distinguia a sensação de percepção pelo grau de complexidade, sendo responsáveis por gerar o conhecimento sensível, empírico, ou experiência sensível (CHAUI, 1999, p. 151). A sensação fornece as qualidades exteriores e interiores, por meio dela é possível ver, tocar e sentir, estando relacionada à reação imediata dos receptores sensoriais (olhos, ouvidos, nariz e boca) à estímulos básicos, como luz, cor e odor (SOLOMON, 2002, p. 35).

As emoções estão ligadas às primeiras percepções, em um processo subconsciente. Já, os sentimentos, são uma espécie de consciência da emoção e são mediados por diferentes estruturas cerebrais, pelo córtex cerebral, córtex do cíngulo e lobos frontais. Os estados emocionais, por sua vez, são mediados pelas estruturas mais primitivas do sistema límbico (MAGALHÃES, 2020, online).

Igualmente, a técnica de Rapport vem revestida de neurocientificidade. A palavra é de origem francesa e, no âmbito da Programação Neuro Linguística, é um processo responsável pelo estabelecimento de vínculo, confiança e cooperação nas relações humanas.

O Rapport é responsável pela criação de uma atmosfera amistosa e positiva no relacionamento interpessoal e, portanto, demonstra ser de grande eficiência no âmbito dos processos dialogais da mediação. Dentre os seus elementos universais estão o sorriso, o otimismo, a paciência, o espelhamento, a interação e o chamamento pelo nome. Todo esse processo de comunicação pode ser responsável pela facilitação do diálogo, empatia e otimização nas audiências de mediação.

Além disso, a atenção e a memória são estudadas pela neurociência. Há um ramo específico da neurociência, denominado neuropsicologia, cujo propósito é compreender de que forma o funcionamento do sistema nervoso central pode interferir no processo cognitivo e no comportamento humano.

A atenção seletiva funciona como um filtro que dá maior destaque a determinados aspectos por meio de estímulos, como explica Kandel (2009, p. 339):

A todo momento, os animais são inundados por um vasto número de estímulos sensoriais e, apesar disso, eles prestam atenção a apenas um estímulo ou a um número muito reduzido dele, ignorando ou suprimindo os demais. A capacidade do cérebro de processar a informação sensorial é mais limitada do que a capacidade de seus receptores para mensurar o ambiente. A atenção, portanto, funciona como um filtro, selecionando alguns objetos para processamento adicional. Em nossa experiência momentânea nos concentramos em informações sensoriais específicas e excluímos (mais ou menos) as demais.

A memória é um processo complexo. Myers (2012, p. 249) a define como "a aprendizagem que persiste através

do tempo, informações que foram armazenadas e que podem ser recuperadas".

Trata-se de procedimento de registro das informações que serão lembradas como passageiras, ou de curto prazo, uma espécie de estocagem provisória das informações para depois processar as que irão ficar "guardadas" na memória de longo prazo, a fim de que possam ser recuperadas.

A linguagem é um elemento que merece especial atenção, pois contribui para os processos de interação, socialização e individuação dos sujeitos. Formada por um sistema de signos, ela possibilita a ressignificação do mundo e da realidade pelas pessoas.

No campo neurocientífico, a linguística funcional faz a correlação entre os aspectos linguísticos, discursivos, cognitivos e sociais. O cérebro é formado por cinco lobos, que simultaneamente recebem e enviam impulsos elétricos, ou químicos, que coordenarão o comportamento dos indivíduos.

No processamento de informações, têm-se os inputs/entrada (informações, sons e sinais) e os outputs/saída (fala, escrita e sinais). É o que esclarece FRANÇA (2018, p. 9):

A possibilidade de "olhar" para o cérebro em atividade, com mais detalhes, tem ampliado as modificações no campo da Neurociência e da Ciência da Linguagem. As pesquisas mais recentes indicam que a "linguagem é estruturada em micro módulos que trocam informações dinamicamente entre os dois hemisférios cerebrais" (FRANÇA, 2018, p. 9).

Para Bertoque e Casseb Galvão (2015, p. 125):

(...) da noção de língua como representação do pensamento, apresentada por Aristóteles (séc. IV); do sistema abstrato de regras autônomo, também, como representação do pensamento, proposto por Saussure (1916); do dispositivo biológico de uma gramática universal (GU), apresentado por Chomsky (1957); passando pela proposta psicocognitiva de Langacker (1972, 1986, 2008, 2009) e de Tomasello (2008, 2010), até o sistema linguístico multifuncional que intermedeia as relações sociais, defendido por Bakhtin (1920), Halliday (1989), Dik (1989) e Givón (1984, 1993, 2011), observa-se que há um continuum que amplia a visão de língua/linguagem e, por conseguinte, o olhar sobre as análises linguísticas.

Ademais, a tonalidade da voz pode ser utilizada na aplicação de técnicas de neurociência para utilização assertiva em audiências de mediação.

Um novo recurso tecnológico em versão de testes no Laboratório de Expressão Facial da Emoção em Portugal, por exemplo, permite uma leitura facial extremamente complexa, sendo possível medir os batimentos cardíacos pela face, verificar a tonalidade da voz e definir por meio do conjunto de expressões faciais, associado à demais elementos, qual é o sentimento real traduzido pela parte. Isso é uma importante inovação, pois possibilitará, dentre

outros fatores, verificar com maior grau de certeza processos de dissimulação de sentimentos.

Do mesmo modo, manter uma postura afirmativa, sabendo como reagir aos diferentes tipos de humor, auxilia o processo de condução do diálogo intermediado. Isso faz com que o terceiro facilitador canalize com assertividade sua capacidade intuitiva para fazer os questionamentos pertinentes com foco positivo e prospectivo.

A aplicação dessas técnicas são apenas alguns exemplos de como a mediação pode ser enriquecida com a utilização dos recursos oriundos da neurociência.

2 A NEUROCIÊNCIA COMPORTAMENTAL E COGNITIVA: A UTILIZAÇÃO DA NEUROCIÊNCIA FACIAL COMO FORMA INOVADORA NOS PROCESSOS DE MEDIAÇÃO

A conceituação basilar de neurociência comportamental e cognitiva vêm precedida da noção de neurociência, que se traduz no estudo sobre o sistema nervoso, suas diversas funções e estruturas complexas, com foco no sistema cerebral e seu funcionamento.

A neurociência analisa os processos neuronais de onde despontam o processamento da atividade cerebral e as suas implicações psicossociais. Trabalha o conhecimento de forma multidisciplinar para examinar o sistema nervoso, a partir das bases biológicas do comportamento humano.

A neurociência está ligada à psicologia comportamental, área que examina o contato do organismo e seus fatores internos, como os pensamentos e as emoções, o comportamento visível, a forma de falar e se postar, os gestos, o timbre da voz, a expressão facial.

Por sua vez, a neurociência cognitiva tem como foco a capacidade cognitiva. Isto é, está centrada no conhecimento do indivíduo, examinando questões como o raciocínio, a memória e o aprendizado. Trata-se, portanto, de um estudo voltado à capacidade cognitiva, em que estão inclusos comportamentos ainda mais complexos.

Ademais, a emoção, que se expressa com modificações motoras viscerais e respostas estereotipadas, especialmente perceptíveis nos músculos faciais, é uma das características principais da experiência humana. Embora se acreditasse que tivesse origem no sistema límbico, a ciência moderna comprova o envolvimento de regiões encefálicas estendidas à amígdala, face orbital e medial do lóbulo frontal, constituindo conjuntamente um sistema motor emocional (IBC, 2019).

Tais estruturas são capazes de processar sinais emocionais, responsáveis pela tomada racional das decisões, que incluem a possibilidade de realização de julgamentos morais. Os núcleos viscerais e motores somáticos são os responsáveis por coordenar a expressão do comportamento emocional.

Por meio do estudo do sistema nervoso, pode-se entender melhor as ações dos indivíduos e sua relação com o mundo. Nesse sentido, Freitas Magalhães - fundador e atual diretor do Laboratório de Expressão Facial da Emoção, da Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade Fernando Pessoa (UFP), da cidade do Porto, em Portugal, e discípulo do neurocientista Paul Ekman - demonstra o grande desafio da leitura da cartografia facial.

Idealizador do FACEOMA, um código neurofacial formado pela sequência de cento e três códigos faciais,

responsáveis por mais de vinte e uma mil expressões, cujas combinações dos movimentos definem o desenvolvimento das expressões faciais, Freitas Magalhães desenvolveu o Human Face Project. Com base na neuroanatomia facial, buscou atingir o que ele chamou de "Inteligência Facial".

A Inteligência Facial consiste na compreensão dos processos faciais, identificar e antecipar comportamentos faciais, definindo valências positivas e negativas.

Quando se estuda a expressão facial da emoção, acaba-se por abordar a atividade neuromuscular, a qual permite compreender mensagens e sinais. A emoção é uma reação neuropsicofisiológica pulsional, espontânea e intensa que leva o organismo a produzir uma ação. A neuropsicofisiologia revela os vestígios da emocionalidade na face, conforme explica Freitas Magalhães (2020):

A face é a parte do corpo que mais se mostra durante a vida. Daí sua inequívoca importância no desenvolvimento psicossocial do indivíduo. A face é um sistema complexo e multidimensional que tem sido alvo de amplos e diversos estudos ao longo dos anos. (...) Assim, a configuração da comunicação não verbal implica a expressão e a percepção dos sinais não linguísticos entre os indivíduos, a qual é moldada pela cultura enquanto padrão de significados, de atitudes e de comportamentos específicos de um grupo cultural.

Conforme Magalhães (2020) a "face é o amplo 'palco' de exibição do 'teatro' das expressões, ela é o grande atlas da emoção humana". Com efeito, é de extrema relevância o aprofundamento dos estudos científicos que possam ampliar o entendimento da leitura cartográfica da face, já que isso abre a possibilidade de compreensão do adequado feedback facial e a aprofundada investigação dos processos de empatia, imitação, aprendizagem e reflexo facial.

Há, ainda, inúmeros domínios relativos à face humana a serem desenvolvidos, na educação, saúde, justiça, segurança e desporto, e cuja teoria evolutiva, sob um prisma darwinista, deve tecer nova divisão cerebral, com a mudança do cérebro trino (reptiliano, emocional e racional) para o quadri (reptiliano, emocional, racional e facial).

O contributo dessa leitura facial, resultado de anos de estudos, já tem aplicabilidade em várias áreas, o que tem possibilitado a sua utilização no Direito Penal, segurança pública, mundo corporativo (RHs), Neuromarketing e, ao que se pretende o presente trabalho, na Mediação.

Decorreram do FACEOMA os conceitos de Neuromacroexpressões, Neuromicroexpressões e Neurosubtisexpressões, responsáveis pela leitura facial, em milésimos de segundos, em seus mais variados graus, hoje utilizados em sofisticados programas de leitura facial e adotados em agências de inteligência mundiais.

O F-M Group Internacional possui um programa de certificação FACS voltado a profissionais que desejam se tornar codificadores certificados ou até mesmo peritos em leitura facial, o que inaugura um novo campo que se mostra promissor em um futuro que já parece ter chegado.

Criado em 2018, o F-M Facial Action Coding System 3.0 é reconhecido pela implementação do recurso FaceReader 7.1, programa de leitura facial em tempo real que

possibilita cartografar a face, detectar os sentimentos, os batimentos cardíacos e está evoluindo para realizar a detecção da voz.

Aliada a inteligência artificial, a tecnologia possibilita uma leitura cada vez mais assertiva dos indivíduos, suas expressões reais e as dissimuladas. Também, representa evolução para diversos campos, incluindo o jurídico, seja para estruturar critérios de julgamento e veracidade de depoimentos, ou até mesmo para a condução asseverativa das audiências.

A leitura facial, em um ambiente que se busca a assertividade do diálogo, pode ser considerada o ponto principal para concretizar a autocomposição durante a audiência. Afinal, detectar os reais interesses das partes, por meio dos sentimentos demonstrados pela face, mostra-se recurso eficiente para a melhor condução dos trabalhos pelo mediador.

Assim, tem-se que a aplicação da neurociência no âmbito dos processos autocompositivos contribui para a solução eficiente dos conflitos. Isso porque, a identificação e reconhecimento das emoções, com o auxílio das inovações tecnológicas, permitem conhecer melhor as pessoas, isso sem falar na possibilidade de se construir uma base de dados.

3 NEURODIREITO

O termo surgiu na década de noventa e foi utilizado pela primeira vez pelo neurocientista e advogado J. Sherrod Taylor em "Neurodireito: Cérebro e Lesão Medular". O livro, ainda sem tradução para o português, instruiu o julgamento do caso *Daubert versus Merrell Dow Pharmaceuticals* e fixou, por decisão da Suprema Corte, os padrões para a admissibilidade do testemunho de especialistas em tribunais federais americanos, o que abriu a possibilidade para a admissão de neuroimagens nos tribunais.

O Neurodireito é um novo ramo de pesquisa doutrinária na área jurídica, construído pela interface entre Direito e Medicina, exigindo a quebra de paradigmas, impondo alteração no entendimento de vários institutos, com influência na revisão de conceitos como o de igualdade e de livre arbítrio, e acenando com novas perspectivas para a compreensão do comportamento humano, a partir de estudos do mapeamento cerebral (LIMA, 2020, p. 2 e 29).

Atahualpa Fernandez (2011, p. 222), ao abordar temas como Direito e Moral, responsabilidade pessoal e livre-arbítrio, conclamou a comunidade científica para o despertar de seu "sono dogmático".

O Neurodireito ganhou destaque em diversas searas, a partir do diálogo crescente com a Psicologia, a Psicanálise, a Psiquiatria, a Ética, a Filosofia, a Política Social e a Criminologia.

A interseção entre Direito, Psicologia e Neurociência toma forma para um novo despertar. Questões sensíveis ao Direito, tais como o grau de confiança a ser depositado em testemunhos, passam a ser consideradas à luz das evidências científicas atinentes à memória e atenção.

Nesse sentido, Sergio Nojiri (2020, p. 6, 46 - 48), encabeçando o Grupo de Estudos em Direito, Psicologia e Neurociência da FDRP/USP, tem contribuído para alavancar o conhecimento na interseção entre essas três áreas e para

promover a integração de profissionais no intuito de produzir um diálogo produtivo e constante a ser aplicado no campo jurídico.

A partir do estudo da Psicologia, pode-se afirmar que há dois tipos básicos e fundamentalmente diferentes de processos mentais em curso, sendo que a maior parte da cognição humana é similar ao de outros animais. Os cérebros são constituídos por redes neurais responsáveis pela resolução de problemas por correspondência de padrões, cujo processo ocorre rápida e automaticamente:

Ao abrir os olhos, você reconhece objetos e rostos. Você não tem que fazer nenhum trabalho consciente; seu sistema visual apenas resolve, avidamente, difíceis problemas computacionais quase instantaneamente e apresenta os resultados para a sua consciência. Esse tipo de cognição possui centenas de milhões de anos. Porém, há o tipo de cognição que é exclusivamente humano. Ele usa palavras e, por isso, não pode ser mais velho do que a linguagem, a qual não possui mais do que 500 ou 600 mil anos de idade. Nós temos a capacidade de raciocinar usando a linguagem, mas o processo é lento e trabalhoso. Imagine a mente humana como um pequeno e um tanto ineficaz condutor empoleirado nas costas de um enorme elefante, poderoso e bastante inteligente. O condutor pode tentar conduzir o elefante e, se o elefante não possuir nenhum desejo especial de ir para uma direção ou outra, ele pode obedecer ao condutor. Contudo, se ele tem os seus próprios desejos, ele vai fazer o que quiser. Na Filosofia e na Psicologia moral, têm-se dado um lugar de destaque para o condutor, que representa a razão. Por exemplo, em Fedro, Platão nos dá a metáfora da mente ou da alma dividida em três partes, como um cocheiro lutando para controlar dois cavalos indisciplinados – as paixões nobres e as paixões inferiores. Se um homem estuda Filosofia e aprende a controlar esses cavalos, isto é, essas paixões, então, quando ele morrer, sua alma não irá renascer neste mundo degradado. Em vez disso, sua alma retornará aos céus, onde tudo é perfeita racionalidade e luz (NOJIRI, 2020, p. 21).

O ensino do Direito pode ser aprimorado com a inserção da Psicologia ao currículo, possibilitando a compreensão adequada da natureza humana, suas vicissitudes e limitações.

O Neurodireito estabelece uma série de diretrizes a serem seguidas pelos governantes e responsáveis pela elaboração de políticas, com inclusão da ciência moderna nos sistemas de justiça, de modo a possibilitar que futuros profissionais possuam entendimento acerca dos alicerces da ciência, da doença mental, identificação e ideias realistas de como o cérebro humano processa as informações.

Instituições como o "Gruter Institute for Law and Behavioral Research" ajudaram a difundir o Neurodireito, que tem conquistado muito espaço na França. Com a reforma promovida na Lei francesa de bioética em 2011, o país aprovou o tratamento jurídico às descobertas neurocientíficas, impulsionando as discussões em torno do tema.

Ao contrário, no Brasil, ainda há necessidade de maior desenvolvimento da temática, conforme adverte Fábio Roque da Silva (2017, p. 73):

No Brasil, a expressão Neurodireito ainda é muito pouco utilizada, e, ademais, muito pouco conhecida. Este cenário é conseqüência lógica da pouca utilização que se faz da neurociência na seara jurídica, no país. No âmbito do Direito Penal, o tema apenas começa a despertar a atenção da doutrina nacional, muito embora já tenha caído nas graças da doutrina estrangeira há alguns anos. Nos demais ramos da ciência jurídica, o tema é ainda menos explorado.

A neurociência, aplicada aos processos judiciais, pode ampliar a compreensão não apenas técnica, mas também ética, filosófica, pragmática e operacional do sistema jurídico, com ampla possibilidade de auxiliar na mais eficiente resolução de conflitos de interesses e na promoção da pacificação social.

4 NEUROÉTICA

Jane Araújo Russo e Edna Tinoco Ponciano (2002, p. 2 - 3), ao tratarem do sujeito da neurociência, afirmam que uma determinada concepção de sujeito, fundamentada em uma visão inteiramente materialista da mente, se apresenta como substituto vantajoso de uma concepção "psicológica", calcada na psicanálise.

Na epistemologia contemporânea, o modelo da física, entendida como ciência paradigmática, está dando lugar a biologia. Há um verdadeiro 'ufanismo' biológico, advindo dos avanços biotecnológicos responsáveis pela interpretação comportamental e fenomênica. Diante deste cenário, a neurociência propõe uma leitura naturalizante e materialista da mente humana, com a finalidade de superar a tradicional visão dualista que separa a pessoa em corpo e mente.

Quando a aplicação da Neurociência é inserida no contexto da autocomposição, é indiscutível a necessidade de se debater as questões éticas envolvidas. Daí a importância da Neuroética, que se volta à análise dos avanços morais, legais e sociais inseridos no campo da Neurociência.

A evolução da Neurociência e da Neurotecnologia, com a possibilidade de identificação das bases neurais associadas aos mais variados processos cognitivos, afetivos e comportamentais, fundamentalmente, deu luz à novos fenômenos e a discussão em torno da responsabilidade ética dos agentes detentores das tecnologias, garantindo um uso em prol da sociedade.

Onde e como a Neurociência pode ser aplicada são questionamentos importantes que ficam a encargo da Neuroética. Em se tratando da aplicação da Neurociência no campo da mediação de conflitos, como se pretende o presente trabalho, é importante que o mediador, ao utilizar-se das técnicas de comunicação em audiências, seja devidamente orientado nos cursos de capacitação a zelar pela urbanidade e não influenciar as partes na tomada da decisão, mas apenas conduzi-las a um debate mais respeitoso e assertivo.

A Neurociência pode contribuir com a efetividade da mediação, tornando possível o diálogo assertivo das

partes sem intervenção direta no processo autocompositivo. Em processos judiciais de guarda, por exemplo, o que as partes litigantes muitas vezes esperam com a judicialização da demanda não é a efetiva discussão da guarda, mas a resolução de fatores afetivos que nem sempre estão presentes nos autos. Por meio da Neurociência aplicada à mediação, tais elementos podem ser apontados e levados em consideração na condução mais eficaz da resolução do conflito.

Em obra publicada no ano de 1986, Patricia Smith Churchland (2008, p. 79) foi quem primeiro introduziu o termo neurofilosofia, argumentando se não teria chegado o momento de filosofar sobre a mente, o eu e a consciência humana, fazendo-a em concurso com a ciência do cérebro.

Passadas várias décadas, a neurofilosofia, em comparação com a neurociência que avançou tanto em tão curto espaço de tempo, ainda carece de maiores aprofundamentos e debates. No entanto, evidente é a necessidade de se pensar o ser humano a partir de novas perspectivas, a exemplo da bioética, conforme destaca CHURLAND (2008, p. 79):

(...) a "dignidade humana", "no es un concepto claro, Ocomo pudiera ser el de "electrón", o el de "hemoglobina" (siempre con respecto a las mejores teorías físicas y biomédicas), aunque tampoco radicalmente convencional, a lamanera como el significado de "metro" es relativo al tamaño del trozo de platino conservado en una oficina de París."

Nenhuma cultura hegemônica ou ideologia universal é capaz de dar um veredito de forma definitiva, o que se pode é tentar calibrar as opiniões morais existentes em função das experiências históricas, das melhores teorias e evidências científicas que se têm à disposição. Isso, porque a moralidade humana pode modelar-se às práticas sociais já existentes, desde que as consequências diminuam o sofrimento e ampliem a realização da justiça.

CONCLUSÃO

A influência da Neurociência e demais campos científicos contribuí tanto para a efetivação da mediação como para o aprimoramento da proteção de valores éticos, promoção da dignidade da pessoa humana e busca por melhores formas de solucionar os conflitos.

O aprimoramento das técnicas de comunicação e a qualificação de terceiros facilitadores pode representar um avanço, quantitativo e qualitativo, nas práticas autocompositivas.

O neurodireito e a neuroética, por seu turno, representam grandes desafios ao aprimoramento dos recursos e técnicas já utilizados no âmbito das negociações em sede autocompositiva, conduzindo à melhoria da atuação dos mediadores e, conseqüentemente, potencializando a cultura da paz social, por meio de uma justiça coexistencial.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica, 2014. 197 f. Tese (Doutorado em

Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15274/1/F%C3%81BIO%20ROQUE%20DA%20SILVA%20ARA%C3%9AJA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BERTOQUE, Lennie Aryete Dias Pereira; GALVÃO, Vania Cristina Casseb. Aspectos Biofisiológicos no Processo Funcional da Linguagem. In: RESENDE, B.D.; LIMA-HERNANDES, M.C.; DE PAULA, F.V.; MÓDOLO, M.; CAETANO, S.C. (Orgs.). Linguagem e cognição: um diálogo interdisciplinar. Lecce-Rovato - Itália: Pensa MultiMedia Editore s.r.l., 2015.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 1999.

CHURCHLAND, Patricia Smith. Neurophilosophy. Cambridge MA: MIT Press. 2008.

FERNANDEZ, Manuela Maria dos Santos Lobato. Interpretación Jurídica, Toma de Decisiones y La Neurociencia: el papel de la cognición y la Emoción em el razonamiento jurídico. Programa de Humanitats i ciències socials. Universitat de les Illes Balears, 2011. Acesso em: 20 nov. 2020.

FRANÇA, Aniela. Improta. Linguística I. Disponível em: <http://www.acesin.letras.ufrj.br/uploads/7/0/5/2/7052840/texto4.pdf>. jul. 2018. Acesso em: 05 dez. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE COACHING. O que é neurociência?. IBC, 4 jun. 2019. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-neurociencia/>. Acesso em: 03 abr. 2020.

KANDEL, Eric. Em busca da memória. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIMA, Erigutemberg Meneses. Neurodireito: Repercussão e implicações da neurociência para o direito penal. Edição do Kindle, 2020.

MAGALHÃES, Freitas Armindo. A neurociência da face humana: o cérebro e a emoção. Escrytos; Ed. Autor. Edição do Kindle, 2020.

MAGALHÃES, Freitas Armindo. Inteligência Facial. 30 ed. FEELab Science Books: Porto, Portugal, 2020.

MYERS, David. Psicologia. 9 ed. São Paulo: LTC, 2012.

NETTO, José Laurindo De Souza et al. O processo civil constitucional e os efeitos do princípio da cooperação na resolução de conflitos. Revista Jurídica - UNICURITIBA, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 576 - 600, set. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4411/371372652>. Acesso em: 16 fev. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i59.4411>. Acesso em: 25 ago. 2021.

NOJIRI, Sérgio. O Direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência. Curitiba: Editora Appris. Edição do Kindle, 2020.

RUSSO, Jane Araújo; PONCIANO, Edna Tinoco. O sujeito da neurociência: da naturalização do homem ao re-encantamento da natureza, 2002. Acesso em: 10 out. 2020.

SOLOMON, Michael O Comportamento do Consumidor: comprando, possuindo, sendo. Porto Alegre, Bookman, 2002.

TARTUCE, Fernanda. Mediação de conflitos. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CIVIL LIABILITY FOR THE RISKS OF DEVELOPMENT IN BRAZILIAN LEGAL ORDER

José Laurindo de Souza Netto¹, Gustavo Calixto Guilherme², Adriane Garcel³

O presente artigo objetiva investigar a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática está na ausência de previsão legal no Código de Defesa do Consumidor dos riscos do desenvolvimento como hipótese de excludente de responsabilidade civil do fornecedor. A pesquisa justifica-se tendo em vista que na União Europeia, como regra geral, os riscos do desenvolvimento são tratados como hipótese de excludente de responsabilidade. A metodologia utilizada baseia-se em uma análise doutrinária e jurisprudencial que apresenta, inicialmente, os princípios constitucionais, os conceitos e a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. Em um segundo momento, são abordadas a teoria dos riscos do desenvolvimento, a Diretiva 85/374 da Comunidade Econômica Europeia, os posicionamentos doutrinários e os julgados dos Tribunais sobre o assunto. O artigo conclui que, apesar da omissão legislativa, o fornecedor de produtos deve responsabilizar-se pelos riscos do desenvolvimento, não podendo ser tratados como hipótese de exclusão de responsabilidade, tendo em vista a primazia pela observância dos princípios constitucionais e pela tutela do consumidor.

Palavras-Chave: Constitucional. Consumidor. Responsabilidade civil. Riscos do desenvolvimento. Aplicabilidade.

This article aims to investigate the applicability of the supplier's liability theory for development risks in the Brazilian legal system. The issue is in the absence of legal provision in the Consumer Protection Code of development risks as a possibility of exclusion of supplier's liability. The research is justified in view of in European Union the risks of development are a kind of liability excluder. The methodology used is based on a doctrinal and jurisprudential analysis that presents, initially, the constitutional principles, the concepts and civil responsibility in the Consumer Protection Code. Secondly, the theory of development risks, the Directive 85/374 of the European Economic Community, the doctrinal positions and the judgments of the courts about the subject are discussed. The article concludes that, despite the legislative omission, the product supplier must be responsible for the risks of development, in view of the primacy for the observance of constitutional principles and consumer protection.

Keywords: Constitutional. Consumer. Civil liability. Risks of development. Applicability

¹ Doutor e Mestre pela UFPR. Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR. Professor convidado no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. 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>.

² 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 TJPR. Email: gustavo.guilherme@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>. Id Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0022546041410306>.

³ Mestre 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 na Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná e Mediadora Judicial. Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Id Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e científico presenciado nas últimas décadas ocasionou grandes mudanças na sociedade, erigindo o consumidor a um patamar de protagonismo.

Nesse panorama, tornou-se necessária a criação de normas para reger a relação consumerista, bem como para tutelar os indivíduos expostos aos acidentes de consumo. Dessa forma, o ordenamento jurídico evoluiu em busca da garantia dos direitos fundamentais do indivíduo e, entre as normativas criadas, foi promulgada a Lei nº 8.078/1990, sendo criado o Código de Defesa do Consumidor para estabelecer direitos e deveres a serem seguidos na relação de consumo.

Entre os diversos dispositivos presentes no Código, as excludentes de responsabilidade merecem especial relevo, tendo em vista a existência de uma lacuna legislativa quanto a responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, hipótese de excludente utilizada em outros ordenamentos, como por exemplo nos países da União Europeia.

O presente artigo objetiva apresentar justamente a teoria da responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento e a sua aplicação na realidade brasileira.

Primeiramente o presente artigo irá abordar o Direito do Consumidor e o seu viés constitucional, por meio dos princípios e conceitos estabelecidos em lei.

Em um segundo momento, apresentar-se-á o conceito dos riscos do desenvolvimento, a responsabilidade civil no âmbito do direito do consumidor e a Diretiva 85/374 da Comunidade Econômica Europeia.

Por fim, será demonstrado de que modo tem se posicionado a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, visando responder sobre a aplicação dos riscos do desenvolvimento nas relações de consumo.

1 O DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A constitucionalização do Direito produz impactos relevantes em todos os ramos jurídicos. No direito civil, além da Constituição estabelecer princípios e regras que repercutem nas relações privadas, como por exemplo na proteção do consumidor, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade humana. (BARROSO, 2013, p. 33).

Assim, o estudo do Código de Defesa do Consumidor deve passar por uma análise dos princípios constitucionais, vez que devem nortear a interpretação da legislação consumerista (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 24).

Como direito fundamental, a defesa do consumidor está prevista no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, o que o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído. (MIRAGEM, 2018, p. 60).

Isso significa que o Estado deve ter uma atuação positiva, através de todos os seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), visando a proteção deste direito fundamental, direito humano de nova geração, social e econômico (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 35).

A defesa do consumidor também está estabelecida como um dos princípios da ordem econômica e financeira da Carta Magna, estabelecida no artigo 170, V, do texto constitucional, que prevê que a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros princípios, a defesa do consumidor.

A aferição da legitimidade dos fins a que a ordem econômica deve respeitar e está atrelada ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, conformador do conceito de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição (MIRAGEM, 2018, p. 68).

Dessa forma, sendo a proteção do consumidor um direito fundamental e o Código de Defesa do Consumidor uma norma de origem constitucional, vez que a Lei nº 8.078/90 foi criada por meio do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a relação de consumo deve ser tutelada por todos os dispositivos da Constituição, como por exemplo o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

1.1 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Princípios são disposições que devem ser seguidas, formando a base, o ponto de partida para a análise de todo o ordenamento jurídico e para onde ele se norteia (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 29). Eles são verdades estruturantes de um sistema jurídico, assim admitidas, não só por serem evidentes ou terem sido comprovadas, mas também por motivos práticos (REALE, 1995, apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 31).

A Política Nacional de Consumo deve atender os princípios estabelecidos no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Tais princípios encontram fundamento no texto constitucional, mas são regulados pela codificação consumerista, a fim de estimular uma relação saudável entre consumidores e fornecedores (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 27).

Entre os diversos princípios do Código, as verdades estruturantes a serem seguidas na relação de consumo e que merecem destaque são: o princípio da boa-fé, da informação ou transparência, da garantia da adequação, do dever governamental, do acesso à justiça e o da vulnerabilidade

De início, o princípio da boa-fé visa regulamentar as relações de consumo em um sentido ético, que seja adequado para ambas as partes do negócio jurídico.

O princípio da boa-fé é considerado o mais importante no plano infraconstitucional, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana é no plano constitucional (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 35).

A boa-fé é citada no Código de Defesa do Consumidor no artigo 4º, inciso III, que trata de estabelecer o equilíbrio na relação consumerista e a harmonização dos interesses entre os participantes das relações de consumo.

Já o princípio da transparência significa a informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, possibilitando uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor (MARQUES, 2006, p. 714-715)

O dever de informação pode configurar-se de modo educacional, no sentido de conscientizar os consumidores na busca de seus interesses. Desse modo, o princípio pode ser interpretado de várias formas, sempre visando à efetivação dos interesses do consumidor (EFING, 2008, p. 106).

A princípio da garantia da adequação está disposto no artigo 4º, II, e no artigo 24 do Código, sendo que o fornecedor deve ser o protagonista para efetivar a adequação dos produtos e serviços à demanda pela saúde, segurança, qualidade de vida e demais bens jurídicos afetos aos consumidores (EFING, 2008, p. 108).

Em uma abordagem mais contratual, tal garantia impede que se estipulem cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou mesmo atenuem as obrigações pelos vícios de inadequação, dispostas nos artigos 18 a 25 do CDC (MARQUES, 2006, p. 1178).

A garantia da adequação está vinculada ao princípio do dever governamental, presente no artigo 4º, incisos II, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe a importância da ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, por iniciativa direta, por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas, pela presença do Estado do mercado de consumo, pela garantia dos produtos e serviços com padrão adequados de qualidade, segurança, durabilidade, desempenho entre outras medidas de tutela.

Outro princípio de grande relevância é o do acesso à justiça, tratado na legislação consumerista e advindo do texto constitucional, como direito fundamental do artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Por fim, e se tratando de equilíbrio da relação de consumo, é de extrema importância ressaltar o princípio da vulnerabilidade.

Elencada no artigo 4º, inciso I do CDC, o princípio da vulnerabilidade é a base do Código e visa estabelecer um equilíbrio entre a relação do fornecedor, dono do meio de produção, com o consumidor, elo mais fraco da relação de consumo, que na maioria das vezes não possui conhecimentos técnicos e específicos dos bens colocados à sua disposição (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 28).

Importante ressaltar que além dos princípios elencados, o Código garante uma série de direitos básicos ao consumidor, como a proteção à vida, à saúde, à segurança, a proteção contra a publicidade enganosa, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, entre outros direitos previstos no artigo 6º da Lei 8.078/90.

Dessa forma, o Código estabelece uma série de princípios e garantias fundamentais que irão reger a relação de consumo.

1.2 A RELAÇÃO DE CONSUMO

Para que sejam aplicados os princípios e o microsistema normativo do Código de Defesa do Consumidor, deverá ser primeiramente verificada a existência de uma relação de consumo, tendo em um lado o fornecedor de produtos ou serviços e no outro lado o consumidor, estando presente sua vulnerabilidade.

O conceito de consumidor é abordado no artigo 2º da Lei 8.078/90, sendo toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Apesar da objetividade do Código, a interpretação do que seria utilizar o produto ou serviço como destinatário final gerou o surgimento de duas teorias para entender quem é consumidor no sistema jurídico brasileiro, e dessas duas teorias surgiu uma terceira, que é a mais adotada na prática.

A primeira teoria, denominada finalista, restringe a conceituação, sendo o destinatário final somente aquele que retira o bem ou produto do mercado, dando-lhe uma destinação pessoal, sem qualquer interesse pessoal (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 06).

A corrente de interpretação maximalista, sustenta que a definição deve ser interpretada extensivamente, como o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não seja necessariamente seu destinatário econômico, ou seja, basta que se adquira ou utilize o produto ou serviço, não sendo necessário que sejam retirados do mercado ou que não sejam reempregados na atividade econômica (MIRAGEM, 2018, p. 180).

A terceira corrente, denominada de teoria do finalismo aprofundado ou mitigado é a que predomina atualmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerando o consumidor através de uma condição de vulnerabilidade, podendo esta ser técnica, jurídica, fática ou até mesmo informacional (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 103-105).

A vulnerabilidade técnica diz respeito à falta de conhecimentos específicos sobre o produto adquirido, a jurídica se caracteriza pela falta de conhecimentos jurídicos ou científicos, a fática é analisada em relação ao fornecedor, quando se encontra em posição de monopólio, fático ou jurídico e a informacional ocorre quando do déficit informacional do cliente, atingido, muitas vezes, pela manipulação das informações prestadas (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 08-09).

No que se refere ao fornecedor, o conceito está previsto no artigo 3º da legislação consumerista e possui um conceito bem amplo. O Código de Defesa do Consumidor quis enquadrar como fornecedor todo aquele que "desenvolva atividades" econômicas no mercado (KHOURI, 2009, p. 46).

O Estado também pode atuar como fornecedor de serviços, quando presta serviços aos contribuintes, nos termos do artigo 22 do Código: "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

Como construção doutrinária existe a figura do fornecedor por equiparação, em que o fornecedor-equiparado seria um terceiro na relação de consumo, um intermediário auxiliar da relação principal de consumo, mas que atua frente a um consumidor, como por exemplo, a empresa de banco de dados que insere o consumidor em seu cadastro de inadimplentes pelo suposto não pagamento de um produto (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 124).

É importante ressaltar que as normas do Direito do Consumidor só serão aplicadas quando o fornecimento de

produtos e serviços estiver perante a relação de consumo enquadrada nos conceitos vistos nessa seção.

1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A responsabilidade, no âmbito jurídico, significa o dever de a pessoa obrigar-se por algo que fez ou deixou de fazer quando devia agir. Por ação ou omissão o agente responderá ou perante padrões de conduta estabelecidos em lei como crime, ou por ofensa à legislação não penal, com o propósito de obrigar à reparação do dano material ou moral causado a outrem (STOCO, 2011, p. 140).

A responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio ou descompensação do patrimônio de alguém (STOCO, 2011, p. 141).

O instituto da responsabilidade civil está previsto no artigo 186 do Código Civil, que estabelece que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

No título IX do respectivo Código, intitulado como "Da Responsabilidade Civil", encontramos o artigo 927: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

A análise do artigo 186 do Código Civil evidencia que são quatro os elementos essenciais, pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima (GONÇALVES, 2012, p. 66).

No que se refere ao âmbito consumerista, a promulgação da Lei 8.078/90 representou não só uma revolução no que tange à responsabilidade civil, mas um divisor de águas do próprio direito brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor é uma codificação moderna que estabeleceu o que a doutrina consagrou de microsistema jurídico e adentrou em praticamente todas as atividades negociais (VENOSA, 2018, p. 719-720).

Os direitos do consumidor surgiram como forma de proteção do indivíduo perante o desenvolvimento que as sociedades de consumo atingiram, sendo a vulnerabilidade do consumidor a própria essência da codificação (VENOSA, 2018, p. 719-720).

Nesse sentido, a opção do Código de Defesa do Consumidor e da legislação de proteção do consumidor em todo o mundo, é o da responsabilização de natureza objetiva, dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo. (MIRAGEM, 2018, p. 601).

A alteração do sistema tradicional de responsabilidade civil baseada em culpa foi uma das grandes inovações do Código, assim, a responsabilização do réu passa a ser objetiva, já que responde independentemente de culpa pelos danos causados aos consumidores, devendo o consumidor comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 172-173).

Estando presentes os três requisitos supracitados (dano ao consumidor, a existência do defeito do produto ou serviço e o nexo de causalidade), a responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços será elencada em dois institutos: a responsabilidade civil pelo fato do produto e do

serviço ou a responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço.

A responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, também denominada responsabilidade por acidentes de consumo, consiste no efeito de imputar ao fornecedor, a sua responsabilização em razão dos danos causados por defeitos de concepção, produção, comercialização ou fornecimento do produto ou serviço, impondo o dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo (MIRAGEM, 2018, p. 602-605), possuindo respaldo nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Os artigos supracitados demonstram que uma série de classes de fornecedores responde objetivamente e solidariamente pelos danos causados, sendo essas classes divididas em fornecedores reais (aqueles que efetivamente participam da realização e criação do produto acabado ou parte componente, inclusive matéria prima), fornecedores aparentes (aqueles que se apresentam como fornecedores, colocando no produto seu próprio nome ou marca) e fornecedores presumidos (importadores, distribuidores e comerciantes de produtos anônimos), classificação essa segundo Marins apud EFING (2008, p. 154).

Importante destacar que diante de um acidente de consumo decorrente de um defeito que atinja a integridade física, psíquica ou até mesmo patrimonial do consumidor, a vítima terá um prazo prescricional quinquenal a partir do conhecimento do dano ou de sua autoria para reclamar em juízo, nos termos do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Já a responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço é a responsabilização diante de um defeito que, embora não cause nenhum acidente de consumo, impede seu uso potencial ou lhe diminui o valor através de anomalias que afetam a sua funcionalidade, através de vícios de qualidade ou quantidade (KHOURI, 2009, p. 193), estando o instituto previsto no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Os vícios no produto de que se trata o artigo citado são divididos na doutrina em vícios de qualidade e quantidade (decorrentes da impropriedade ou inadequação do bem e na diminuição de seu valor) e vícios na disparidade com a oferta, que pode ocorrer pelas diferenças com as informações constantes no produto (EFING, 2008, p. 158-159), sendo que nessa última não necessariamente é preciso um dano financeiro.

No caso de vícios no serviço, entende-se pelo serviço cuja finalidade não foi atingida, seja por descaso de quem desempenhou a atividade, seja por não ter sido possível terminar a atividade (EFING, 2008, p. 159).

O Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não significa dizer que é absoluto, existindo algumas causas de exclusão da responsabilidade. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 178).

1.4 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A análise das excludentes de responsabilidade é primordial para a tese dos riscos do desenvolvimento, visto essa hipótese não estar expressamente elencada na legislação, gerando dúvidas quanto a sua aplicabilidade em nosso ordenamento.

O fornecedor de produtos e serviços pode, de acordo com artigo 12, §3º, do Código de Defesa do Consumidor alegar que não colocou o produto no mercado ou que o defeito inexistia ou ainda que o dano foi causado por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (GARCIA, 2016, p. 160).

Pela primeira excludente nota-se que a introdução do produto no mercado é pressuposto inafastável para que se cogite a responsabilidade civil por acidente de consumo. O objetivo da excludente é afastar a responsabilidade do fornecedor quando da introdução involuntária do produto no mercado, que pode ocorrer, por exemplo, em caso de falsificação ou de roubo (CALIXTO, 2004, p. 158).

A segunda excludente que poderá ser arguida é que o produto, embora inserido no mercado, não apresenta defeito, levando-se em consideração o conceito de produto defeituoso estabelecido no artigo 12, § 1º, do Código: o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais, a sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação. Diante da inexistência de defeito, não haveria como o produto causar o acidente do consumo. (GARCIA, 2016, p. 161).

A culpa exclusiva do consumidor ou a culpa exclusiva de terceiro trata-se de hipótese de rompimento do nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor, pelo advento de outra conduta que tenha sido realizada pelo próprio consumidor ou por um terceiro (MIRAGEM, 2018, p. 601).

Uma causa que também é discutida na questão das excludentes de responsabilidade é o caso fortuito e a força maior, que não estão elencadas no rol do artigo 12, entretanto são no direito brasileiro, em regra, excludentes de responsabilidade, podendo ser mantido, nesse caso, o sistema tradicional apto a impedir o dever de indenizar, nos moldes do que já foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 181).

Importante o destaque de que é do fornecedor o ônus de provar a ocorrência das excludentes de responsabilidade para que seja afastado o dever de indenizar (GARCIA, 2016, p. 161).

Uma outra hipótese de afastamento da responsabilidade do fornecedor que é utilizada em alguns ordenamentos jurídicos são os riscos do desenvolvimento, que ainda não foi debatida na legislação brasileira.

2 OS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO E A OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO AO TEMA

A responsabilidade do fornecedor quanto aos riscos do desenvolvimento é questão de grande debate na doutrina nacional. O conceito gira em torno da possibilidade de responsabilização do fornecedor quanto aos danos causados por supostos defeitos que não eram conhecidos na época da inserção do produto no mercado e que vieram a ser identificados pelo avanço técnico e científico, após causarem danos aos consumidores.

Os riscos do desenvolvimento são aqueles que são constatados apenas após o ingresso do produto ou serviço no mercado de consumo, em face de melhorias ou avanços científicos e técnicos que possibilitam a identificação do

defeito já existente do produto ou serviço, mas não passível de identificação pelo fornecedor. (MIRAGEM, 2018, p. 647).

O critério básico para que seja identificável um defeito pelo fornecedor é o estado de conhecimento da ciência e da técnica à época em que o produto foi colocado no mercado, nos moldes do artigo 12, §1º, III, do Código de Defesa do Consumidor (MIRAGEM, 2018, p. 647).

Nesse sentido, a análise do grau de conhecimento científico não é feita tomando por base um fornecedor em particular. Importam, ao revés, as informações científicas disponíveis no mercado. Ou seja: pouco interessa o que um determinado fornecedor sabe, mas sim o que sabe a comunidade científica. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 184).

São diversos os exemplos que podem ser dados quanto ao tema, na maioria casos de danos graves ao consumidor, como o anticolesterol MER-29, que ocasionou cegueira em algumas pessoas que o utilizaram (SILVA apud CALIXTO, 2004, p. 178) e um dos mais famosos dos casos, o do remédio Talidomida, ingerido por mulheres grávidas e que ocasionou a má-formação de milhares de crianças (SILVA apud CALIXTO, 2004, p. 178).

2.1 A DIRETIVA 85/374/CEE

A Comunidade Econômica Europeia, organização internacional que deu origem à atual União Europeia, por meio da Diretiva 85/374/CEE, legislou sobre a responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, visando orientar os seus Estados-membros quanto à questão.

O artigo 1º da referida Diretiva responsabiliza o produtor quanto ao dano causado por um defeito do produto: "O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto".

Quanto aos riscos do desenvolvimento, o direito europeu expressamente tratou como hipótese de excludente de responsabilidade por intermédio do artigo 7º, alínea "e" da Diretiva, ainda que tenha permitido aos países membros da Comunidade Europeia que, ao tempo em que incorporassem as regras da diretiva, pudessem derogar a excludente (MIRAGEM, 2018, p. 648).

O artigo 7º, alínea "e" da Diretiva assim estabelece: "Art. 7º O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito".

Desse modo, o posicionamento adotado pela Comunidade Econômica Europeia é, em regra, utilizar os riscos do desenvolvimento como uma excludente de responsabilidade, entretanto, qualquer Estado-membro pode legislar ao contrário, prevendo em seu ordenamento a responsabilização do produtor:

Sendo assim, entre os países europeus tem prevalecido a exclusão de responsabilidade na hipótese de riscos de desenvolvimento, podendo ser citados a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Itália, Grécia, Dinamarca, Holanda, Áustria e Suécia (BOURGOIGNIE apud CALIXTO, 2004, p. 187). A Finlândia sempre responsabilizou o fornecedor e

Luxemburgo também afastou a excludente. (COLOMER apud CALIXTO, 2004, p. 187).

Mister salientar ainda que o artigo 11 da Diretiva 85/374/CEE estabelece o prazo para a reparação dos danos causados por produtos defeituosos. O fornecedor do produto defeituoso responsabiliza-se pelo período de dez anos da entrada de circulação do produto, exceto se a vítima tiver ajuizado ação contra o produtor neste período, no prazo prescricional de 3 anos, a partir da data em que tomou conhecimento do dano, da identidade do produtor e do defeito, conforme artigo 10, número 1, da Diretiva.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da omissão legislativa sobre o tema e levando-se em conta as peculiaridades do Código de Defesa do Consumidor e os aspectos da Diretiva 85/374/CEE, surge uma indagação a ser respondida: os riscos do desenvolvimento devem ser arcados pelo fornecedor ou poderiam ser utilizados como excludente de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro?

Para a obtenção da resposta, é de suma importância verificar o posicionamento doutrinário e as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Na doutrina, podemos identificar duas vertentes: uma sustentando que estão presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (defeito, dano e nexa causal), sendo a responsabilização uma decisão política, e outra que entende inexistente um dos pressupostos, o defeito, afastando-se, por consequência, a responsabilidade (CALIXTO, 2004, p. 200).

Adeptos da primeira vertente, Antônio Herman V. Benjamin et al. acreditam que o defeito do produto, nesses casos, é um tipo de defeito de concepção e que o sistema de responsabilidade civil objetiva não pode exonerar o fabricante, o construtor, o produtor e o importador na presença de um risco de desenvolvimento (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 182).

Nessa toada, afirmam que a exigência moderna é no sentido de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo deve arcar sozinho com os seus prejuízos ou fique sem indenização, devendo o fornecedor ter a incumbência de, através dos mecanismos de preço, proceder à internalização dos custos sociais (2014, p. 183).

Outro posicionamento favorável à responsabilização do fornecedor é de Maria Parra Lucan, pela predominância da responsabilidade objetiva e pela existência do defeito no produto. Também argumenta que o momento de análise de tecnologia quando o produto é lançado no mercado se encaminha mais para proteger o fornecedor de demandas de danos causados por um produto, que quando lançado oferecia legitimamente uma segurança, do que excluir os danos ocasionados pelos riscos do desenvolvimento. (LUCAN apud CALIXTO, 2004, p. 207-208)

Nessa esteira, Cavalieri Filho entende que os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno – risco integrante da atividade do fornecedor –, pelo que não exonerativo da sua responsabilidade (2007, p. 476).

Do mesmo modo, Bruno Miragem entende que o Código não considerou os riscos do desenvolvimento no rol do artigo que trata das excludentes de responsabilidade, bem como que é de se considerar que o legislador, ao estabelecer o regime de responsabilidade objetiva e restringir as hipóteses de exclusão teve como objetivo a máxima extensão da tutela ao consumidor contra os riscos do mercado de consumo (2018, p. 650-651).

Sanseverino afirma que os riscos do desenvolvimento deveriam ter sido elencados de maneira expressa do rol de causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, como ocorreu no direito comunitário europeu. Complementa sua posição ao afirmar que a aceitação da eximente representaria um retrocesso no regime de responsabilidade objetiva acolhido pelo direito brasileiro, pois atribuiria os efeitos nocivos dos riscos de desenvolvimento ao próprio consumidor (2010, p. 345-346).

Outro adepto da responsabilização do fornecedor nessa hipótese, Marcelo Junqueira Calixto argumenta que adotar os riscos de desenvolvimento como excludente seria subordinar a proteção do consumidor ao avanço científico, porém entende ser necessária a responsabilização por um lapso temporal de até 10 anos do lançamento do produto, para que o produtor não fique eternamente responsabilizado (2004, p. 243-251-252).

Importante o destaque do Enunciado 43 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que assim dispõe: "a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento".

Em contrapartida, favorável a tratar os riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade está James Marins (apud SANSEVERINO, 2010), que entende não existir o defeito no produto, pois na época em que o produto foi colocado no mercado existia a segurança que dele legitimamente se esperava, conforme o artigo 12, § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Acrescenta, ainda, que o fator político que marcou a elaboração da Diretiva 85/374/CEE instituiu como regra a responsabilização, bem como que por razões de ordem econômica, a grande carga de responsabilidade assumida pelo fornecedor viria em detrimento do próprio desenvolvimento social (MARINS apud CALIXTO, 2004, p. 225-226).

Gustavo Tepedino corrobora tal entendimento, por entender ser necessário tratar os riscos do desenvolvimento como excludente, no sentido de que inexistente o defeito do produto nessa hipótese:

O conceito de defeito é essencialmente relativo, antepondo duas noções, em determinado contexto histórico: segurança e expectativa dos consumidores. Assim, no risco de desenvolvimento, não existe defeito, por inexistir uma reversão de expectativa em face dos conhecimentos atuais. Não se pode esperar algo que se desconhece. Há, sim, neste caso, periculosidade ou nocividade, objetivamente consideradas, embora desconhecidas pela ciência no momento do oferecimento do produto ou serviço. (TEPEDINO, 2006, p. 114).

O debate torna-se ainda mais conflituoso pela escassa jurisprudência acerca dos riscos do

desenvolvimento e danos tardios acometidos aos consumidores.

Na hipótese de danos tardios acometidos aos consumidores, como por exemplo danos à saúde causados pelo consumo de tabaco e de bebida alcoólica, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se trata de um produto defeituoso e sim de periculosidade inerente, com ampla divulgação pelos fornecedores dos malefícios causados, sendo uma escolha do consumidor a ingestão de tais produtos, o que afasta o dever de indenizar e a caracterização de risco do desenvolvimento. Tal posicionamento pode ser verificado no julgamento do Recurso Especial nº 1322964, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, realizado em 22.05.2018, e no Recurso Especial nº 1113804, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27.04.2010.

Caso os riscos de desenvolvimento sejam considerados com um risco inerente ao empreendimento, a jurisprudência é pacífica no sentido de responsabilização do fornecedor, como no Recurso Especial nº 1599405, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04.04.2017:

O Código de Defesa do Consumidor acolheu a teoria do risco do empreendimento (ou da atividade) segundo a qual o fornecedor responde objetivamente por todos os danos causados ao consumidor pelo produto ou serviço que se revele defeituoso (ou com a pecha de defeituoso, em que o fornecedor não se desonera do ônus de comprovar que seu produto não ostenta o defeito a ele imputado), na medida em que a atividade econômica é desenvolvida, precipuamente, em seu benefício, devendo, pois, arcar com os riscos "de consumo" dela advindos.

A explanação conjunta da legislação, da doutrina e da jurisprudência permite uma melhor elucidação sobre o tema, de modo a ser possível analisar a viabilidade da adoção da teoria dos riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante da necessidade de existir um posicionamento legislativo quanto à responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, é de se ver que, pela análise do ordenamento jurídico brasileiro, a solução mais adequada a ser adotada seria a responsabilização do fornecedor.

Inicialmente, faz-se necessária uma análise constitucional do tema, visto que a defesa do consumidor é prevista como garantia fundamental no ordenamento, cláusula pétrea presente no rol do artigo 5º, inciso XXXII. Também mencionada no artigo 170, a relação de consumo fica tutelada por todos os fundamentos e direitos indisponíveis da Carta Magna, como o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Desse modo, transferir um dano causado pelo fabricante exclusivamente ao consumidor seria ir de encontro ao Texto Magno.

Por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor revela em sua base o princípio da garantia da adequação e principalmente o da vulnerabilidade, que

objetiva justamente proteger o elo mais vulnerável quanto aos desequilíbrios na relação de consumo.

Citam-se ainda os direitos básicos presentes no artigo 6º do Código, como a proteção da vida, da saúde, dos riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços nocivos, bem como a prevenção e efetiva reparação contra todo tipo de dano, seja ele patrimonial, moral, coletivo ou difuso.

Com o advento da Lei 8.078/90, a responsabilidade civil tornou-se objetiva, baseada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo o fornecedor que se dispõe a lançar produtos e serviços no mercado deve garantir a qualidade de seus produtos e responder por danos e vícios decorrentes do que foi oferecido, independente de culpa, salvo as excludentes de responsabilidade existentes. Não estando os riscos do desenvolvimento no rol das excludentes, o fabricante não se exime do dever de indenizar.

Por essa interpretação, a verificação de que o estado do avanço científico não seria hábil a verificar o defeito na época em que o produto foi inserido no mercado, traria novamente a discussão para o âmbito da culpa ou do dolo, afastando o sistema atualmente adotado em Lei.

Além disso, na eventual hipótese de se considerar os riscos do desenvolvimento como excludente, estaria vinculando-se a saúde e a defesa do consumidor ao estado da tecnologia da época, ideia contrária a todo o embasamento protetivo da legislação vigente.

Para o fornecedor existem mecanismos para diluir os riscos, como pesquisas sobre o produto durante toda a elaboração, mecanismos de preços para poder distribuir os riscos para o mercado, seguros a serem contratados, além de poder fazer o recall de produtos, assim que verificada a falha, o que também estimula a empresa a uma busca pela tecnologia mais adequada e ao acompanhamento de seus produtos até o fim do seu ciclo de vida.

Sendo assim, conclui-se que a melhor alternativa para a questão, vindo ao encontro da legislação pátria, é a não adoção dos riscos do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, devendo o fornecedor assumi-los no caso concreto.

REFERÊNCIAS

AGRA, 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.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil, Brasília, DF, 05 de agosto de 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-ceji-i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2019.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2010.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31985L0374&from=PT>. Acesso em: 12 dez. 2019.

EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do Direito das Relações de Consumo. Curitiba: Juruá, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A DESJUDICIALIZAÇÃO PARA A CONSECUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

ACCESS TO JUSTICE AS A FUNDAMENTAL RIGHT: 'DEJUDICIALIZATION' FOR THE ACHIEVEMENT OF HUMAN RIGHTS

Anderson Ricardo Fogaça¹, José Laurindo de Souza Netto², Letícia de Andrade Porto³

As instruções abaixo são fornecidas de forma a auxiliar a preparação dos trabalhos científicos a serem submetidos à Revista Gralha Azul. Por favor, leia e siga as recomendações apresentadas antes de enviar o seu trabalho. O documento deverá ser enviado por correio eletrônico. O seu trabalho será publicado exatamente na formatação como foi enviado, portanto proceda a devida correção gramatical antes do envio. O resumo deve conter de **100 a 250** palavras e não deve ultrapassar a primeira página.

Palavras-Chave: Divulgação. Ciência. ITPAC.

The following instructions are provided in order to assist you in preparing the papers to be submitted to the Journal Gralha Azul. Please read and follow the recommendations presented before sending your work. The document should be sent by electronic mail. Their work will be published in the format exactly as sent, so do a proper fix grammar before submission. The abstract should contain 100-250 words and must not exceed the first page.

Keywords: Disclosure. Science. ITPAC.

¹ Juiz de Direito em 2º Grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 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. E-mail: andersonfog@yahoo.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>.

² Doutor e Mestre pela UFPR. Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR. Professor convidado no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: jlno@tjpr.jus.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260> | Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

³ Mestra 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 da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: leticia.porto21@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7625-6139>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4957444327036996>.

INTRODUÇÃO

O exorbitante número de ações judiciais que tramitam no âmbito dos Poderes Judiciários estaduais revela verdadeiro desafio ao cumprimento da tutela efetiva dos direitos do cidadão. Ao ingressar com a demanda perante o Poder Judiciário, o cidadão busca uma prestação jurisdicional adequada, em respeito à duração razoável de seu processo, observadas as garantias constitucionais. Todavia, o acesso à justiça, em sua via tradicional judicial, esbarra em constantes limitações que geram frustrações cotidianas.

Premente a necessidade da "desjudicialização" de casos outrora litigiosos, e que podem encontrar solução efetiva e célere pela via extrajudicial. O objetivo deste trabalho consubstancia-se na verificação do acesso à justiça e sua relação com a possibilidade da "desjudicialização" de algumas demandas, principalmente as decorrentes de direito civil entre pessoas físicas, como os litígios envolvendo o Direito de Família. Isso porque, "o juiz não pode ser visto como a primeira opção para os litigantes, mas, sim, como a última" (CADIET, 2015, p. 52).

Como forma de alcançá-lo, a metodologia utilizada perpassa análises das condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em decorrência da morosidade da tramitação dos processos judiciais, em consonância com o direito humano de acesso à justiça e a tutela efetiva e célere dos direitos das vítimas. O Brasil, como signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, submeteu-se à jurisdição da Corte IDH, figurando em casos apreciados pelo órgão judicial, envolvendo a violação de direitos humanos. A morosidade da tramitação processual no Poder Judiciário brasileiro, na atualidade, constitui verdadeiro óbice ao acesso efetivo à justiça e à prestação da tutela jurisdicional adequada, podendo, inclusive, caracterizar uma violação ao direito fundamental disposto no art. 5, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988. De igual modo, a proteção judicial, disposta no art. 25 da Convenção Americana, tutela o recurso efetivo e rápido de qualquer pessoa perante os juízes e tribunais competentes, contra atos que violem seus direitos fundamentais, sejam eles resguardados pela Constituição ou pela Convenção Americana. Também serão analisados dados promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça, datados de 2020, sobre a morosidade judicial e o acesso à justiça brasileira, em suas várias instâncias.

Nesse norte, a hipótese da presente pesquisa concentra-se em verificar se o Poder Judiciário brasileiro tem avançado à resolutividade, através da resolução de demandas pela via extrajudicial. Assim sendo, a pergunta de pesquisa questiona: É possível afirmar que o acesso à justiça brasileira encontra novos caminhos além da jurisdição contenciosa?

A justificativa da pesquisa repousa na necessidade de repensar a prestação da tutela jurisdicional através do acesso à justiça por outras vias, céleres e efetivas, por meio de autocomposição ou serventias extrajudiciais. Os dados analisados, provenientes do Relatório Justiça em Números, promovidos pelo CNJ em 2020, apontam para o esgotamento da via tradicional de resolução de litígios. O futuro do Poder Judiciário deve ser pautado pela efetividade, evitando que a morosidade processual se torne uma violação aos direitos

humanos, e uma limitação ao acesso à justiça. Dessa forma, busca-se um novo horizonte ao Poder Judiciário Brasileiro, de forma a tornar a via judicial a ultima ratio para resolução dos conflitos.

O presente artigo foi pautado no método dialético, mediante análise bibliográfica e de dados, com o intuito de demonstrar que o acesso à justiça representa um importante direito fundamental e humano, que deve ser efetivado, garantido e respeitado pelos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1 AS CONDENAÇÕES DO BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NACIONAL

Os direitos humanos merecem destaque nos tratados internacionais que o Brasil é signatário, como a Declaração Internacional de Direitos Humanos, firmada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948. A nível regional, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), também em 1948, para integrar as 35 (trinta e cinco) nações do continente americano, dentre as quais o Brasil (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2019).

A aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em 1969, trouxe aos Estados signatários da Convenção, uma série de deveres e direitos (CAMBI; PORTO, 2019).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão responsável por processar e julgar os Estados-parte da CADH por violações de direitos de cidadãos que tenham sofrido qualquer violação de seus direitos no âmbito da jurisdição de um dos Estados parte da Convenção Americana - CADH (MAZZUOLI, 2015, p. 48-49).

O art. 26 da CADH afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2015, p. 48-49). Ademais, o art. 31, item 3, da Convenção de Viena, aprovada em 23 de maio de 1969, dispõe que os tratados internacionais devem ser interpretados progressivamente, levando-se em consideração todo acordo e prática posterior entre as partes na aplicação do tratado (CAMBI; PORTO, 2019).

Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, e nos termos do denominado bloco de constitucionalidade (art. 5º, § 2º, CF), o país amplia o rol de direitos fundamentais e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. A jurisdição brasileira, devendo-se guiar pelo princípio pro persona e basear-se na cooperação internacional, pode aumentar a efetividade dos direitos humanos (CAMBI; PORTO, 2020).

O Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), via Decreto nº 4.463 de 2002, e passou a figurar no pólo passivo das demandas do Sistema Regional. Isso resultou em obrigações de ajustes internos para que normas brasileiras pudessem se coadunar com a Convenção Americana de

Direitos Humanos (CADH), o que reforça a necessidade de respeitar os direitos humanos no âmbito nacional. Afinal, o descumprimento da decisão da Corte IDH implica em violação do sistema de proteção dos direitos humanos e responsabilização do Estado no plano internacional (CAMBI; PORTO, 2019b).

O respeito aos precedentes fixados pela Corte IDH é uma forma de assegurar os direitos humanos dentro dos Estados, além de promover a continuidade, o dinamismo e a coerência das decisões exaradas pela Corte IDH. Assim o sendo, forma-se uma unidade normativa que deve ser aplicada a todos os Estados parte, como pauta vinculante às jurisdições domésticas (CAMBI; PORTO, 2019).

Apesar da necessidade de cumprimento do disposto na CADH, da imperiosa observância dos precedentes da Corte IDH e da importância do exercício do controle de convencionalidade, o Brasil tem sido acionado, com frequência, pelo descumprimento tanto de tratados de direitos humanos quanto de respectivas decisões internacionais (CAMBI; PORTO, 2020).

Até o início de 2021, o Brasil já havia sido condenado dez vezes pela Corte IDH, em questões envolvendo violência resultante de movimentos de reforma agrária (CORTE IDH, 2009), trabalho escravo e servidão por dívidas (CORTE IDH, 2016), tratamento desumano em relação à saúde de pessoas vulneráveis/deficientes (CORTE IDH, 2006), desaparecimento forçado de pessoas durante operações militares na década de 1970 (CORTE IDH, 2010) e mortes no período ditatorial brasileiro (de 1964 a 1985) (CORTE IDH, 2018), violência policial (CORTE IDH, 2006 E 2017), demarcação de terras indígenas (CORTE IDH, 2018) e, mais recentemente, omissão estatal decorrente da ausência de fiscalização em uma fábrica de fogos, o que resultou em sua explosão e morte de diversos trabalhadores e crianças (CORTE IDH, 2020).

Ao lançar um olhar apurado nas condenações sofridas, é comum, infelizmente, a constatação da demora na prestação jurisdicional brasileira, o que obsta à vítima, ou aos seus familiares, de alcançarem seus direitos e reparações. Em consonância com os casos julgados pela Corte IDH, a CADH determina a possibilidade de acesso aos tribunais em face de atos que violem qualquer direito fundamental previsto constitucionalmente, pela lei ou pela própria Convenção, mesmo que advenham de autoridades no exercício de suas funções. De maneira semelhante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos impõe ao sistema de justiça a proteção contra atos que violem qualquer direito fundamental.

O artigo 8 da CADH estabelece as garantias judiciais necessárias à existência do devido processo legal, no qual prevê o acesso à justiça a partir do dever do Estado em garantir direitos observando um prazo razoável, vedando "qualquer medida interna que imponha custos ou dificulte o acesso de indivíduos ao sistema de Justiça" (LOPES; AMADO; GONZÁLEZ, RÉBORA, 2021). De forma semelhante, o artigo 25 da Convenção Americana estipula a proteção judicial, qual seja "a obrigação estatal de oferecer um recurso efetivo [...] contra quaisquer atos violatórios de direitos fundamentais" (LOPES; AMADO; GONZÁLEZ, RÉBORA, 2021).

Um caso emblemático, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006, no qual o Brasil foi condenado, versava sobre a situação desumana e degradante vivida pela vítima - Damião Ximenes Lopes,

portador de deficiência mental -, em razão de sua internação em um hospital psiquiátrico privado que operava no âmbito do Sistema Único de Saúde, em Sobral/CE. A situação de vulnerabilidade da vítima, decorrente da deficiência mental, agravou a situação, tendo sofrido sucessivos golpes e ataques contra sua integridade pessoal, o que resultou na sua morte - três dias após a internação. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua sentença, reiterou que:

104. [...] os Estados devem levar em conta que os grupos de indivíduos que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, tais como as pessoas em condição de extrema pobreza, as crianças e adolescentes em situação de risco e as populações indígenas, enfrentam um aumento do risco de padecer de deficiências mentais, como era o caso do senhor Damião Ximenes Lopes. É direto e significativo o vínculo existente entre a deficiência, por um lado, e a pobreza e a exclusão social, por outro. Entre as medidas positivas a cargo dos Estados encontram-se, pelas razões expostas, as necessárias para evitar todas as formas de deficiência que possam ser prevenidas e estender às pessoas que padeçam de deficiências mentais o tratamento preferencial apropriado a sua condição.

Em seu voto apartado, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade considerou que o direito de acesso à Justiça deve ser reconhecido como um Direito à Pronta Prestação Jurisdicional, garantia que não restou perfectibilizada no caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. A denúncia foi apresentada pelo representante do Ministério Público estadual em 27 de março de 2000, sendo que, passados mais de quatro anos do oferecimento da peça inicial, não havia sido emitida a sentença na primeira instância.

Na sentença condenatória exarada pela Corte IDH, foram reconhecidas as violações aos direitos à vida e à integridade pessoal de Damião Ximenes Lopes, além dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana. Como forma de reparação, a Corte IDH solicitou que o Estado garanta, em um prazo razoável, a investigação e o prosseguimento processual interno, a fim de sancionar os responsáveis pelo caso (CORTE IDH, 2021).

Em 2016, o Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil também versou sobre o direito a um processo judicial efetivo em prazo razoável como forma de reparação às violações havidas. O caso trata da demora injustificada na investigação e punição dos responsáveis envolvidos na execução de 26 pessoas e na prática de tortura e estupro, por parte de agentes policiais, cometidos contra 3 mulheres durante abordagens policiais em outubro de 1994 e maio de 1995 na Favela Nova Brasília, no município do Rio de Janeiro (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Sobre a alegação da demora irrazoável do processo, a Corte IDH ressaltou que:

217. Quanto à celeridade do processo, este Tribunal salientou que o "prazo razoável" a que se refere o artigo 8.1 da Convenção deve ser apreciado em relação à duração total do

procedimento que se desenvolve até que se profira a sentença definitiva. O direito de acesso à justiça implica em que a solução da controvérsia se dê em tempo razoável, já que uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais.

218. A respeito do suposto descumprimento da garantia judicial de prazo razoável no processo penal, a Corte examinará os quatro critérios estabelecidos em sua jurisprudência na matéria: i) a complexidade do assunto; ii) a atividade processual do interessado; iii) a conduta das autoridades judiciais; e iv) o dano provocado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo [...] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Como conclusão, inferiu-se que a "longa duração das investigações fez com que os familiares das vítimas mortas permanecessem em situação de incerteza a respeito dos responsáveis pelos fatos da incursão de 1994" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017), razão pela qual foi considerado violado o disposto no art. 8.1 da Convenção Americana, no que diz respeito às garantias judiciais de devida diligência e prazo razoável.

Insta salientar que a demora na prestação jurisdicional constitui uma violação das garantias judiciais, ao passo que o acesso à justiça deve ser considerado como um direito fundamental e humano, consubstanciado no art. 25 da Convenção Americana.

Por outra senda, em tempos de pandemia de Covid-19, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos regulamentou a Resolução 04/2020, que fixa diretrizes quanto ao tratamento digno dispensado às pessoas infectadas pelo vírus. Em seu parágrafo 47, dita que o acesso à justiça, nesse contexto, deve ser garantido em relação às denúncias que envolvam violação de direitos humanos das pessoas com Covid-19, devendo observar a celeridade e diligência de modo a proteger os direitos dos indivíduos infectados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

A nível global, a Organização das Nações Unidas tem buscado inserir a resolução extrajudicial nas demandas criminais, o que deu origem à Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, que regulamentou princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal (PARANÁ, RESOLUÇÃO 2002/12).

Não se olvida que os números de ingresso de ações no Poder Judiciário brasileiro são elevados, conforme se depreende dos dados provenientes do Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números - 2020. A taxa de congestionamento, em média, dos Tribunais estaduais, gira em torno de 71%. Como forma de resolver os litígios pendentes de solução, o CNJ tem incentivado a promoção de acordos por meio de conciliação (CNJ, 2020). A resolução CNJ n. 125/2010 criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), em respeito ao direito ao acesso à justiça e à celeridade processual.

Em cumprimento ao disposto pelo CNJ, foram criados vários Centros Judiciários de Solução de Conflitos e

Cidadania pelo Brasil, com destaque para os três tribunais estaduais que comportam o maior número dessas iniciativas, dentre os quais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com 231 Centros, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com 166 Centros e, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde figuram 135 Centros Judiciários de Solução de Conflitos na Justiça Estadual (CNJ, 2020).

Sobre esse ponto, é interessante lançar um olhar sobre uma iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que busca assegurar a celeridade processual e o acesso à justiça aos cidadãos. A fim de garantir o fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde por parte do Estado ou do Município, no Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça, por meio da 2ª Vice-Presidência (Gestão 2019/2020), celebrou termo de cooperação para que a Defensoria Pública e o Ministério Público promova o chamamento do ente público pelo sistema pré-processual do CEJUSC, evitando, com isso, o ajuizamento da demanda. Primeiro, convida-se o responsável pelo medicamento ou tratamento para uma audiência no CEJUSC, a qual é conduzida por um mediador judicial devidamente capacitado com as técnicas de mediação e conciliação. Obtida a transação, o juiz coordenador do CEJUSC homologa o acordo pré-processual. Caso seja negativa, a Defensoria Pública ou Ministério Público avaliará se deve ingressar ou não com a demanda judicial. Com isso, o cidadão tem seu conflito resolvido no menor tempo possível, pelo próprio Poder Judiciário, concretizando-se um acesso à justiça célere, justo e efetivo (FOGAÇA, 2020, p. 106).

Todavia, não se pode olvidar que, apesar dos esforços engendrados pela Justiça Brasileira, os números totais de conciliação efetuados pelo Poder Judiciário giram em torno de 12,5 % (CNJ, 2020, p. 174). "A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução" (CNJ, 2020, p. 174).

O acesso à justiça constitui importante mecanismo de efetivação de direitos dentro do Estado Democrático de Direito. A democracia se justifica na tutela dos direitos fundamentais intrínsecos ao bem estar social.

Insta salientar que o Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2016, trouxe importantes inovações nesse sentido, ao valorizar a resolução de conflitos de maneira pacífica, além de tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Trata-se de uma grande mudança que é, ainda timidamente, incorporada ao cotidiano jurídico.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO

O acesso à justiça é garantia constitucional, previsto no art. 5, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988. Seu amplo acesso, independentemente do pagamento de taxas, permite que o cidadão possa peticionar aos "Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (CRFB/1988).

Em consonância com o exposto, a Agenda Global 2030 da Organização das Nações Unidas estabeleceu o compromisso assumido por vários países - incluído o Brasil -, no que concerne ao cumprimento de 17 objetivos para o Desenvolvimento Sustentável no mundo, até 2030. A Agenda

foi recepcionada pelo Poder Judiciário Brasileiro, que se compromete com a persecução dos objetivos e metas relacionadas aos Direitos Humanos. Dentre eles, destaca-se o Objetivo 16, que busca "promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis" (CNJ, 2020, p. 253).

A busca por uma "desjudicialização" das demandas litigiosas, e sua transposição para uma justiça restaurativa, através de métodos autocompositivos, ou até mesmo via comunidade de prática, guarda consonância com o acesso à justiça de maneira resolutiva e célere, conforme disciplina o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dessa forma, a construção de uma sociedade pacífica e inclusiva pressupõe cooperação dos cidadãos em um diálogo aberto para a consecução de objetivos em comum.

Portanto, a desjudicialização vem sendo utilizada nesse contexto, no qual é considerada como uma forma de acesso à justiça e que pode ser resolvida fora do ambiente judicial, pelos próprios indivíduos, fato que, para Mônica Bonetti Couto e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, é definido como uma "transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais", reduzindo-se a taxa de congestionamento de processos (COUTO; CRUZ, p. 405-425).

Nesse norte, a desjudicialização abarca não apenas interesses quantitativos, econômicos e de gestão. Isso porque um menor número de litígios tem sentido de economia para o orçamento do Estado (CADIET, 2015, p. 41).

A ideia da "popularização do Judiciário", proposta por Ada Pellegrini Grinover (1999) caminha em consonância com a evolução do processo na sociedade. Para ela, o acesso à justiça não pode se restringir somente ao mero ingresso aos tribunais, devendo ser mais célere, pois a mora seria cúmplice da impunidade (GRINOVER, 1999, p. 103).

O acesso à justiça é classicamente delineado a partir de três dimensões básicas. A primeira se refere à própria procura por assistência jurídica, propiciando o ingresso daquelas pessoas menos favorecidas ao Poder Judiciário para que façam valer seus direitos individuais. A segunda das dimensões, por sua vez, se conecta à luta pela salvaguarda de direitos difusos e coletivos. A terceira dimensão, por fim, adota um ponto de vista mais amplo, pois, além de incluir os aspectos das noções anteriores, avança para debater as formas de acesso à justiça. A criação de órgãos especializados e a institucionalização de formas socialmente adequadas de resolução de litígios, alheias à tradicional heterocomposição da lide por um terceiro imparcial (Estado-juíz), estão calcadas, justamente, nessa última dimensão (FELTEN, 2014).

Há tempos nota-se que o acesso à justiça vem sendo utilizado de maneira predatória: os jurisdicionados enxergam a ação judicial como a porta de entrada para a resolução de seus problemas, e não como última ratio. Essa cultura da litigiosidade vem implicando num considerável aumento nos gastos públicos com demandas individuais, o que não se coaduna com um sistema de justiça sustentável — que reclama acessibilidade por todos e produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.

Deve-se considerar também o uso predatório do sistema de Justiça pelos réus, que aproveitam a morosidade

que eles próprios causam para obter vantagens. Isso ocorre com mais intensidade nos litígios de massa, envolvendo os grandes prestadores de serviços públicos, instituições financeiras e entes públicos.

Cada processo em trâmite, no Brasil, tem um valor muito elevado. Se considerarmos que o Poder Judiciário, em todas suas esferas de competência, segundo dados do Justiça em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça, teve um total de despesa, em 2019, de cerca de 100,2 bilhões de reais, equivalente a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, e que 2019 foi finalizado com 77,1 milhões de processos em trâmite, conclui-se que cada processo, do mais simples ao mais complexo, custa, em média, R\$ 1.299,61 por ano, valor gasto na manutenção de sua estrutura física, de tecnologia e de recurso humano (CNJ, 2020).

Segundo o mesmo relatório Justiça em Números 2020, o Poder Judiciário custou, em 2019, R\$ 479,16 por habitante, valor extremamente alto para uma sociedade tão desigual como a brasileira, visto que este valor corresponde a, aproximadamente, 47,5% do salário mínimo nacional (CNJ, 2020).

A manutenção do sistema de justiça tem um elevado custo de transação — sensível nas demandas sanitárias — exigindo-se que se torne economicamente sustentável e mais eficiente para que o Poder Judiciário se ocupe de demandas mais complexas e sensíveis para os indivíduos, devendo ser evitada a judicialização de questões que poderiam ser resolvidas fora do sistema de justiça (extrajudicialmente) ou de forma pré-processual pelo Poder Judiciário.

Os altos índices de acervo processual, conforme se depreende da leitura dos dados do CNJ - Justiça em Números 2020 -, demandam uma solução eficaz. Não se busca uma solução paliativa — como a contratação de servidores que auxiliem nas demandas, que, inicialmente, absorvem parte dos litígios que ingressam na esfera judicial —, mas, sim, alcançar uma resposta definitiva, de forma a migrar ações outrora judiciais para soluções em vias alternativas, como através das serventias extrajudiciais, em casos que envolvam a tutela de direitos civis de pessoas capazes.

Aqui, podem ser citadas outras formas de acesso à justiça sem a necessidade de ingresso premente na esfera judicial, como a possibilidade de reconhecimento de paternidade perante o Registro Civil. O Provimento Nº 16 de 17/02/2012, do CNJ, busca facilitar o reconhecimento espontâneo de paternidade e a indicação dos supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida perante o registro civil (CNJ, Provimento nº 16).

Nesse norte, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes inovações almejando a celeridade processual e a desjudicialização, como a previsão do divórcio consensual, separação consensual e a extinção consensual de união estável, mediante escritura pública, prescindindo de homologação judicial, em não havendo nascituro ou filhos incapazes. Da mesma forma, a ação de divisão e demarcação de terras particulares, prevista nos artigos 569 a 573 do Código de Processo Civil - CPC, pode ser realizada por escritura pública quando todos os interessados forem maiores, capazes e concordes. Também, proceder-se-á à lavratura de escritura pública de inventário e partilha quando todos os interessados forem capazes e concordes, limitando-se o inventário judicial quando o testamento ou os

interessados forem incapazes, conforme disciplina o artigo 610 do CPC.

Em se falando da prestação de uma tutela rápida e eficaz, não se olvida da premente necessidade de sua realização em casos de violência doméstica. Cabe mencionar as alterações previstas na Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que dizem respeito à celeridade processual no que tange à mulher vítima de violência doméstica, e que se encontra em situação de risco atual ou iminente. O delegado de polícia e o policial podem determinar o afastamento do agressor do lar e da convivência com a vítima, de maneira a conceder rapidez e garantir a segurança da ofendida. Sabe-se, que nesses casos, cada minuto é precioso e a espera pela decisão judicial concedente de medida protetiva pode significar consequências graves para a ofendida. Ademais, a espera pela decisão judicial poderia inibir a vítima a proceder pela procura à autoridade policial, em função da sua exposição ao agressor.

Conforme leciona Nucci (2019):

Teve a referida lei a cautela de prever a comunicação da medida ao juiz, no prazo máximo de 24 horas, decidindo em igual prazo, para manter ou revogar a medida, cientificando o Ministério Público. Nota-se a ideia de preservar a reserva de jurisdição, conferindo à autoridade judicial a última palavra, tal como se faz quando o magistrado avalia o auto de prisão em flagrante (lavrado pelo delegado de polícia). Construiu-se, por meio de lei, uma hipótese administrativa de concessão de medida protetiva — tal como se fez com a lavratura do auto de prisão em flagrante (e quanto ao relaxamento do flagrante pelo delegado). Não se retira do juiz a palavra final. Antecipa-se medida provisória de urgência (como se faz no caso do flagrante: qualquer um pode prender quem esteja cometendo um crime).

Essa flexibilização do processo permite respostas efetivas e céleres. Quanto menos demandas, menor a estrutura que será necessária para o regular desenvolvimento das atividades próprias do Poder Judiciário. Evidente que os resultados de uma desjudicialização serão obtidos em longo prazo, sendo as próximas gerações beneficiárias da diminuição do número de processos e da maior celeridade no julgamento das demandas (FOGAÇA, 2020, p. 103).

CONCLUSÃO

Percebe-se que o Poder Judiciário evoluiu nos últimos anos em sua gestão, tendo alcançado um resultado positivo com a diminuição de processos em 2019 e o crescente aumento da produtividade dos juízes brasileiros. O relatório Justiça em Números - 2020 trouxe que cada juiz, em 2019, solucionou 2.107 processos, ou seja, uma média de 8,4 casos solucionados por dia útil, sem descontar períodos de férias e recessos - um aumento de 24,2% em relação ao ano de 2014. Todavia, os números divulgados pelo relatório do CNJ - Justiça em Números - 2020 não deixam dúvida da existência de um excesso de litigiosidade, que sobrecarrega o sistema de Justiça, provocando-o a promover e incentivar o uso de outros meios de acesso à justiça (CNJ, 2020).

Isso não é novidade, pois o direito de acesso à justiça está historicamente alinhado ao aspecto da rivalidade, o que faz com que a consequência natural desse direito seja o incentivo à utilização excessiva dos serviços públicos adjudicatórios, o que acaba por desencadear a morosidade do sistema de justiça (GICO JR., 2014, p. 192), e, por sua vez, o alto congestionamento de processos (GICO JR., 2019, p. 30).

O alto número de processos exorbita o número de juízes provocando uma situação de desequilíbrio que, na economia, é apresentada pela influência mútua entre demanda e oferta. O período que os magistrados dispõem para a consecução das atividades judiciárias é insuficiente à luz do avanço da demanda, somado, ainda, a outros fatores (orçamento, número de juízes e servidores, quantidade de horas de trabalho diárias, direitos e deveres funcionais). O resultado deste desequilíbrio é o aumento da duração dos processos (MUELLER, 2017).

Revela-se inegável que existe uma inquietação acerca do volume de processos e do dever de desempenho dos juízes para que possa haver alguma estabilização entre os processos que ingressam no sistema e os que são concluídos (COSTA, 2015, p. 354).

Nesse norte, retoma-se à pergunta de pesquisa: É possível afirmar que o acesso à justiça brasileira encontra novos caminhos além da jurisdição contenciosa?

Revela-se inegável que existem diversos meios extrajudiciais de resolução de demandas, conforme disposto na Resolução CNJ n. 125/2010, a partir da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC).

Todavia, a aderência a meios alternativos de solução de conflitos ainda encontra-se aquém do esperado, de forma que ocorre "uma lenta transformação da sociedade brasileira, no sentido de criar a cultura do consenso e da cooperação na composição das disputas, aceitando-se um polissêmico conceito de justiça" (DELDUQUE; CASTRO, p. 506-513).

Os benefícios da desjudicialização das demandas litigiosas são facilmente vislumbrados, alcançando resultados vantajosos para as partes, como a celeridade e a economia processual, a efetiva prestação da tutela (extra)judicial, o intercâmbio instantâneo e os baixos custos de monitoramento. Tais características evitam o ingresso da ação no âmbito judiciário, com o propósito de desobstruir um lento sistema, que, frequentemente, gera frustrações às partes litigantes.

O Poder Judiciário resolutivo encontra guarida nos diplomas internacionais nos quais o Brasil é parte signatária, como a Convenção Americana de Direitos Humanos. O acesso à justiça prescinde da movimentação da clássica máquina judiciária, e caminha em direção à resolutividade, através da reestruturação do sistema de administração e gestão da justiça a fim de torná-lo social e economicamente sustentável.

Evita-se, assim, que as demandas alcancem o Sistema Regional de Direitos Humanos em razão da morosidade processual interna, impedindo novas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela ausência de prestação jurisdicional efetiva. A Justiça resolutiva limita o acesso genérico e, em

algumas situações, descabido ao Poder Judiciário, conferindo-se, assim, o mais amplo e efetivo acesso à justiça aos que dela necessitam.

O acesso à "ordem jurídica justa" é o termo utilizado para a atualização do conceito de acesso à justiça. Se escreve a palavra "justiça" com "j" minúsculo para indicar que o acesso à justiça não é apenas o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas, sim, acesso a todo o sistema que existe no âmbito oficial, privado e em toda a sociedade, que tenha aptidão para promover uma ordem jurídica mais justa (WATANABE, 2019).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números - 2020. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento Nº 16 de 17/02/2012. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_16_17022012_26102012172402.pdf Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 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.

CADIET, Loïc. La desjudicialización: informe introductorio. In: Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso. Lima: Raguel Ediciones, 2015.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Revista dos Tribunais [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.1002, abr. 2019-a.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. O Ministério Público Resolutivo e a proteção dos direitos humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019-b.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. A (in)convencionalidade da prisão diante do não recolhimento do ICMS. In.: NORONHA, João Otávio de. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (Org.). Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Proteção dos Direitos Humanos e a Nova Lei de Abuso de Autoridade. //:

CAMBI, Eduardo. ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). Abuso de Autoridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 4/20 - 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: 8 mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_3_por.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_14_9_por.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso empregados da fábrica de fogos de santo antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_40_7_por.pdf Acesso em: 15 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em 15 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher e Outros Vs. Brasil. Sentença de 6 de julho de 2009. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em 15 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi Vs Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em 15 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 15 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros Vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018.

Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Nogueira de Carvalho e Outro Versus Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Orgs.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

COUTO, Mônica Bonetti; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro. Revista de Processo, v. 271, p. 405-425, set. 2017.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Revista Saúde Debate, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015. Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>. Acesso em 15 fev. 2021.

FELTEN, Márcia Silvana. O exaurimento do modelo jurisdicional: ponderações sobre um diagnóstico possível. In: SPENGLER, Fabiana Marion. COPELLI, Giancarlo Montagner. JAQUES, Marcelo Dias. O sistema de justiça e suas instituições: ensaios à luz dos direitos humanos e democracia. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014.
FOGAÇA, Anderson Ricardo. Judicialização da saúde: novas respostas para velhos problemas. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Internacional - UNINTER. Curitiba, 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.

GICO JR., Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 3, 2019. p. 30 e ss.

GRINNOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1999.

LOPES, Daniel Lozoya Constant. AMADO, Fábio. GONZÁLEZ, Pedro. RÉBORA, Fabian. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. Cadernos estratégicos – análise estratégica dos julgados da corte interamericana de direitos humanos. Disponível em:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39103.pdf> Acesso em: 12 fev. 2021

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. 18 de maio de 2019. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo> Acesso em: 12 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:
<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. São José da Costa Rica.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Quem somos. 2021. Disponível em:
http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em 10 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Quem é a CIDH. 2021. Disponível em:
<http://https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em 06 fev. 2021.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Disponível em:
https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf Acesso em: 15 fev. 2021.

WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) Processos Coletivos e outros Estudos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

A PADRONIZAÇÃO E A INDIVIDUALIZAÇÃO NO ACESSO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA INTERAÇÃO ENTRE O MÉDICO, O PACIENTE E AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

STANDARDIZATION AND INDIVIDUALIZATION IN ACCESS TO HEALTH: AN ANALYSIS OF THE INTERACTION BETWEEN THE PHYSICIAN, THE PATIENT AND THE OPERATORS OF HEALTH PLANS

Ermelino Franco Becker¹, Miguel Kfoury Neto², José Laurindo de Souza Netto³

O artigo analisa o conflito de interesses inerente à relação de consumo entre o cliente dos planos de saúde, o profissional médico e o gestor do convênio. A legislação, embora tenha evoluído ao longo das décadas, ainda é caracterizada por lacunas de critérios técnicos na liberação de materiais e tratamentos de última geração, gerando conflitos judiciais desgastantes.

Palavras-Chave: Saúde suplementar, limites da cobertura de convênios, conflito de interesses.

The article discusses potential conflicts in the setting of private medicine access. The health insurance, the physician and the patient have different goals. The legislation lacks details about the limits of material costs and ultimate treatments, leading to struggling judicial conflicts.

Keywords: Health insurance, limits of health coverage, interest conflicts.

¹ Mestre pelo Programa de Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1995). É especialista em cirurgia oncológica com residência médica no Hospital Nossa Senhora das Graças de Curitiba. Tem experiência na área de Medicina, em cirurgia oncológica e perícias médicas. É médico legista do Instituto Médico Legal do Paraná. Tem título de especialista em Medicina Legal e Perícias Médicas pela Associação Médica Brasileira/ Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas. É professor na Faculdade Evangélica Mackenzie em Curitiba e na Universidade Positivo nas graduações dos cursos de medicina, nas disciplinas de Medicina Legal e na de Bioética. Participa do grupo de pesquisas em direito médico do centro universitário Curitiba - UNICURITIBA. Lattes Id: <http://lattes.cnpq.br/3773145793767133>.

² 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. **Lattes ID:** <http://lattes.cnpq.br/8358469982281584>. **Orcid ID:** <https://orcid.org/0000-0003-2465-8758>

³ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPQ. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jl@tjpr.jus.br. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. **ID Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

INTRODUÇÃO

A vida, uma vez que é um ciclo, sempre termina na morte. Seja por doenças ou por causas traumáticas, sua certeza ainda permeia nossa existência. Poucas coisas são mais tensas que as relações das pessoas com as doenças graves e o falecimento.

A evolução histórica da tecnologia e da medicina, em seus grandes degraus e em seus pequenos avanços, moldou a visão da sociedade sobre este momento inexorável, fazendo-nos perceber que podemos influenciar os fatos relacionados à morte, principalmente em seu modo e seu tempo.

Não só a medicina preventiva, mas também os tratamentos foram objetos de massivos investimentos no último século, alterando a própria percepção da realidade pela população. Se antes entendia-se, de maneira até bela, que as doenças e o falecer eram facetas da vontade divina, e a resignação era o caminho para a santificação, modernamente nossa sociedade está muito mais alerta para o direito de os cidadãos receberem intervenções médicas atualizadas e acompanhadas do respeito à sua condição de seres humanos.

A própria evolução normativa da nação partiu de uma medicina baseada em caridade para as camadas menos abastadas da população para um pujante sistema estatal de saúde, com bases solidificadas e leal aos princípios de universalidade e equidade proclamados na sua criação. Das antigas Santas Casas à atual rede de atendimento pública, nunca o brasileiro teve tanta certeza do acesso à saúde e consciência de seus direitos. Conforme o próprio sítio da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB:

A partir da organização do SUS, através formulação político-estratégica da 8.ª Conferência Nacional de Saúde, que resultou na inclusão do SUS na Constituição Federal, o setor filantrópico ingressou de uma vez no modelo de assistência com participação efetiva no atendimento e na contribuição de formulação de políticas públicas de saúde, tornando-se parte integrante e essencial para o sistema.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, que, segundo a Constituição, garante acesso integral, universal e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos transplantes de órgãos. Regulado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/1990), o SUS deve ser financiado com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Também fazem parte desta história os atendimentos privados. Enquanto puramente particulares, foram típicos da elite brasileira até os meados dos anos oitenta. A medicina até esta época era, quanto ao diagnóstico, baseada na história médica e no exame físico do paciente, com exames complementares de baixa tecnologia e baixo custo.

O florescer da tecnologia da imagem, com suas tomografias e ressonâncias, o conhecimento genético e molecular das doenças, o desenvolvimento de aparelhagem intervencionista de alto custo como as laparoscopias, endoscopias, hemodinâmicas, a farmacologia com seus anticorpos monoclonais, sua potência de desenvolvimento

de novos fármacos, e, acima de tudo, a informática, elevaram os custos da medicina a um padrão inatingível mesmo para grande parte das pessoas abastadas.

Tal realidade foi contornada com o aparecimento das diversas formas de medicina de grupo, os chamados “convênios”, nas suas mais variadas formas, haja vista, as cooperativas médicas, os sistemas de autogestão, os seguros saúde e seus semelhantes.

Essas relações, não só da medicina em âmbito privado, mas também do Sistema Único de Saúde, o SUS, apesar de suas evidentes vantagens, introduziram um fator ternário nas relações clássicas entre os médicos e os pacientes: o “terceiro pagador”.

1 O TERCEIRO PAGADOR

A inserção desta entidade nas relações de tratamento e pagamento de custos médicos traz dinâmicas de relações jurídicas até então pouco exploradas em relação aos seus limites. O SUS, herdeiro da medicina de beneficência, era visto como uma ajuda caridosa da sociedade aos menos afortunados. Sua insuficiência, sua falta de dignidade, sua inadequação em relação ao tempo do tratamento, suas filas eram tidas como inevitáveis, e, dado que os pacientes eram apenas pessoas carentes, e os fornecedores do serviço eram entidades ou pessoas beneficentes, a tolerância da sociedade esclarecida era, de certa forma, automática.

Já a medicina de grupo era interpretada como um suporte básico para os elementos de alto custo relacionados com a medicina moderna, mas ainda com honorários médicos pagos separadamente, uma vez que os médicos ainda não se submetiam ao credenciamento. Uma habitualidade era o paciente se internar em apartamentos separados das enfermarias, com uma guia do INAMPS, mas complementando honorários e custos hospitalares. Tal prática teve vida relativamente curta, embora não fosse proibida inicialmente. Tal ocorrência ilustra um aspecto atual que confunde a função social diferenciada, mesmo em decisões judiciais, dos convênios do SUS.

Outra característica dos tempos iniciais do SUS e dos convênios, a medicina ainda tinha uma característica artesanal muito densa, e a escolha dos médicos se dava por tradição, renome, indicação entre médicos e não por imposição do gestor ou credenciamento. A escolha do profissional era muito mais relacionada à decisão do paciente que no momento atual.

Com a padronização de condutas, diretrizes definidas das sociedades de especialidades e a onipresença do acesso à informação na internet, as condutas médicas passam a ser muito mais uniformes e menos dependentes do profissional. A ligação dos pacientes a seus médicos deixou de ser regida pela confiança e livre escolha e passou a estar atrelada à disponibilidade do profissional em receber a carteirinha do convênio. No SUS, atende quem estiver encarregado daquele horário, naquele local. Se for um hospital escola, com grande rotatividade de alunos e residentes, com frequência o paciente não tem duas consultas com o mesmo assistente.

O conhecimento médico, passado anteriormente de boca a ouvido, e também por livros custosamente adquiridos, passou a estar disponível virtualmente. A própria

medicina como prática passou a ser governada por diretrizes, protocolos e fluxogramas. Tais consensos são desenvolvidos e divulgados por colegiados de especialistas e pesquisadores renomados, mas nem sempre se encaixam em todas as realidades de atendimento, de norte a sul do Brasil. A repercussão dos chamados "guidelines" vai retirando da relação médico paciente a autonomia, não pela proibição de certas condutas, mas pelo poder do controle dos custos pelo terceiro pagador, que vê com simpatia a previsibilidade de tal engessamento.

Ainda sobre a medicina socializada, cabem alguns raciocínios sobre os valores morais envolvidos na gestão da saúde de populações ou de grupos de pacientes. Uma boa analogia é a compra de um determinado eletrodoméstico por um casal para si mesmos, como presente para outros ou ainda, através de um terceiro.

Na hipótese de os compradores estarem à procura um eletrodoméstico para uso próprio, provavelmente os fatores envolvidos na decisão de compra envolvam o custo daquele aparelho, em contraposição à sua efetividade e durabilidade. Se um aparelho que faz o mesmo serviço é mais barato, porém entendem os compradores que, de alguma forma, tem pior qualidade ou menos funções, ou ainda falta de confiabilidade da marca, tenderão estes, em grande parte das vezes, a escolher o produto mais caro, motivados pela sua confiança, senso estético ou até motivações ecológicas, entre outras.

Na segunda hipótese, em que o casal esteja comprando um presente para um casal amigo, para seu casamento, por exemplo, os valores morais da decisão tendem a ser outros. A durabilidade do aparelho passa a ser menos importante, e a volição para desembolsar mais dinheiro passa a não ter a mesma intensidade, uma vez que não haverá benefício para o casal comprador. De qualquer maneira, o casal também não comprará algo de baixíssima qualidade pois tem um relacionamento no mínimo amigável com os noivos, e não deseja ruídos no convívio causados pela simbologia de um presente ruim.

A pior situação é a terceira hipótese, em que o casal que vai dar o presente não está escolhendo o que vai comprar, pois já terceirizou o dinheiro para um comprador fazer a escolha. Este terceiro comprador não possui nenhum compromisso moral ou afetivo com o casal de noivos, pois não os conhece. Suas decisões são guiadas pela realidade de que nem o valor desembolsado, nem o impacto do presente têm qualquer repercussão pessoal sobre si.

A primeira hipótese equivaleria ao paciente comprando o serviço diretamente de seu médico. Dispondo da capacidade de honrar o pagamento, os valores a definir a compra são a confiança, renome do profissional, recomendação e afins. Também estarão atentos à qualidade dos materiais a serem usados como próteses ou órteses, preferindo aquelas que à seu ver, trarão mais segurança para sua saúde.

Na segunda hipótese, cabe a analogia com os grupos de autogestão e serviços de saúde específicos de certos grupos de pessoas, como empregados de empresas, funcionários públicos e semelhantes. Não há intenção de lucro, nem motivação para buscar algo mais luxuoso ou eventualmente durável. Na falta da intenção do lucro, o gestor tende a gastar o dinheiro dos beneficiários dentro da possibilidade, considerando o mutualismo entre eles. Como

este gestor não é o beneficiário do serviço médico, ele tende a menosprezar a qualidade dos produtos e dos serviços, na medida em que esta não fique abaixo de uma linha mínima, onde começa a haver comprometimento sensível da satisfação dos doentes. Como regra geral, busca-se o ticket de valor mais baixo, mas com um mínimo de qualidade aceitável. Como o cliente é fixo, quem perde o cargo no desequilíbrio da má qualidade é o gestor.

Esta hipótese também representa os planos de saúde comerciais. O lucro surge em grande parte da diminuição dos custos de atendimento, fazendo o gestor buscar o mais barato cumprimento do contrato, limitado pela realidade de mercado. Se economizar demais, perderá clientes pela baixa qualidade. Se gastar demais, a empresa ficará inviável em sua solvência.

Sobre o SUS, a realidade é a mais cruel das três hipóteses elencadas pois, quem compra os serviços e produtos médicos não tem nenhuma influência dos resultados em sua vida pessoal. Embora existam mecanismos que exijam do governante o gasto mínimo comparado ao orçamento geral, as compras e contratos dos organismos de atendimento estatais são regidos pela lei das licitações. Tal aparato legal, com o nobre objetivo de coibir a corrupção e os superfaturamentos, majoritariamente obriga o gestor a comprar produtos mais baratos, desde que encaixe na descrição técnica. Seria como obrigar o terceiro comprador do eletrodoméstico a escolher o pior de todos, também mais barato, ainda que fosse evidente para os casais envolvidos que tal produto é inadequado. Alguns mecanismos compensatórios existem para mitigar esta característica, mas na prática são relativamente lentos e ineficientes.

O governo, ao contrário da empresa, não vai à falência, nem tampouco perde seus clientes, uma vez que não são capazes de procurar a medicina privada. Mesmo se o fizessem, seria até vantajoso para o SUS, pois não há influência sobre a arrecadação, apenas sobre os gastos. A suposta demissão não incidirá sobre os funcionários de carreira, e sobre os cargos eletivos são longos quatro anos até uma possível troca.

"Entretanto, quantitativamente, os custos e as consequências variam em função da perspectiva adotada. Assim, para se conduzir uma avaliação econômica é necessário definir qual será a perspectiva adotada. As perspectivas mais utilizadas são a da sociedade como um todo e a do terceiro pagador, que pode ser o sistema de saúde ou um plano de saúde; a perspectiva do paciente é a menos utilizada" (VANNI, 2009).

Assim, a medicina brasileira, e talvez se possa extrapolar para todo o ocidente, apresenta essas características de despersonalização da relação médico-paciente e de padronização das condutas dos atendimentos, na sua comparação com o século passado. A figura do terceiro pagador na área administrativa gera um profundo efeito negativo sobre o mercado, no sentido oposto à busca da qualidade e da diferenciação dos serviços. Conforme o professor Pedro Pita Barros da Universidade Nova de Lisboa:

"É fácil o doente e o médico concordarem em que se gaste o que for preciso, mesmo que isso tenha

pouco ou quase nenhum impacto na saúde do doente. Mas como alguém tem de pagar, essa entidade, o terceiro pagador, reclama crescentemente um papel na determinação da despesa, seja discutindo custos e preços, seja procurando influenciar a utilização de cuidados de saúde. No caso de um Serviço Nacional de Saúde financiado solidariamente por impostos, esse papel do terceiro pagador pode envolver uma exigência social de que a ética médica reconheça, no exercício da Medicina, que existem recursos limitados. Recursos que, sendo gastos numa situação, são menores para serem usados noutros casos."

2 A SAÚDE DOS INSATISFEITOS

Outra faceta por onde podemos observar as distorções das interações entre consumidores e atendimento médico é a dos os vetores de equilíbrio mercadológico. A existência do Sistema Único de Saúde é, com todos os respeitos à sua universalidade, gratuidade e equidade, o primeiro grande fator de desequilíbrio entre os atores do mercado médico. Em teoria o SUS teria por obrigação o atendimento a toda a população de maneira completa, eficiente, equitativa e independente de qualquer contraprestação do cidadão à sociedade.

Um consumidor só buscaria comprar um serviço redundante, paralelo ao SUS, se entendesse que está comprando algo diferenciado. Se o SUS fosse um fornecedor de serviços de mesmo padrão do setor privado, este último não existiria, uma vez que ninguém pagaria por algo que já está disponível gratuitamente, (ainda mais com uma nova incidência de impostos sobre tais serviços). Se a medicina privada é tecnicamente superior à do SUS, sua própria existência se torna a materialidade da inadequação prática do sistema público. Este mercado da saúde privada é a máxima contradição ética na equidade do acesso à saúde. Um argumento contrário seria de que os convênios vendem apenas conforto e praticidade, fornecendo técnicas equivalentes. Tal argumento se enfraquece quando se analisa o desproporcional peso orçamentário na planilha das famílias que não abrem mão de ter a medicina de grupo, privada e sujeita às leis do consumidor. Dificilmente se observaria outro gasto mensal tão significativo para meros conforto e praticidade. O que o consumidor busca é de fato se proteger das imperfeições e insuficiência do sistema.

Outra evidência da inadequação técnica do SUS é a criminalização de qualquer pagamento paralelo durante os atendimentos estatais. Tal ilegalidade, tanto quanto proteger o cidadão de cobranças indevidas, tem o efeito de afastar do sistema quem tentasse sinergicamente preencher as lacunas imperfeitas do atendimento médico. O consenso moral da sociedade entende que quem pode pagar por mais deve deixar o que é público para quem precisa e assumir toda bagagem de uma medicina melhor, uma vez que os recursos disponíveis são insuficientes. Enfim, ainda que com ressalvas, sagra-se o conceito de que os usuários do SUS, ao menos em parte estão insatisfeitos com a saúde.

No mercado de convênios, a alta e severa regulação por parte do governo, a incidência de impostos sobre a renda e os serviços de pessoas físicas e jurídicas,

com seus efeitos sobre os custos do atendimento, gera uma insatisfação tripartite bastante peculiar.

Enquanto os clientes desembolsam quantias significativas nas mensalidades de seus planos de saúde, recebem um atendimento muitas vezes impessoal e apressado. As consultas são sumárias e endereçadas a uma ou duas queixas médicas, pois a exiguidade do tempo não permite que se faça a revisão de toda a saúde do paciente. Quando os médicos são autônomos, como no sistema Unimed, sua renda depende de sua produção quantitativa, induzindo a marcação de consulta a cada quinze ou vinte minutos. Quando são empregados, quem força a pressa dos atendimentos é o empregador. A medicina detalhada e com consultas com longa duração é incomum na realidade atual do atendimento pelos convênios.

Pesquisa da FIOCRUZ em pacientes de hospitais filantrópicos, mas com atendimento através de plano de saúde demonstrou a percepção da insatisfação dos clientes, mesmo de baixa renda:

"A respeito do atendimento médico, há menções frequentes nos planos mais econômicos à sua baixa qualidade, seja pelo número escasso de médicos em algumas especialidades, seja pela falta de algumas especialidades, seja pela ausência de reciclagem. As especialidades problemáticas mais mencionadas foram ortopedia, oftalmologia, pediatria e as emergências dos hospitais. Os planos de categorias mais baixas oferecem maiores restrições quanto ao número de consultas e aos serviços em geral" (GERSCHMAN, 2007).

Do lado dos profissionais médicos, a insatisfação é secundária à desproporção entre as dificuldades e custos da formação profissional, da responsabilidade técnica civil e criminal dos atos profissionais e da baixa remuneração. Com o mercado dividido na sua quase totalidade entre o SUS e os convênios, a grande quantidade de médicos nos grandes centros impede as altas remunerações existentes até os anos oitenta. A melhor remuneração acaba existindo entre os médicos empresários e entre aqueles que, na sua atividade, lucram com insumos relacionados ao atendimento, como próteses, quimioterapia, radiologia e afins.

Pelo lado dos convênios, também não se percebe bonança, pois as exigências fiscais, consumeristas, fiscalizatórias, e, acima de todas, as determinações da Agência Nacional de Saúde (ANS), criam obstáculos significativos ao lucro das empresas. Sem exagero, o nível da apropriação monetária por impostos no Brasil destoa de qualquer razoabilidade. O código de defesa do consumidor, sem desmerecer suas virtudes, também elevou os desafios das empresas de medicina de grupo a níveis de profissionalismo jurídico e administrativo de excelência. O desenvolvimento das delegacias e promotorias especializadas em saúde eliminou o espaço para erros técnicos ou atrasos de tratamento.

Já a instituição da agência de regulação criou um mecanismo bastante peculiar de insegurança jurídica para as empresas. Confundindo o papel social do SUS com a missão e característica empresarial da saúde suplementar, a ANS progressivamente terceirizou obrigações estatais

para os planos de saúde. Um exemplo bastante representativo é a obrigação de custear procedimentos de planejamento familiar tais como dispositivos intrauterinos e vasectomias aos usuários dos planos, atos em nada relacionados nem à prevenção nem ao tratamento de doenças. Atos previstos pela lei do planejamento familiar, mas de responsabilidade constitucional do governo da nação. Conforme Malta em 2004:

"O marco regulatório da lei 9.656 mostrou-se ampliado e abrangente. Institui premissas de regulação da "saúde financeira" do mercado e definiu os limites das coberturas, dando garantias assistenciais aos usuários. Ao instituir os tipos de segmentação e o rol de procedimentos obrigatórios definiu um padrão de cobertura e de assistência. A implementação dessa regulação pública tem-se mostrado fragmentada com diferentes linhas de intervenção simultâneas e não articuladas."

A interferência governamental no mercado da saúde suplementar, com regulação comercial, técnica e administrativa levou à concentração do mercado em poucas empresas de grande porte que conseguiam atender às exigências crescentes da regulação.

Na interdependência entre os pacientes, os médicos e as empresas na saúde suplementar observamos que os três componentes estão insatisfeitos. Tal inadequação é ainda mais irônica quando lembramos que nosso país tem um sistema de saúde pública admirável, apesar de imperfeito.

3 A PADRONIZAÇÃO COMO FATOR DE QUALIDADE

O desenvolvimento de critérios de avaliação de qualidade em medicina também teve sua evolução dos anos 80 até os dias de hoje. A determinação de parâmetros objetivos de tratamentos e resultados foi o primeiro passo para a comparação de qualidade entre serviços diferentes. Na busca pela mensuração homogênea e pelos resultados consistentes, a variabilidade das condutas médicas passou também a ser desestimulada e até mesmo proibida no ambiente de grandes serviços hierarquizados. Os médicos passaram a ter sua autonomia restrita a uma estreita gama de opções, quando não uma opção apenas.

"Nos últimos anos, a Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organization (JCAHO) passou a direcionar sua atuação no sentido de privilegiar a ênfase na assistência clínica através do monitoramento de indicadores de desempenho ajustados à gravidade, ao desempenho institucional e, finalmente assumiu recentemente o papel de educação com monitoramento, vistos na atividade de consultoria e na publicação de uma série de documentos como normas, padrões e recomendações" (FELDMANN, 2005).

Enquanto alguns médicos trabalham em ambientes de "serviços hospitalares" ou equipes, onde o paciente está ligado mais ao nome da instituição e menos à pessoa do médico, outros ainda tem uma penetração de mercado definida por sua figura pessoal. Os médicos no ambiente de equipe, na impessoalidade de seu atendimento, tendem a

seguir a "rotina" do serviço. Os médicos, na realidade de atendimento pessoal, são livres para seguir uma conduta mais individualizada.

O fator de limitação das condutas acaba sendo o serviço de auditoria do convênio, na hora da liberação do exame, da cirurgia ou da medicação de alto custo. É a figura do terceiro pagador, emocionalmente desconectado do resultado do tratamento, desconsiderando a interação do paciente com o seu médico, padronizando a conduta profissional dentro do próprio planejamento da empresa de medicina de grupo.

Enquanto se possa considerar que a padronização de condutas protege o doente da insuficiência do atendimento médico, dando-lhe a consistência de protocolos cientificamente estabelecidos, por outro lado há a limitação de condutas complementares que o médico optasse por acrescentar ao individualizar a conduta. Um exemplo de divergência médico-convênio deste tipo seria a repetição de uma ecografia, que o clínico entenda que não está bem feita. Outro exemplo seria a troca de medicações quimioterápicas, se afastando de condutas padrão devido a uma recusa do paciente ou toxicidade limitante para aquele caso específico.

Ironicamente, tal cultura de padronização se refletiu na polêmica do tratamento precoce para a pandemia de covid-19. A contaminação política elevou a discussão científica a uma condição polarizante, que gerou ataques recíprocos entre grupos de crenças opostas. Enquanto o Conselho Federal de Medicina precocemente deixou claro que a conduta médica é pessoal e de responsabilidade intransferível, autoridades políticas municipais e estaduais fizeram esforços ora pelo uso sistemático, ora pela proibição do "kit-covid".

Apesar das publicações de evidências de razoável consistência para ambas as condutas, o debate se elevou a ponto do cerceamento das redes sociais em relação a publicações que não refletissem um dos pontos de vista, algo impensável em um país que tanto valoriza a liberdade de expressão e convivência de opiniões. Criminalizou-se condutas cuja correção ainda está por ser definida, por estar na dependência de sedimentação do conhecimento. De qualquer maneira o episódio ilustra a ânsia de padronização da própria sociedade, que entende que há apenas um caminho certo a ser respeitado, mesmo numa ciência tão imprecisa como a medicina e numa doença tão nova como a covid-19.

4 A INDIVIDUALIZAÇÃO COMO LUXO EM MEDICINA

Paradoxalmente, uma parte da sociedade avalia que as condutas médicas padronizadas pelos protocolos e diretrizes não são o topo da qualidade quando o atendimento é direcionado às suas próprias pessoas. Ao contrário, buscam profissionais de altíssimo nível, muitas vezes assumindo altos custos financeiros, deslocamentos para outras cidades ou até para outros países, almejando receber um tratamento além daquele estabelecido como padrão no ambiente de atendimentos por planos de saúde.

Muitas vezes o fator motivador de tal atitude é a busca pelo luxo, ou pela realização da diferenciação social. Da mesma maneira que há o mercado de luxo de carros, roupas, acessórios, hospedagem e outros, na saúde também

existe uma fatia de clientes que busca pela diferenciação de acomodações e demais confortos paralelos ao atendimento médico em si. Uma decoração diferenciada, um servir de chá, uma sala de exames aquecida, perfumada ou com quadros de alto valor nas paredes, pode transformar a experiência emocional do atendimento médico. Cirurgias plásticas, procedimentos estéticos complementares, psicoterapias, e nascimentos dos filhos são as áreas onde a medicina interage com o mercado da opulência.

Outro momento de procura por profissionais diferenciados ou fora do universo dos convênios, são as doenças graves e potencialmente fatais. A oncologia representa uma grande parte destes momentos em que a busca por um pouco de chance a mais se torna premente para as pessoas.

A perspectiva da terminalidade da vida gera uma supervalorização de qualquer detalhe ou fator de melhor resultado. Embora estejamos no momento de maior disponibilidade do conhecimento da história da humanidade, a percepção da finitude chega como uma surpresa para percentual cada vez maior de nossos contemporâneos. E também a irresignação. Pesquisas furiosas na rede virtual em busca de qualquer informação que alivie a opressão dos dados de sobrevida fazem parte do cotidiano dos pacientes oncológicos.

Tratamentos questionáveis como a "pílula da USP", emplastos, cápsulas do frei Galvão, soluções de babosa, se juntam aos curandeiros como João de Deus de Abadiânia ou a Índia de Piçarras. Os pacientes, mesmo os letrados, estão dispostos a usar o que estiver disponível, desde que aumente sua esperança de cura ou sobrevida. O mercado dos tratamentos alternativos existe desde a antiguidade.

4.1 TRATAMENTOS ONCOLÓGICOS

Paralelamente, produtos do desenvolvimento científico tradicional estão em permanente desenvolvimento. Drogas repletas de tecnologia são lançadas anualmente, além da inclusão de indicações naquelas que já são produtos comprovadamente ativos.

Como a pesquisa de novas drogas segue um caminho de desenvolvimento em etapas, o sucesso de determinados tratamentos é previsto com certa antecedência. A fase um das pesquisas é realizada em laboratórios ou animais buscando rastrear drogas com potencial para novos tratamentos. Na fase dois, a segurança, tolerabilidade e efeitos colaterais são aferidos, ao mesmo tempo que se observa os efeitos clínicos. Na fase três, a droga é aplicada em voluntários doentes, e seus resultados são observados ao longo de anos para conseguir mensurar seu efeito. Quando o resultado é muito positivo, relatos precoces do experimento começam a circular entre os profissionais oncológicos.

Esse produto, com sua pesquisa inacabada, muitas vezes se transfigura em uma real esperança de resultado para alguns doentes. O oncologista, com sua experiência, atento às pesquisas, sabe que em meses ou anos aquilo se tornará o tratamento padrão, mas o cliente está em seu consultório no momento presente. Ele solicita ao convênio o novo tratamento.

De seu lado, o convênio tem bem claro que não lhe compete pagar tratamento que ainda está em fase experimental. Na zona cinzenta em que já há evidência fortemente indicativa de efetividade da droga, mas ainda não estão prontos os números finais das pesquisas, o terceiro pagador, o convênio, nega o tratamento. Como frequentemente são drogas de alto custo, o cliente enfermo precisaria um grande e longo esforço financeiro para obter o tratamento.

Tal impasse gera a judicialização do caso. E um judiciário nem sempre especializado, sobrecarregado, terá que decidir em situação de tutela antecipada, urgente, com informações relativamente escassas e de interpretação complexa, sobre o dever de uma entidade empresarial, custear um tratamento não padronizado. Vale lembrar que os planos de medicina de grupo envolvem mutualismo entre seus clientes, e o equilíbrio financeiro nem sempre é o mais saudável, pois envolve um cálculo de risco. Ilustramos com uma das conclusões da pesquisadora Thaís Vidal, em levantamento de pedidos judiciais de medicações oncológicas:

"Os medicamentos mais solicitados foram medicamentos de alto custo e de mais recente inserção no mercado. Os dados indicaram um desconhecimento dos representantes jurídicos sobre as políticas públicas oncológicas e um despreparo do Poder Judiciário para lidar com ações em saúde."

4.2 TRATAMENTOS ORTOPÉDICOS

Outras situações não oncológicas podem ser analisadas sob o ponto de vista da motivação do terceiro pagador. Um exemplo de impasse sobre diferenças nos resultados é o uso de próteses ortopédicas de origem nacional ou importada.

A tecnologia das próteses, tanto em seu desenho como em seu material é proporcional ao seu valor de mercado. Eventualmente impostos de importação e a flutuação do dólar podem fazer variar tal afirmação. A exata avaliação do custo benefício é altamente variável conforme o observador e seu vetor de interesse.

Para o paciente, o desejo é que se use o material protético de melhor qualidade possível, pois ele já paga o plano de saúde e no momento da assinatura do contrato, por adesão, não tinha o conhecimento da diferença entre a prótese nacional e importada. O ortopedista, por sua vez, tem o interesse de usar o melhor material possível, uma vez que a qualidade da prótese vai ao encontro de seu desejo de bons resultados profissionais. Uma complicação cirúrgica como a luxação, fratura ou desgaste da prótese tende a ser percebida como resultado de sua competência profissional. Ao mesmo tempo, ele pode ser pressionado a usar material mais barato sob pena de ser descredenciado do convênio, ou simplesmente ter os encaminhamentos de pacientes desestimulados por medidas administrativas.

O terceiro pagador, ao contrário dos interesses individuais do paciente, precisa fornecer a prótese dentro de um custo que proteja a gestão do negócio, o lucro ou sua estabilidade na função. Ele procurará a prótese no menor custo possível, dentro do mínimo de qualidade do produto. Talvez, genuinamente, escolhesse uma marca de sua

confiança. Talvez se visse forçado em optar, gerencialmente, por uma marca que não desejaria que fosse usada em si mesmo ou em um parente.

4.3 A CIRURGIA DE CATARATA

Com o envelhecimento, o cristalino ocular se torna progressivamente opaco e precisa ser retirado e substituído por uma lente artificial intraocular. A lente a ser usada pode ser colocada da maneira clássica através de um pequeno corte, ou se tiver a tecnologia, através de um orifício bem pequeno, enrolada, e ser estendida dentro do olho, propiciando uma vantagem técnica de não precisar pontos para o fechamento da córnea.

Habitualmente o convênio autoriza o uso da lente mais simples. A lente mais sofisticada é oferecida mediante o pagamento de um custo extra ao paciente. Novamente a diferença nos vetores da decisão é evidenciada entre o paciente e o pagador. Para o profissional oftalmologista, eventualmente é a oportunidade de lucro ao comercializar o insumo sem cobertura contratual com o paciente.

5 ANÁLISE DAS NORMATIVAS REFERENTES AOS LIMITES DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Na fronteira entre os limites da responsabilidade das empresas de saúde suplementar e os direitos dos pacientes a uma medicina de última tecnologia, a análise da legislação encontra um certo vácuo e detalhes. Tal achado já era esperado, caracteristicamente pela rápida evolução das condutas médicas, em seu vasto leque das especialidades, impossível de ser acompanhado adequadamente pelo órgão regulador especializado. Mais distante ainda seriam os órgãos legisladores propiciarem tais detalhes de cobertura contratual. Assim, o fornecimento do atendimento médico de acordo com as melhores práticas científicas, subsidiado ou não pelos convênios, acaba seguindo uma lógica de análise caso a caso, cumprindo suas funções primárias o médico assistente e analisando a obrigatoriedade e conveniência o médico auditor do convênio.

Dentro das primeiras obrigações, elencamos dois deveres inerentes à carreira médica, descritos no código de ética. O primeiro é a obrigação de atualização técnica do médico assistente, conforme o artigo quinto do código de ética médica, (CEM):

"Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade."

Segue o dever do médico em informar ao seu paciente todas as possibilidades terapêuticas, incluindo, nos casos em que fizer diferença, informações sobre os insumos, aparelhos, próteses e afins que serão utilizados no tratamento. Segue o artigo trinta e quatro do CEM que veda ao médico:

"Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal."

Em relação ao relacionamento entre o médico assistente e o auditor, a vedação:

"Desrespeitar a prescrição ou o tratamento de paciente determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável."

E também:

"Intervir, quando em função de auditor, assistente técnico ou perito, nos atos profissionais de outro médico."

Tais artigos, portanto criam uma limitação severa para a função do auditor de negar tratamentos ou insumos de alto custo, sem desrespeitar a relação ética das funções médicas. Por outro lado, obrigam o médico assistente que seja profissional ao não esconder a existência de materiais de maior qualidade, independente da cobertura do convênio. Tal obrigação acaba por colocar o médico em desconforto. Se informa sobre os materiais de maior qualidade, cria uma insatisfação do cliente com seu plano, gerando ações judiciais na tentativa de obter o acesso a tais materiais. Se informa, mas acaba tendo que usar o material menos qualificado, fica exposto em sua responsabilidade profissional, pois todas as possíveis complicações cirúrgicas ficam emocionalmente atribuídas à prótese de má qualidade, gerando insatisfação exacerbada de seus clientes, que se sentem lesados pelo binômio médico/convênio. Se consegue a autorização para o material melhor, arrecada a má vontade do terceiro pagador, pois este passa a atribuir-lhe má fé e alegar comissionamentos das empresas dos produtos mais caros.

Sobre a legislação específica da saúde suplementar, não é possível deixar de citar a lei 9656 de 1998, que regulamentou, entre outras coisas o fim dos limites de cobertura conforme o número de atendimentos. Até então os planos cobriam um certo número de diárias de UTI, ou de sessões de fisioterapia, o que passou a ser proibido. As coberturas passaram a ser por doenças e tipos de procedimentos, e não por número de atendimentos, deslocando um pouco o risco do negócio para a operadora de saúde. Conforme seu artigo doze, inciso segundo:

"a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos."

Tal lei não faz referência a critérios para autorização ou recusa de materiais ou tratamentos de alto custo, mas o rol de procedimentos da ANS é mais esclarecedor a respeito dos procedimentos com cobertura obrigatória. Periodicamente são incluídos procedimentos, sendo que desde o último dia primeiro de abril, por exemplo, precisam sem autorizados aos pacientes os procedimentos de radioterapia intraoperatória de câncer de mama, e consultas com enfermeiro obstetra.

Sobre as escolhas relacionadas aos materiais a serem usados, a legislação é bastante complexa, com séries de publicações da Agência Nacional de Saúde, mas principalmente resoluções normativas que procuram dar uma padronização nacional às coberturas dos materiais médico-hospitalares mínimos de obrigação dos convênios. A resolução normativa mais recente, número 465 de 2021, não faz menção de limitação mínima nem máxima de preço ou qualidade das próteses a serem fornecidas aos usuários de planos.

CONCLUSÃO

O vácuo normativo relativo sobre detalhes dos materiais, tratamentos, ou procedimentos abre a necessidade da judicialização da medicina no universo da saúde suplementar, na medida em que os interesses do doente, do profissional e a operadora de saúde, se chocam.

A motivação do cliente de receber cada percentual de chance de cura ou uma tecnologia ou uma qualidade a mais em seu atendimento, é antagônico à figura do terceiro pagador.

O médico assistente, que eticamente tem o foco no bem estar do paciente, se acha envolvido em um conflito de interesses, pressionado pelo cliente pagador, o plano de saúde no sentido da contenção de gastos, mas pelo cliente recebedor, o paciente, no sentido do uso de todos os recursos possíveis para o sucesso do tratamento.

A legislação precisa evoluir para estabelecer limites mais nítidos da cobertura contratual e descriminalizar a complementação financeira que interesse ao paciente e ao médico assistente, movidos por critérios técnico-científicos.

REFERÊNCIAS

BARROS, P.P. A relação médico-doente. *Fronteiras XXI*. Disponível em: <https://fronteirasxxi.pt/doentemedico/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Código de Ética Médica, publicado no Diário Oficial da União em primeiro de novembro de 2018

BRASIL. Lei nº 9656, publicada no Diário Oficial da União em três de junho de 1998.

BRASIL. Resolução normativa nº 465, publicada no Diário Oficial da União em 24 de fevereiro de 2021.

CMB. Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hosp. e Entidades Filantrópicas - A história de misericórdia das Santas Casas. Disponível em: <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FELDMANN, L. B., GATTO, M. A. F., & CUNHA, I. C. K. O. (2005). História da evolução da qualidade hospitalar: dos padrões a acreditação. *Acta Paulista de Enfermagem*, 18(2), 213–219. <https://doi.org/10.1590/s0103-21002005000200015>

GERSCHEMAN, S. et al. Estudo de satisfação dos beneficiários de planos de saúde de hospitais filantrópicos. *Ciênc. saúde*

coletiva v. 1 2 n. 2 Rio de Janeiro Mar./Abr. 2007. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232007000200025>

MALTA, D. C. et al. Perspectivas da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais. *Ciência & Saúde Coletiva*, 9(2):433–444, 2005

VANNI, T. et al. Avaliação econômica em saúde: aplicações em doenças infecciosas. *Cad. Saúde Pública* vol.25 no.12 Rio de Janeiro Dec. 2009. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2009001200002>

VIDAL, T. J.; CABOCLO, R. M. F.; CARVALHO, P. G. Judicialização em oncologia: uma análise dos processos judiciais que tiveram pareceres técnicos emitidos pelo Instituto Nacional de Câncer no segundo semestre de 2013. In: Encontro Científico De Pesquisas Aplicadas Às Políticas Públicas Em Saúde., 1., 2015, Brasília. Anais [...]. Brasília: Fiocruz Brasília, 2015. 18 p. Apresentação de slides e Resumo.

MEDIAÇÃO PENAL

CRIMINAL MEDIATION

Antônio Martelozzo ¹

Os objetivos perseguidos ao realizar o presente estudo consistem em conhecer melhor o instituto da mediação penal e trabalhar com conceitos teóricos. Versou o trabalho sobre a mediação penal que é um meio alternativo de resolução de conflitos cuja solução é entregue às partes, com o auxílio de um terceiro neutro, que é o mediador. Ele não dispõe de poder decisório e do qual é exigida qualificação. A disciplina das chamadas soluções consensuais de conflitos foi, em nosso ordenamento jurídico, instituída como política pública do Poder Judiciário (Resolução nº 125/2012 do CNJ), abraçada também pela Constituição Federal vigente e pelo Código de Processo Civil, aplicável tanto na esfera cível quanto na penal. No tocante a esta, no Brasil está sendo incrementada aos poucos, ocorrendo de haver Estados onde sequer existe uma resolução de Tribunal de 2º Grau tratando dela. Foi abordada na pesquisa a Mediação Penal em sua generalidade e, a seguir, no Brasil, país que foi buscar o modelo em países da União Europeia e fora dela; no primeiro caso, dentre outros, citem-se a França, Portugal e Bélgica; no segundo caso, estão o Sri Lanka, as Filipinas e o Japão, dentre outros. Destacou-se no que consiste essa prática, sobre o que versa, seus princípios, realçando-se os que nela militam. No Brasil, começou-se a trabalhar com as infrações penais de menor potencial ofensivo, com ações privadas e outras, com destaque para o Estado do Rio de Janeiro. Obtendo-se acordo na mediação, lavra-se um termo.

Palavras-Chave: Alternative Dispute Resolutions. Consenso. Infrações penais. Mediação penal.

The objectives pursued when carrying out the present study are to get to know the institute of criminal mediation better and to work with theoretical concepts. It dealt with the work on criminal mediation, which is an alternative means of conflict resolution whose solution is delivered to the parties, with the help of a neutral third party, who is the mediator. He has no decision-making power and qualification is required. The discipline of so-called consensual conflict solutions was, in our legal system, established as a public policy of the Judiciary (Resolution No. 125/2012 of the CNJ), also embraced by the current Federal Constitution and the Civil Procedure Code, applicable both in the civil sphere as in penal. With regard to this, in Brazil it is gradually being increased, and there are states where there is not even a 2nd Court resolution Degree treating her. Criminal Mediation was approached in the research in general and, subsequently, in Brazil, since it sought the model in European Union countries and outside it; in the first case, among others, France, Portugal and Belgium are mentioned; in the second case, there are Sri Lanka, the Philippines and Japan, among others. They stand out in what this practice consists of, what it is about, its principles, highlighting those who militate in it. In Brazil, work began on criminal offenses with the best offensive potential, with private and other actions, with emphasis on the State of Rio de Janeiro. Once agreement is reached on mediation, a term is drawn up.

Keywords: Alternative Dispute Resolutions. Consensus. Criminal offenses. Penal mediation.

¹ Doutorando do Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Cursos de Especialização: a) Para ingresso na Magistratura, promovido pelo TJPR; b) Teoria Geral do Direito pela PUC Minas (PREPES) e pelo UNIBRASIL; c) Direito Processual Penal, pela PUC São Paulo; d) Em Direito Penal e Criminologia, pelo ICPC, em convênio UFPR. Ex-coordenador de área e professor na Escola da Magistratura do Paraná (Núcleo de Maringá). Exercício do Magistério na Faculdade de Administração e Ciências Contábeis (FACICON) de Pato Branco, na UNESPAR (Campo Mourão) e na UEM (Sede). Bacharel em Direito pela UFPR e em Letras pela PUC PR. Desembargador jubilado do TJPR. Mediador e Conciliador Judicial, no CEJUSC TJPR, 2º Grau, como voluntário. ORCID: <https://orcid.org/00004-003-2502-7800>; Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7742084910434443>; email: antoniomartelozzo@hotmail.com.

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, onde 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, onde 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 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 *conflitere*, por sua vez, composto do prefixo "com" – que significa junto – e "fligere", que quer dizer colidir, chocar-se, trombar.

Do latim *conflictus*, 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 juizes".

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), "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" (p. 59).

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 (p. 287, Brasil, 2019).

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 Sistemática – 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), 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" (p. 55).

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" (Manual, 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” (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, Brasil, 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, § 2º, Cunha, Brasil, 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 poderão ser realizadas 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 Juizes 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 onde o 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, juizes, 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 Arbitragem*, "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, 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" (p. 43).

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" (p. 76).

Lilia Maria de Moraes Sales, 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" (p. 123).

Discorrendo acerca do tema na obra *Mediação Penal e Justiça*, Cristina Rego de Oliveira 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 (p. 82).

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 norte-americana 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, "desenvolveu serviços de mediação para lidar com uma variedade de disputas comerciais, cíveis, pequenas queixas, criminais, familiares etc." (p. 44).

Discorrendo sobre o tema: *Mediação: estudo comparativo*, Débora Lídia 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.

Lília Maria de Morais 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), 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" (p. 21-22).

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" (*A Mediação Penal em Portugal*, à 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 fenómeno 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" (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 património".

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 "aquelas instituciones cuja aplicación puede eliminar una controversia jurídica de tal forma que se impida a las partes, plantearla en via 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) do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal (p. 91).

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).

Ipsa litteris estatui o art. 10º da Decisão – Quadro: "1. 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* 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" (p. 14).

8.3 A MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL

Rômulo Rhemo Palitot Braga e Tássio Túlio Braz Bezerra, 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 afirma que "nosso Juizado Especial de Curitiba está desenvolvendo a mediação criminal que já tem apresentado resultados promissores" (p. 880). 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" (<http://conscienciascriminais.com.br/artigo/justicarestaurativaemediaçãoemgeral>).

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 (Brasil, 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" (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 por Resolução

(a de 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 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 aplicadas medidas de caráter não-penal.

Para Câmara (Brasil, 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 entanto, 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, descumprido 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: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Antonio Garcia Lopes (coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; BEZERRA, Tássio Fábio Braz; SILVA, Maria Coelho Nobre da. (coord.). Cuyritiba: 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 NUPMEC 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.

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 (coordenadores). 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. vol. I, 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 alii; MARCO Felix Jobim (orgs.). 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.
- MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL – CNJ (com a emenda n. 2 da Resolução 125/2010). Brasília-DF, 2016.
- 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 (coord. et alii). 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: Mediação de conflitos. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. 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: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/190128280/justica-restaurativa-e-mediacao-penal-afinal-qual-a-relacao-entre-elas>. Acesso em: 29 set. 2021.
- 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.mediacaoconflictos.pt>. Area 6 e subárea 2 e ID=40. Acesso em: fev. 2020.
- RIBEIRO, Jeanezar 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. Mediar: um guia prático para mediadores. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- SOUZA, Aiston Henrique de, et alii. Manual do CNJ, 2016.

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*. // 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.

RACISMO E GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA: “A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO É A CARNE NEGRA”

RACISM AND GENOCIDE OF BLACK YOUTH: “THE CHEAPEST MEAT ON THE MARKET IS BLACK MEAT”

Priscilla Placha Sá ¹, Jonathan Serpa Sá ²

As expressões “racismo” e “genocídio” de Estado, como usadas por Michel Foucault, dão conta de um projeto estatal operado, sobretudo, pelas polícias de que se deve “deixar viver” e “se fazer morrer” uma quantidade razoável de gente. O poder da morte, como símbolo da tarefa última desempenhada pelo soberano, evidencia-se como um poder subterrâneo que marca, especialmente, determinados sujeitos e abrevia o caminho do berçário ao cemitério. Produz a realidade única do sistema que são os mortos, como alude Eugenio Raúl Zaffaroni. O “extermínio” sistemático de alguns setores da população demonstra que a realidade operada pelo sistema tem destinatário certo: não se trata de bala perdida, mas sim de bala certa. A questão negra no Brasil – amenizada por discursos sofisticados, que nublaram as consequências deletérias do modelo escravocrata e de uma pretensa abolição – tem fraturas muito evidentes em sua população, particularmente de adolescentes. A partir do número de homicídios de adolescentes negros (pretos e pardos), o presente texto quer demonstrar que o debate da redução da maioridade penal fomenta um discurso de ódio dirigido, mesmo que subliminarmente, à população que, em realidade, já é a mais atingida não somente pelo sistema punitivo (seja pelas prisões, seja pelas instituições para cumprimento de medida socioeducativa).

Palavras-Chave: Genocídio; Juventude Negra; Maioridade Penal; Racismo.

The expressions “racism” and “genocide” of the State, as used by Michel Foucault, reveal a state project operated, above all, by the police, that a reasonable number of people must “let live” and “let themselves die”. The power of death, as a symbol of the ultimate task performed by the sovereign, is evidenced as an underground power that especially marks certain subjects and shortens the path from the nursery to the cemetery. It produces the unique reality of the system, which are the dead, as alluded to by Eugenio Raúl Zaffaroni. The systematic “extermination” of some sectors of the population demonstrates that the reality operated by the system has a right recipient: it is not a stray bullet, but a well-aimed bullet. The black issue in Brazil – softened by sophisticated discourses, which clouded the harmful consequences of the slave model and a supposed abolition – has very evident fractures in its population, particularly among adolescents. Based on the number of homicides of black teenagers (black and brown), this text aims to demonstrate that the debate on reducing the age of criminal responsibility fosters a hate speech directed, even if subliminally, to the population that, in reality, is already the most affected not only by the punitive system (whether by prisons or by institutions for compliance with socio-educational measures).

Keywords: Genocide; Black Youth; Criminal Majority; Racism.

¹ Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Estágio de pós-doutorado em andamento junto à UniCeub. Vice-Chefe de Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR. Especialista em Direito Processual Penal e Mestra em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Professora Adjunta de Direito Penal da PUCPR (licenciada) e da UFPR. Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR. Integrante do NUGEP do TJPR (gestão 2021-2022). Integrante do Conselho Editorial da Revista Galha Azul do TJPR (2021-2022). Foi Coordenadora da CEVID (jan-2020/jan-2021). Desembargadora do TJPR.

² Mestrando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Humanos e Políticas Públicas da PUCPR. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

*A carne mais barata do mercado é a carne
negra
(5x)*

*que vai de graça pro presídio
e para debaixo de plástico
que vai de graça pro subemprego
e pros hospitais psiquiátricos*

*A carne mais barata do mercado é a carne
negra
(5x)*

*que fez e faz história
segurando esse país no braço
o cabra aqui não se sente revoltado
porque o revólver já está engatilhado
e o vingador é lento
mas muito bem intencionado
e esse país
vai deixando todo mundo preto
e o cabelo esticado*

*mas mesmo assim
ainda guardo o direito
de algum antepassado da cor
brigar sutilmente por respeito
brigar bravamente por respeito
brigar por justiça e por respeito
de algum antepassado da cor
brigar, brigar, brigar*

*A carne mais barata do mercado é a carne
negra
(5x)*

(Composição de Seu Jorge, Marcelo Yuca E
Wilson Capellette, conhecida na voz de Elza
Soares)

INTRODUÇÃO

Dentro do debate acerca da redução da maioria penal, especialmente protagonizados pela mídia de massa, há uma tentativa de visibilizar a premissa da falha individual que apresenta crianças e adolescentes como os únicos criminosos e os seus crimes como os únicos. Não raro, condutas episódicas são comunicadas como corriqueiras e frequentes. Ficam no apagamento, entretanto, os atos dos quais são vítimas; vítimas fatais.

Os homicídios dos quais são vítimas as crianças e os adolescentes, especialmente, os negros, favelados e envolvidos, segundo se diz, com drogas são invisibilizados, quando não são comunicados como decorrência lógica da "vida que escolheram".

A proposta do presente texto é trazer o racismo e o genocídio de Estado como prática histórica que faz nascer a guerra entre os cidadãos e entre o Estado contra alguns deles, alguns grupos humanos que representa a

degeneração e a fraqueza. Por isso, a questão negra e os entornos que ela suscita na história brasileira permeada pela escravidão e pela abolição fazem-se necessárias para evidenciar a endêmica cifra de homicídios que vitima crianças e adolescentes em escala planetária quando se trata de crianças e adolescentes negros que têm duas vezes mais possibilidades de serem mortos dos que os brancos, especialmente quando se associam características que as tornam bodes expiatórios ou vítimas sacrificiais.

A redução da maioria penal, ainda que para 16 anos de idade e mesmo que para só os delitos hediondos transforma, mais uma vez, vítimas em algozes.

1 DO RACISMO E DO GENOCÍDIO DE ESTADO

As concepções sobre inimigo e inimizade, cuja tratativa encontra-se bem delineada em artigo que compõe essa coletânea, dão conta de que há um empreendimento, inclusive, letal que opera a partir de uma dicotomia que divide as pessoas do bem e do mal. O destino que se pode dar a uma ou outra 'categoria' ou 'tipo' de pessoas configura-se também como possível a partir de uma concepção de guerra, porque é dela que se pode tirar um "gabarito de intelegibilidade dos processos históricos."

Guerra que, segundo Michel Foucault, atravessa todo o século XVIII como guerra das raças, mas se transforma a partir do século XIX em um racismo de Estado pela possibilidade de o soberano matar o súdito, de exercer o poder de vida e de morte, dando ensejo a um paradoxo teórico realizado por um desequilíbrio prático que pende sempre em favor da morte. O direito à vida só é exercido pelo soberano porque ele detém também o direito de espada: "não é o direito de fazer morrer ou de fazer viver. Não é tampouco o direito de deixar viver e de deixar morrer. É o direito de fazer morrer ou de deixar viver."

O biopoder que se exerce sobre o homem-espécie, de que fala Foucault, poderá colocar em choque o poder da soberania da morte e o da regulamentação da vida, no exemplo da morte de Franco. É como se o soberano tivesse um tal poder que pudesse deixar o súdito vagando; nem vivo, nem morto. O homem sacro em que é transformada a figura do muçulmano que ocupa um lugar de não-pessoa que nem é merecedora da vida, como também não é merecedora da morte.

A guerra faz com que não apenas o Estado dirija-se contra seus adversários, mas que tal fenômeno leve os cidadãos a se matarem entre si; produzindo milhões de mortes. Numa lógica de guerra das raças, cuja implicação é a de que o seu sentido de viver é matar, massacrar o inimigo: é a lógica do guerreiro.

O racismo, que se torna indispensável para se poder tirar a vida de alguém, "assegura a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população, na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva." O racismo ocupa lugar central e está além de um ódio ou desprezo entre raças ou como proposta ideológica.

Portanto, o racismo é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação da raça e a purificação da raça para exercer seu poder. A justaposição, ou melhor, o funcionamento, através do biopoder, do velho poder soberano do direito de morte implica o funcionamento, a introdução e a ativação do racismo.

A sustentação teórica desse argumento – no transcurso do século XVIII para o XIX – estrutura-se pela classificação das pessoas a partir das raças; da taxonomia das plantas e animais levada a efeito pelos evolucionistas ingleses (Spencer e Darwin) à taxonomia das pessoas como raça forte e frágil, mas, sobretudo, ao delimitar um grupo humano como raça degenerada e impura. Dos empreendimentos civilizatórios, protagonizados pelo Império Romano, passando pela Colonização da África e das Américas, até o Holocausto da 2ª. Grande Guerra, a superioridade da raça dividia também as pessoas por sua vinculação com a cultura ou com a natureza; com a civilização e a selvageria.

A dicotomia entre os argumentos das Revoluções Burguesas (que pregava o liberalismo e a igualdade) e do naturalismo determinista (que considerava que havia aspectos característicos de determinados grupos humanos que os distinguiam e hierarquizava-os) impõe caminhos distintos. Aí aparecem exemplos de “crianças selvagens” ou “meninos-lobos” que permitiam a construção de idiosincrasias pelo Ocidente. Mas essa dicotomia evidenciava-se, também, nos argumentos das Escolas Clássica, que inauguraria uma epistemologia dogmática, e Etiológica-Individual, de sua vez, incluída como o nascedouro contemporâneo da Criminologia, considerando os paradoxos do livre arbítrio (na mesma matriz burguesa liberal) e do determinismo individual, especialmente, da frenologia utilizada por Cesare Lombroso (de mesma raiz classificatória) que relacionava às características físicas atributos morais.

A virada intelectual no Brasil – mesmo que já houvesse uma perseguição à população negra – viria de diversos campos do conhecimento, mas particularmente das Escolas de Medicina, seara em que, por todos, cumpre referir a figura de Nina Rodrigues, ao tratar da degeneração da raça negra. Essa degeneração pode ser considerada como fator que contribuiu para uma proposta de branqueamento do Brasil, a ponto de serem vendidos certificados de brancura da coroa espanhola e cartas de branquidão da coroa portuguesa.

Do racismo ao genocídio de Estado, fica fácil compreender a ligação que um tem com o outro, pois são tecnologias que se complementam. O racismo genocida tem sua hipérbole contemporânea no holocausto produzido pelo nazismo, cujo ódio resta disseminado em todo o tecido social. Mas o racismo genocida como estratégia de poder antecede e sucede o nazismo.

A adoção dessas tecnologias no caso brasileiro, como empreendimento estatal dirigido à população negra, operado secularmente, parece evidente. Quanto mais racista o estado mais mortes ele produz. As mortes, enquanto genocídio de Estado, são um fenômeno real, aliás, o único fato real produzido pelo estado e pelos cidadãos, especialmente, pelo sistema de justiça criminal,

compreendido também a práxis que se antecipa aos fóruns e julgamentos, não apenas nas delegacias, mas, sobretudo, nas ruas.

As execuções sumárias, os autos de resistência seguidos de morte, os grupos de extermínio, as chacinas e a guerra ao tráfico são exemplos de mortes reais levadas a cabo a partir dessas tecnologias de poder, embora não se despreze as mortes simbólicas dos sujeitos que estão fadados a ficar vagando entre a vida e a morte. Tal e qual o muçulmano. O der Muselmann “era um cadáver ambulante, um feixe de funções físicas já em agonia. Devemos, por mais dolorosa que nos pareça a escolha, excluí-lo da nossa consideração.”

Não dar a morte real às vítimas sacrificiais e somente simbólica talvez sirva para evitar o medo “dos cadáveres, das covas comuns, da incineração, das tumbas anônimas, da sepultura no mar (...) os cadáveres voltam.”

O empreendimento letal produzido pelo homem branco, em nome do Estado, produz uma cifra genocida onde os homicídios de Estado – de que fala Eugenio Raúl Zaffaroni – por ação ou omissão contabilizam uma cifra significativamente superior a de todas as outras mortes. Mas o mesmo Zaffaroni coloca em evidência a indagação sobre o porquê um determinado grupo humano pretende acumular tanto poder, como poder absoluto, um poder que pode massacrar por permitir que haja uma disseminação das mortes, inclusive nas mãos de quem deveria evitá-las, deixando de se reconhecer que o autor dos massacres é aquele mesmo que se coloca para evitar os homicídios.

2 A QUESTÃO NEGRA

2.1 NEGROS E BRANCOS. QUASE DOIS IRMÃOS. OU, NEM QUASE.

O filme “Quase Dois Irmãos”, produzido por Lúcia Murat coloca em evidência a polaridade do branco x negro, na figura dos protagonistas Miguel e Jorginho. Joel Rufino dos Santos, ao comentar o filme, põe em questão o fato de que Lúcia Murat estaria a pretender narrar uma história de “aumento de violência”, quando para o autor o Brasil teve sua história sempre mediada por ela. Vale destacar que Jorge e Miguel, negro e branco, têm suas vidas encontradas porque a mãe do primeiro trabalha como empregada doméstica na casa do segundo, no melhor contexto de uma elite carioca ainda não desprovida da condição de Capital Federal. Helena, a mãe de Miguel, parece não ver com bons olhos a relação do marido-jornalista com o sambista-marido da empregada. Noites de festa e de bebedeira, parecem ser os únicos óbices.

Mas Miguel e Jorge se encontrarão durante a Ditadura Civil-Militar no presídio de Ilha Grande. O primeiro como preso político – o que sua condição de filho da classe média letrada lhe permitia como contestação; já o segundo, preso como ladrão; marginal da rua. No presídio de Ilha Grande, a convulsão gerada pelo confronto institucional entre os “presos políticos” e os “da rua”, a ladroagem, daria ensejo a facção criminosa “Falange Vermelha”.

Anos mais tarde, a vida os ligaria uma última vez: Miguel, membro do Parlamento Federal vai à prisão onde Jorge encontra-se cumprindo pena por tráfico de entorpecentes para propor um projeto de revitalização da favela. Jorge dispensa Miguel lembrando a ele o lema “Paz, Justiça e Liberdade”. Naquela noite, Jorge é enforcado na prisão.

Do lado de fora, outro encontro – desconhecido dos dois – Juliana, filha de Miguel, protagoniza a metáfora “amor-bandido” e apaixona-se por Deley, filho-do-tráfico de Jorge. Numa de suas

idas ao morro, Juliana é surpreendida pelos adversários de Deley e é vítima de um "estupro coletivo" e largada no pé do morro. Então, Helena, avó de Juliana, olha contemplativa para a neta no hospital e diz algo como "os homens talvez nunca tenham entendido onde a violência é capaz de chegar."

Esse filme invoca em seu nome uma metáfora – "quase dois irmãos" – que pode bem representar um Brasil de muitos brasis, um Brasil que classifica e inferioriza ao hierarquizar pessoas, pessoas negras e pessoas brancas. O negro morre enforcado. Assim como era no pelourinho dos tempos da escravidão declarada; assim como é depois da abolição, como o menino negro nu amarrado no poste. Ali no mesmo Rio de Janeiro, ali e acolá em todo o Brasil. As cerimônias degradantes têm seus protagonistas históricos divididos entre algozes e vítimas.

2.2 ESCRAVIDÃO E ABOLIÇÃO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA.

Além do extermínio e escravidão indígena, como espetáculo dantesco, aqui produzido, começariam a chegar ao Brasil, no início do século XVI, os primeiros navios negreiros e após intermináveis viagens produziriam, em três séculos de uma escravidão declarada, o tráfico humano de milhões de pessoas negras. Mas a cifra dos que aqui já chegavam mortos, inclusive, crianças não eram ínfimas; muitos eram destinados ao Cemitério dos Pretos Novos, em covas largas de seis palmos, que serviam a muitos cadáveres, mas que não tinham profundidade de mais de um palmo. O mau cheiro produzido pelos corpos fora o motivo de seu fechamento, após ter funcionado entre os anos de 1772 a 1830, próximo à praia da Gamboa, no Rio de Janeiro.

A história do negro no Brasil começou com o desembarque dos primeiros escravos oriundos da Guiné em 1530 na expedição de Martim Afonso de Souza. O comércio negro acelerou-se a partir de 1550 com o crescimento da cultura canavieira que, de início, tentou ocupar a mão-de-obra indígena, sem sucesso. A substituição do escravo indígena pelo escravo africano seria decorrência da não submissão e de uma pretensa animosidade dos indígenas aos colonizadores. Esta incursão dos negros ao Brasil apresentava-se com uma forma muito lucrativa para os portugueses, pois solucionaria a falta de mão de obra indígena.

No entanto, apesar de toda a exploração e crueldade que sofriam, suas atuações, principalmente no trabalho braçal, não agradavam os exploradores dos negros. Os castigos, aplicados para os escravos que cometiam faltas ou tentavam fugir, eram marcados por intensa crueldade e alto grau de violência. Tais castigos resultavam em vazamento de olhos, marcação de ferro em brasa, mutilação de membros, valendo-se da punição pública, que tornaria o açoite a mais conhecida de todas e não menos cruel, que muitas vezes levava o escravo negro infrator à morte.

A vigilância, o controle, a disciplina e a crueldade que marcam o sistema penal, inclusive o arbítrio praticado pelos agentes policiais de então, poderiam ser evidenciados pela possibilidade de uma escrava achada retornar à senhora e ter a "língua cosida com o lábio inferior" ou a possibilidade de excrementos humanos e animais serem transportados nas cabeças dos escravos, que eram açoitados ou que levavam chibatadas públicas. Valia-se, em relação aos escravos, de capitães-do-mato, que – não raro – eram

escravos libertos que conheciam os hábitos e os caminhos dos fugidos.

A violência e o tratamento desumano não vitimizavam somente os escravos adultos, as crianças negras também sofriam uma série de agruras, a começar pela separação de seus familiares e a sua submissão a uma série de trabalhos desumanos. Aliado ao fato de que eram tratadas como brinquedos, bibelôs, animais de estimação das crianças brancas, os filhos de seus senhores. As crianças negras também não eram poupadas de castigos e humilhações.

Depois de uma luta controversa e intensa, Princesa Isabel declara em 1871, que estavam livres todos os filhos nascidos de mulheres escravas a partir daquela data. Havia duas situações para as crianças decorrentes da Lei do Ventre Livre: (1) ficariam sob a custódia do governo; ou, (2) ficariam sob a guarda dos senhores até os 21 anos, situação esta mais recorrente, pois os senhores usavam a mão-de-obra destas crianças e jovens negros. Percebe-se que a disposição legal manteria, em termos factuais, a mesma situação de antes.

A Lei do Ventre Livre apesar de muito "comemorada" não se constitui como resposta produtiva para os fins abolicionistas, pois eles próprios e os pais dos nascidos livres continuavam escravos. "Na prática, a lei de 1871 produziu escassos efeitos. Poucos meninos foram entregues ao poder público e os donos de escravos continuaram a usar seus serviços."

Os abusos não se resumiam tão somente ao uso e abuso da mão-de-obra das crianças e adolescentes, prática muito comum na "Casa Grande"; as meninas e jovens negras eram vítimas de violência sexual praticadas pelos seus donos e caso a gravidez ocorresse, as crianças que nasciam, vítima desses atos, eram abandonadas, pela simples razão que os senhores não queriam ter despesas e compromissos com "negrinhos" que nasciam livres.

A libertação – formal – da população negra aconteceu em 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea, na qual a mesma Princesa Isabel concedia liberdade total e definitiva a todos os negros brasileiros. Em pouco menos de dois anos o Brasil deixaria de ser Império para se tornar República.

A população negra, então, livre não teria a sorte que esperava, tampouco o movimento abolicionista. Não existiam condições para que os então libertos pudessem ter uma vida com o mínimo de dignidade possível. Na mesma toada, os antigos possuidores de escravos não tinham mais nenhuma responsabilização pela atual população livre, que também não foi socorrida pelo poder constituído. Ao contrário, perseguia-os.

Esse mesmo poder constituído que não implementou nenhuma política de amparo para a população negra liberta, proporcionou, de outro lado, para os fazendeiros – como forma de compensação da abolição da escravatura – ajuda econômica para a importação de trabalhadores europeus com custo baixíssimo. Financiou, dessa forma, a imigração com a intenção de fornecer mão-de-obra principalmente para os fazendeiros do sul e do sudeste. Com a chegada, em grande quantidade dos imigrantes europeus, os negros passaram a figurar como segunda opção e muitas vezes seu trabalho era desprezado. Também padeciam por não ter nenhuma força política na República que ora se iniciava.

A República tinha a liberdade apenas discursivamente como uma de suas premissas, pois ao deixar de tratar os negros como escravos para, então, na condição de ex-escravos receber sorte talvez pior, só fez continuar uma forma de exclusão considerando a cor da pele, fato que se refletia também em suas crianças, desde a escravidão. "Se as amas-de-leite, as mães pretas, e as babás ofereceram seus corpos e seu leite para os filhos da elite, o que teria acontecido com os filhos das amas-de-leite? Estes foram sempre um estorvo, no mundo escravo e no mundo pós-emancipação, povoando as rodas dos expostos, vagando pelas cidades, realizando pequenos biscates."

Necessário marcar o destino, especialmente, violento que, embora não desse – como talvez ainda não dê – um número expressivo morte às meninas e as mulheres (ainda que os dados não cansam de subir) destinava-as aos Azylos de Menores como passo prévio para serem entregues "à soldada" que era uma prática de impor e submeter meninas negras e pobres a trabalhos domésticos que, não raro, incluía a submissão de seus corpos – tal e qual na escravatura – aos senhores brancos. Quando encontradas nas ruas eram levadas à Vara de Órfãos pelas mãos da polícia. "Não há escapatória possível ao seu destino, não há como fugir do asilo, da polícia, do juiz ou das soldadas."

À população negra não restaram muitas alternativas, senão se alojarem em bairros pobres ou darem início ao processo de favelização nos morros, por ficarem nos lugares mais afastados do que seria o centro da República, vítimas que foram de uma perseguição higienista que se iniciava no fim do século XIX.

O medo soergue-se pela tomada das ruas pelos negros e escravos; os bandidos e os vadios circulam em meio à conspiração, rebelião e sedição (hoje substituídos pelos jovens pobres e os pequenos traficantes dos centros urbanos). O medo não é a consequência, senão a "opção ideológica e estética, uma maneira de interpretar a realidade que se tornou hegemônica na vitória política de um discurso e de uma estética conservadora contra os nossos desejos de nação."

A denominação do Rio de Janeiro como "cidade africana" (dado o elevado número de negros, escravos forros e peões livres; o comércio ambulante e o curandeirismo) ou como "cidade febril" (na alusão de Debret) dá conta de uma moldagem geográfica e espacial que bem pode indicar a de outras tantas cidades. Particularmente, os conflitos em relação à acessibilidade, à circulação e ao trânsito de pessoas no centro, bem como o modo, as funções e os objetos da polícia, como a histórica gestora das cidades.

O discurso sobre os desajustados da nova ordem e a utilização da polícia para seu controle e ordenação não seria originalidade carioca, tampouco brasileira: firma-se no século XIX, quando "os comerciantes, industriais e banqueiros se estabeleceram no poder, a concentração urbana dos extremos de riqueza e miséria provocava situações altamente conflituosas." Inclusive, pela população liberta.

O modelo carioca, embora com nuances distintas, é usado na província de São Paulo que de um lado se regozijava de um progresso, fruto das conquistas tecnológicas, como as estradas de ferro em particular, mas de outro ressentia-se pelo convívio com a população que crescia e começava a ficar inquieta pelo rescaldo e pela

angústia de uma modernidade seletiva. Isso justificava a popularidade dos discursos do Chefe de Polícia local que bradava contra os índices de criminalidade, a gravidade dos delitos e a crueza e a frivolidade dos motivos.

O Estado – por meio da polícia – interfere no viver, no deixar viver e no fazer morrer uma quantidade razoável de pessoas, não só quando aponta como objeto da polícia a saúde. Desde sua gestão nos cemitérios, nos matadouros e noutros lugares epidêmicos e de nascedouro de pestes, até acessar às próprias pessoas. A sua função biológica varre a vida dos sujeitos ao controle da fecundidade, da natalidade e da mortalidade.

2.3 MARGINALIZAÇÃO E FAVELIZAÇÃO.

Rescaldo da abolição, a população negra foi sendo "acomodada" nas periferias dos centros urbanos com a população pobre, pois não detentora dos signos do liberalismo. Ocupam, então, as regiões periféricas dos centros urbanos e os morros da cidade que seria a Capital Federal e que, de certo modo, irradiaria seu medo e sua práxis de segurança pública como formas de gestão das cidades e da alocação de pessoas.

Manter a ordem pública é manter cada um em seu lugar. O positivismo de Augusto Comte faria inscrever na bandeira nacional os signos de "ordem e progresso". A gestão das pessoas, em particular dos trabalhadores braçais vindos do Velho Continente e dos escravos forros exigia um empenho das autoridades públicas. Empenho motivado, inclusive, pela tentativa de embelezar as cidades que procurava o fim dos cortiços, dos becos e das favelas destoando do pretensão europeu que se desejava em pleno trópico americano.

Havia, portanto, formas usadas para localizar e identificar os pretensos arruaceiros e baderneiros que ameaçavam o progresso pelo qual eram responsáveis. O habitus que fez colar em algumas pessoas, em particular no "negro favelado", um sentido de liberdade visto, não raro, pejorativamente ou como "malandragem". Tal modo de exercício de liberdade não é compreendido como a única forma de usufruir de uma liberdade de não-escravo, de uma inadaptação ao que poderia muito melhor ser chamada de 'abandono pela abolição da escravidão' do que propriamente de liberdade. É preciso compreender o modo como a vida se desenrola: "o habitus, ao contrário da tradição racionalista é intelectualizante, permite enfatizar todo o conjunto de disposições culturais e institucionais que se inscrevem no corpo e que se expressam na linguagem corporal de cada um de nós transformando, por assim dizer, escolhas valorativas culturais e institucionais de carne e osso."

Eram e são os signos que se atribui aos povos africanos usados para a incidência do poder, por meio da polícia e do judiciário

2.4 VÍTIMAS SACRIFICIAIS I: CAPOEIRAS, RAPERS E MCS.

Os jogos de capoeira e o candomblé figuram como práticas atribuíveis de maneira depreciativa aos negros como forma das vicissitudes de sua raça. São comunicadas como portadoras de elementos animistas e fetichistas que autorizavam investidas punitivas e persecutórias, tanto que a capoeira figurou como delito no Código Penal de 1890 e

tocar atabaques no candomblé era como um chamariz para as polícias. Como ameaça à ordem, já vistos desde o início do século XX, agrega-se o fato da impregnação católica que pretendia varrer a feitiçaria do Brasil, por meio dos visitantes e do Santo Ofício, a religiosidade que se ligava aos antepassados e que era tida como 'própria' dos negros e não da nação, constituía uma tradição relegada ao plano da inferioridade.

Os elementos fetichistas e animistas já tendiam a uma marca de inferioridade. Paradoxalmente, inclusive, pelas mãos de intelectuais de esquerda e desalinados da cultura dominante, que denunciavam o destino de pobreza da população negra como fruto da escravidão secular e abolição formal, tentariam legitimar uma espécie de culto, a macumba, que se tornaria uma das práticas mais populares do país, mas também ensinaria uma desqualificação.

Outros elementos mais festivos e menos desordeiros, como o samba, fizeram uma espécie de aproximação "festiva" entre brancos e negros, em particular, no carnaval (nublado as dicotomias do espaço ao longo do resto do ano). O carnaval aparece como festa de todos, na qual há uma espécie de veia libertária nacional, em que "a noite todos os gatos são pardos". Os orixás passam a conviver, junto com os santos da igreja católica, não sendo incomum as homenagens à lemanjá, nas praias de norte a sul do país, depois de ter ido à Missa do Galo, no dia de Natal.

O samba pode ser visto como uma espécie de "malandragem inofensiva", mesmo que contivesse elementos que se associariam à criminalidade, como se encontra nas músicas de Bezerra da Silva, desde "Se gritar pega ladrão", passando por "Malandro é Malandro, Mané é Mané" e "Malandro não vacila" até "A fumaça já subiu pra cuca" e "Tem coca aí na geladeira", as quais, mesmo que metaforicamente aludem ao mundo das drogas e à linguagem da "bandagem", pelas gírias que contêm.

O interessante é que, em relação à velha guarda, pouco se vê em termos de interferência policial. Talvez por estarem e ficarem em uma vida só no morro. Mas a juventude negra se espraia para o asfalto e os grandes centros, inclusive, por meio da música do "batidão". As músicas-contestação denunciam a história. E o fazem com vigor.

Assim é a música "Capítulo 4, Versículo 3", dos Racionais MCs, que rememora a violência contra a juventude negra: "60% dos jovens de periferia sem antecedentes criminais já sofreram violência policial

A cada 4 pessoas mortas pela polícia, 3 são negras
Nas universidades brasileiras apenas 2% dos alunos são negros

A cada 4 horas, um jovem negro morre violentamente em São Paulo"
Aqui quem fala é Primo Preto, mais um sobrevivente

E denuncia, que as vítimas são crianças e adolescentes, como faz MV Bill, na música "Falcão", autor do livro "Falcão e os Meninos do Tráfico":

Jovem, preto, novo, pequeno
Falcão fica na laje de plantão no sereno
Drogas, armas, sem futuro
Moleque cheio de ódio invisível no escuro, puro

É fácil vir aqui me mandar matar, difícil é dar uma chance a vida
Não vai ser a solução mandar blindar
O menino foi pra vida bandida

Desentoca, sai da toca, joga à vera
O choro é de raiva, de menor não espera
A laje é o posto, imagem do desgosto
Tarja preta na cara para não mostrar o rosto

Vai, isqueiro e foguete no punho
Quem vai passar a limpo a sua vida em rascunho
Fumo envenenado pra poder passar a hora
Vive o agora, o futuro ignora
O amargo do sangue, tá na boca
Vivendo o dia-a-dia, descobre que sua esperança é pouca

Moleque vende, garoto compra, pirralho atira, menino tomba
Mete bronca, entra no caô pra ganhar
Joga no ataque, se defende com ak
Pupila dilatada, dedo amarelo
Jovem guerrilheiro no seu mundo paralelo
Bate o martelo, acabou de condenar
Julgamento sem defesa, quem é réu vai chorar, vai babar

Porque o coração não bate mais
Agora quer correr a frente, não correr atrás.
Idade de criança, responsa de adulto
Mente criminosa enquanto a alma veste o luto, putô

Por dentro, faz o movimento
Raciocínio lento e o extinto sempre atento
Não perde tempo, vem fácil, morre cedo
Descontrolado, intitulado a voz do medo
Vítima do gueto, universo preto
Vida é o preço e pela vida largo o dedo

As músicas da comunidade são uma forma de exteriorização das violências sofridas. E o poder sabe disso. A instalação das Unidades de Polícia Pacificadora, no ano de 2012, cujo nome fala por si, no argumento da guerra, redirecionaram seu poder também contra as músicas, ou melhor, contra os músicos, como esclarece MC Orelha (Gustavo Lopes), em entrevista a Carlos Palombini, ao afirmar que: "Com certeza! Mudou o proibidão. O bandido agora não quer seu nome no rap: 'não, tá maluco, vou ficar pixadão aí, vou acabar rodando.' O crime acaba influenciando o funk."

Mas antes disso, em 2005, houve uma ampla criminalização dos jovens funkeiros (os cantores MCs) porque estariam realizando os "proibidões", em alusão às músicas proibidas e aos bailes proibidos de serem realizados nos clubes cariocas, especialmente, porque os jovens da classe média gostavam de freqüentar. Continuam, assim, as permanências da imagem do jovem negro que desvirtua o jovem branco, com evidência ao fator de classe (favela x zona sul, no caso carioca).

Podem ser, também, as músicas compreendidas como "literatura do testemunho", como a música de André du Rap O Sobrevivente Andre du Rap (do Massacre do Carandiru) constituindo, especialmente por meio da linguagem, o testemunho do fato vivido.

2.5 VÍTIMAS SACRIFICIAIS II: "MENORES DE RUA", FAVELADOS E TRAFICANTES.

A expressão "menor" associa-se indelevelmente às crianças de rua marcando a interferência na vida das crianças pobres e, não raro, negras, como gestão das cidades. Essa interferência judicial – como controle dos casos trazidos pela polícia – daria ensejo ao modelo institucional na vida dos "menores", especialmente, pela figura do Juiz Mello Mattos, que batizaria com seu nome o Código Mello Mattos, que daria o tom da "Justiça dos Menores". Especialmente, destinado aos meninos. As perguntas feitas pelo Comissário de Vigilância, segundo o Relatório de Informações, de acordo com os Artigos 38, 42 e 50, do Decreto n.º 16.272, de dezembro de 1923, dariam vida ao lombrosianismo patológico que justificava a mescla entre direito e medicina:

Algum antecedente ou colateral é, ou foi, alienado, deficiente mental, epilético, vicioso ou delinqüente?

Há concórdia doméstica, respeito conjugal, sentimentos filiais?

Com que gente costuma ajuntar-se? Seus camaradas são mais idosos, vadios, mendigos, libertinos, delinqüentes?

Qual seu caráter e moralidade, seus hábitos e inclinações? É cruel, violento, hipócrita, tímido, generoso, egoísta, viril ou afeminado, mentiroso, desobediente, preguiçoso, taciturno ou loquaz, rixoso, desonesto ou vicioso, dado ao roubo e ao furto?

Sua linguagem é correta ou usa de calão, de expressões baixas e indecorosas?

Havia uma ingerência, sobretudo, na vida de crianças e adolescentes, especialmente. A gestão restaria facilitada por meio da cor, mas também por "hábitos" que remetiam à matriz africana, pois eram tidos como signos de "perigo" e de "criminalidade".

Os sonhos das crianças de rua, no entanto, são similares aos das outras crianças. O que muda é a forma de acesso. Restam inclinados, também, aos desejos de uma sociedade vinculada ao consumo e ao bem-estar. Sua tentativa de inserção social resta compreendida e definida como crime, mesmo que chamada de ato infracional:

Cadê o meu presente, o meu abraço, a bicicleta que eu sonhei não vem, com laço não tem dono, nem alegria, é dia das crianças, mas não para a periferia. Queria fugir daqui, é impossível, não queria ver lágrimas, é difícil, meus exemplos de vitória estão todos na esquina de Tempra, de Golf vendendo cocaína, bem melhor do que a minha mãe no pé da cruz (Jovem 6).

(...)

Ah, nós se divertimos, um bolo de dinheiro no bolso, ia para tudo que é lugar, fomos até para o Guarujá, lá para o aquário, não tem o aquário lá?

Vixi, se divertimo, vi coisa que nunca tinha visto na minha vida lá dentro, o maior barato, divertimo bem. Roubamos moto, moto zero na praia para fazer um rolê. As gatinha tudo, nossa, eu acho que é sonho, os cara, vixi, vamos curtir, quando for a noite nós, é um sonho, a noite acaba tudo, ganhamos dinheiro, ganhamos bastante coisa (Jovem 1).

A sua relação precoce com o tráfico de drogas autoriza, mesmo que de modo efêmero e fatal, um discurso que os relaciona naturalmente com a criminalidade e, portanto, com uma vida igualmente efêmera, como peças (tal e qual eram chamados nos tempos de escravidão) totalmente descartáveis. Além de sua estética, estabelecem uma linguagem própria e uma hierarquia de "trabalho escravo" seja como soldado, vapor ou avião que os identifica facilmente e que os leva com rapidez aos arquivos do sistema de justiça criminal. Quando não para a "vala". A morte de um traficante é aplaudida e comemorada, pois autoriza as ações genocidas.

Dentre as guerras guerreadas, aquela que se dá em nome do combate ao tráfico de drogas vitima os mesmos negros, porém, em cifras vertiginosas, vestindo com novos trajes os velhos argumentos das tecnologias de poder forjadas no racismo e no genocídio: o traficante é um negro favelado. O pânico moral em torno das drogas divide as pessoas em usuários brancos e traficantes negros. A divisão entre o traficante preto, mulato e pardo e o usuário branco é feita associando-se ainda a sua condição de classe, o que permite a intersecção histórica entre raça e classe, e, vez por outra aparece algum caso em que o menino a ser institucionalizado é branco, porém, pobre.

"Cada suspeito que não é branco confirma a regra escrita, com tinta invisível, nas profundidades da consciência coletiva: o crime é preto, talvez marrom ou, ao menos, amarelo." Há aí sujeitos que reúnem em torno de si signos vitimais, o bode expiatório não se escolhe pelo feito, mas pelo sujeito

3 GENOCÍDIO E RACISMO: A LETALIDADE DA JUVENTUDE NEGRA NO BRASIL.

3.1 ENTRE CANDELÁRIAS E CARANDIRUS.

O plano de Tânatos operado de mão em mão receberia o recém-nascido Estatuto da Criança e do Adolescente, três anos após a sua aprovação, com a Chacina da Candelária. Milicianos mataram "meninas e meninos de rua". Quem não morreu ali, morreria anos depois, também pelas mãos da polícia, como Sandro, do caso conhecido como "Ônibus 174". A morte de negros e pobres colocava em questão uma prática secularizada. O responsável por evitar os homicídios é quem protagoniza o extermínio.

A Chacina da Candelária foi sucedida por outras, como Vigário Geral, Borel, Via Show e Baixada Fluminense. Todas realizadas por policiais. Todas as pessoas mortas eram negras e pobres.

Mas não é só na rua que são vistas as cerimônias degradantes. Nos presídios, também, o reduto da exclusão social por excelência veria um dos episódios mais trágicos e evitáveis da história prisional do país, que é o Massacre do Carandiru. A mesma tecnologia racista e genocida deu morte

cruel a 111 homens privados de liberdade. Nenhum policial foi ferido. Nenhum preso detinha arma de fogo. A música feita por Gilberto Gil e Caetano Veloso, a respeito do episódio, nominada como "Haiti" evidencia a pobreza como forma de deixar as pessoas pretas e pardas, como são diferentes os lugares ocupados pelos brancos e pelos negros, quando esses apanham da polícia e os primeiros observam.

Se a Ditadura Civil-Militar vira nascer um dos grupos de extermínio mais conhecidos do país: o Esquadrão da Morte, comandado pelo Delegado Sérgio Paranhos Fleury, uma nova democracia não os veria findar, desde a escravidão e a sua abolição os negros, especialmente os jovens, foram perseguidos e mortos. O extermínio ou massacre de "menores de rua", de presos e traficantes está longe, entretanto, de ser novidade, exceção, ou episódio final. A cada vez que acontece, cumpre-se o mesmo desejo da população: "Quem mata um jovem favelado presta um serviço à sociedade."

3.2 MATANDO UNS AOS OUTROS: AFINAL QUEM É VIDA LOKA?

Além do empreendimento estatal, que autoriza um racismo genocida, a tecnologia do poder fomenta a morte entre os próprios cidadãos. O documentário "Notícias de uma Guerra Particular", quando da fala de Hélio Luz, Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, na década de 1990, bem delinea a função que a sociedade então atribui à polícia: manter essa parte desvalida no seu devido lugar. Demonstra, porém, algo que a cada dia mais se comprova: o mesmo desprezo pela vida do outro passa a existir pela vida do um. Isso pode permitir a compreensão sobre certa vulgarização da morte.

Hélio Luz, ao referir as possibilidades de ascensão e sucesso das classes baixas, ressalta que para um jovem de uma comunidade segregada chega a ser fascinante e até prazeroso aparecer na capa de um jornal grotesco, armado e tendo matado um policial. Fazer parte do movimento é a redenção. Redenção, inclusive, matizada com tintas irrealis que aparecem nos discursos repressivos de que existe busca por "lucro fácil" no mundo das drogas.

A disjunção sócio-familiar, propiciada pelas áridas condições e aliada às dificuldades de acesso às escolas de qualidade e ao trabalho emancipatório por conta dos baixos salários, faz parecer mais atraentes uma virtual e irreal roda de lucro dos mercados ilícitos, em particular da droga, apesar de inseridos num modelo em que a violência cobra altos preços (inclusive a vida).

Esses contrapontos fizeram com Michel Misse concluísse pesarosamente que "muitos dos jovens que entrevistei preferem morrer antes dos 25 anos, com esse estilo de vida, a viver 60 como parias e humilhados." Nem mesmo as mães (como figuras que representam uma espécie de afeto e proteção, contratam advogados quando são presos, arrumam dinheiro para pagar o traficante), por quem existe um sentido de respeito e de afetividade conseguem afastá-los do tráfico de drogas.

Crianças e adolescentes que serão enterrados em cova rasa, sem cerimônia, sem nada. Em outros Cemitérios de Pretos Novos. A natural disposição que a etnologia lhes atribui para o crime e a criminalidade também lhe dá uma disposição natural para matar e ter fama de matador, mas dá mais ainda para ser morto. Crianças e adolescentes são as

vítimas cotidianas do extermínio produzido pelo tráfico (seja pelas dívidas ou pelas disputas de ponto e do domínio local) e pela guerra que diz combater esse mesmo tráfico que, entretanto, só combate pessoas, que são, em verdade, crianças e adolescentes, em sua imensa maioria, negros.

3.3 AS CIFRAS DE MORTES DA JUVENTUDE NEGRA PRODUZIDAS EM NOME DO RACISMO E DO GENOCÍDIO.

3.3.1. Dados gerais sobre os homicídios no Brasil.

Os dados sobre homicídios tomará por base o estudo conhecido como "Mapa da Violência", produzido pelo Instituto Sangari, sob a coordenação de Júlio Jacobo Waiselficz, especialmente, porque produziu um desses Mapas com um recorte de cor/raça e outro sobre juventude.

No estudo denominado Mapa da Violência 2012 – Os novos padrões da violência homicida no Brasil, consta a metodologia da pesquisa que considera os dados fornecidos pelo Sistema DATASUS-SIM, no período compreendido entre 1980 e 2010, em que pese como ressaltado na apresentação da metodologia e das fontes, tal sistema possa conter algumas imprecisões. Observação que será feita também nos demais Mapas produzidos pelo mesmo Instituto e considerados neste texto. Vale registrar ainda que o Mapa da Violência 2012 (na edição que apresenta um panorama geral) deixa de considerar as mortes produzidas pelas polícias até 2010.

O Mapa da Violência 2012 aponta um total de 1.091.125 homicídios ocorridos no Brasil em 30 anos, por causas externas variadas, o que representa um aumento histórico de 259%, atingindo o ápice em 2003 e apresentando um decréscimo até 2010. Para tentar se aproximar do que isso representa em número real de mortes, num comparativo mundial, o Mapa da Violência 2012 valeu-se dos dados sobre o "Relatório sobre o Peso da Violência Armada no Mundo":

Nos 12 maiores conflitos, que representam 81,4% do total de mortes diretas, nos 4 anos (entre 2004 e 2007) foram vitimadas 169.574 pessoas. Nesses mesmos 4 anos, no total dos 62 conflitos, morrem 208.349. No Brasil, país sem disputas territoriais, movimentos emancipatórios, guerras civis, enfrentamentos religiosos, raciais ou étnicos, morreram mais pessoas (192.804) vítimas de homicídio que nos 12 maiores conflitos armados no mundo. Mais ainda, esse número de homicídios se encontra bem perto das mortes no total dos 62 conflitos armados registrados nesse relatório. E esses números não podem ser atribuídos às dimensões continentais do Brasil. Países com número de habitantes semelhante ao do Brasil, como Paquistão, com 185 mi habitantes, têm números e taxas bem menores que os nossos. E nem falar da Índia, também elencada, com 1.214 mi de habitantes.

O Estado do Paraná ostenta um alto índice de homicídios cometidos no período analisado com um aumento de 86%, fato que o elevou ao 9º lugar nacional. No Paraná, estão 16 das 200 cidades com maior número de homicídios no país:

TABELA 1
Posição das cidades paranaenses que estão entre as 200 com o maior número de homicídios no Brasil

Cidade	Posição Nacional
Campina Grande do Sul	2º.
Piraquara	9º.
Almirante Tamandaré	38º.
Guaratuba	44º.
Foz do Iguaçu	51º.
Pinhais	63º.
Santa Terezinha do Itaipu	69º.
Rio Branco do Sul	98º.
São José dos Pinhais	105º.
Curitiba	109º.
Fazenda Rio Grande	114º.
Araucária	133º.
Campo Mourão	147º.
Iporã	181º.
Colombo	183º.
São Miguel do Iguaçu	193º.

Dessas cidades, 9 estão na chamada "grande Curitiba", o que faz com que seja a 6ª Região Metropolitana (RM) mais violenta e coincidentemente a 6ª Capital mais violenta do país; ficando atrás de Rio de Janeiro e São Paulo, que ficaram em 23o e 27o lugares, respectivamente. O Paraná tem o menor índice nacional de vitimização negra e o maior índice de vitimização branca.

A mortalidade tem outras facetas ainda bastante complexas, que não são objeto do presente texto, como o caso do homicídio de gênero, que demonstram a fragilidade dos pretensos avanços no respeito aos direitos humanos e à valorização da vida na sociedade brasileira e no Paraná. Ocupa índices preocupantes no que se refere ao homicídio de mulheres: 3o lugar nacional, antecedido por Espírito Santo (1o.) e Alagoas (2o.). Outra delas é a quantidade de homicídios produzidos por armas de fogo.

O Mapa da Violência 2013 – Mortes matadas por armas de fogo tabulou dados de 31 anos (entre 1979-2010), pelo mesmo sistema DATASUS-SIM usado no de 2012, embora agora com o foco na "causa da morte". Alerta, entretanto, sobre o fato de os registros apresentarem limitações sobre o número real de mortes produzidas por armas de fogo, pois há uma subnotificação: muitas mortes produzidas nessas circunstâncias ocorrem sem assistência médica e há outro tanto de sepultamentos sem registro identificado de causa da morte. Pode-se considerar também, nesse contexto, o que se chama de "queima de arquivo".

Usando, novamente, como referência o Relatório sobre o Peso da Violência Armada no Mundo, o Mapa da Violência de 2013 indica que há mais de 15 milhões de armas de fogo transitando pelo país, sendo mais de 5 milhões sem registro. A taxa de morte com essa causa (arma de fogo) subiu 346,5%, entre 1979 e 2010, sendo que ascenderam as taxas de homicídios (502,8%) e de suicídios (46,8%), decrescendo apenas as das mortes acidentais (com um decréscimo de 8,8%). Os elevados índices não acompanham o crescimento populacional no período, que é muito inferior.

As taxas – no geral – crescem de forma até regular, atingindo um pico em 2003 (onde o autor da pesquisa cogita o Estatuto do Desarmamento como motivo da queda), depois decresce de forma regular e anual até 2008, quando passa a oscilar. O número total de homicídios por arma de fogo

provocou quase 700.000 homicídios, mas dentre os jovens, na faixa entre 15 e 29, o total ultrapassa a metade, chegando a 386.983 homicídios. A totalidade de mortes, incluídas o correspondente aos suicídios, aos acidentes e aos casos indeterminados, é de 799.226

3.3.2 Os dados dos homicídios de crianças e jovens.

Outra dessas facetas complexas, indicadas por Julio Jacobo Waiselfisz no Mapa da Violência 2012 – Crianças e Adolescentes do Brasil é o índice alarmante de homicídios – "um verdadeiro calcanhar de Aquiles nos Direitos Humanos" – praticado contra crianças e adolescentes, considerando a faixa entre 0 e 19 anos de idade. Tornou-se a principal causa morte desse grupo populacional. Mas registra, novamente, a preocupação com a subnotificação dos casos. Esse Mapa, em especial, revelou uma questão emblemática: uma violência estrutural que faz com que a primeira causa de morte nessa faixa etária seja a de causas externas, somando mais de 53%, onde 22,5% é composta por homicídios. O próximo grupo de causas de morte inclui os tumores e as neoplasias que sequer chegam a 8%.

No ranking mundial (os dados mais atualizados são os de 2009, usados na pesquisa), na faixa geral da população jovem, o Brasil está em 4o lugar, com 13 mortes em 100.000 crianças e adolescentes (antecedido por El Salvador, Venezuela e Trinidad e Tobago). Na faixa entre 10 e 14 anos de idade, mantém no 4o lugar, com 3,4 mortes por 100.000 crianças e adolescentes na mesma faixa. Nas mortes de crianças com até 9 anos, os pais aparecem como os principais causadores, nas dos adolescentes entre 15 e 19 – onde o número de homicídios chega à elevada cifra de 44,2 – os autores, em regra, são desconhecidos. Isso suscita a possibilidade de que tais mortes sejam decorrência de conflitos na rua, execuções sumárias de milícias e dos grupos criminosos, até mesmo fruto de confrontos com a polícia. Entre jovens de 15 a 29 anos, o percentual de homicídios (excluindo-se acidentes e suicídios) alcançará o elevado percentual de 414%. Em números, nessa faixa o aumento anual é impressionante: de 4.415, em 1979 para 22.694, em 2010.

Nessa categoria, o Paraná está no 15o. lugar em número de homicídios, Curitiba no 8o. lugar. Dentre os 100 municípios no Brasil com as maiores taxas de homicídio de crianças e adolescentes e cuja população tem 20 mil ou mais crianças e adolescentes, 13 estão no Paraná:

TABELA 2
Posição das cidades paranaenses que estão entre as 100 com o maior número de homicídios de crianças e adolescentes, cuja população tem 20 mil ou mais crianças e adolescentes, no Brasil

Cidade	Posição Nacional	Quantidade de Homicídios em 2010
Pinhais	16º.	20
Foz do Iguaçu	27º.	39
Piraquara	36º.	14
Cascavel	41º.	36
Almirante Tamandaré	43º.	15
Fazenda Rio Grande	44º.	12
Telêmaco Borba	45º.	9
Curitiba	50º.	181
Campo Largo	57º.	13
Campo Mourão	61º.	9
Colombo	70º.	23
São José dos Pinhais	71º.	27
Araucária	77º.	12

3.3.3. Os dados dos homicídios de crianças e adolescentes por raça/cor.

TABELA 3
Número e Taxas de Homicídio (em 100 mil) por Idades Simples e Raça/cor. Brasil, 2010.

Idade	Quantidade		Taxas	
	Branco	Negro	Branco	Negro
12	18	38	1,3	2,0
13	29	126	2,0	6,5
14	67	159	4,6	13,0
15	181	555	12,1	27,5
16	241	955	16,7	49,5
17	397	1.246	27,6	66,6
18	404	1.445	27,7	77,7

Conjugando-se a idade e a cor das vítimas as conclusões do Mapa da Violência indicam que:

Um fato que merece especial atenção é a idade das vítimas. Vemos, pela tabela e gráfico a seguir, que não se observam diferenças significativas de taxas de homicídio entre brancos e negros até os 12 anos de idade. Mas nesse ponto, inicia-se um duplo processo:

Por um lado, um íngreme crescimento da violência homicida, tanto branca quanto negra, que se avoluma significativamente até os 20/21 anos de idade das vítimas.

Se esse crescimento se observa tanto entre os brancos quanto entre os negros, nesse último caso o incremento é marcadamente mais elevado: entre os 12 e os 21 anos de idade as taxas brancas passam de 1,3 para 37,3 em cada 100 mil, aumenta 29 vezes. Já as taxas negras passam, nesse intervalo, de 2,0 para 89,6, aumentando de 46 vezes.

É possível observar que há uma relação desproporcional considerando o número da população geral branca e negra, ou seja, o elevado índice da vitimização negra

que alcança patamares muito superiores ao da vitimização branca não está relacionado com um maior número de pessoas negras no país. A vitimização negra alcança patamares muito elevados nos Estados de Alagoas, Paraíba, Pernambuco, Sergipe e Rio Grande do Norte, que estão nos primeiros cinco lugares. O fato de o Estado do Paraná estar em último lugar, na colocação de homicídio negro, não é necessariamente um fator positivo, mas se deve ao elevadíssimo índice do homicídio branco.

Outro fator que é apontado pelo Mapa da Violência é a elevação das taxas a partir de 2006, e, embora o Mapa não faça vinculação com a entrada em vigor da Nova Lei de Drogas que estabeleceu duas políticas tão contraditórias quanto diferenças: (i) uma política de redução de danos para os usuários; (ii) um acirramento do discurso de combate ao tráfico e, portanto, de guerra não se pode deixar de considerar que tal fator merece, no mínimo, reflexão.

Esse movimento contraditório: queda dos índices de homicídios brancos e aumento dos negros, vai determinar um crescimento significativo nos índices de vitimização dos jovens negros: se em 2002 era de 71,7% – morrem proporcionalmente 71,7% mais jovens negros do que brancos – esse índice eleva-se para 108,6% no ano de 2006 e, no ano de 2010 o índice se eleva para 153,9%. Ou seja, em 2010 morrem proporcionalmente 2,5 jovens negros para cada jovem branco vítima de assassinato, índice que pode ser considerado inaceitável pela sua magnitude e significação social.

Essas taxas são consideradas pelo Mapa como alarmantes, mais do que endêmicas.

Outro estudo foi publicado recentemente pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que relaciona o elevado índice de morte de jovens negros à condição econômica precarizada que inibe o alcance de postos mais qualificados de trabalho, como herança do racismo. Evidencia, também, a questão nodal do racismo institucional que permeia, sobretudo, as polícias, embora as instituições policiais sejam compostas em número importante de estados da Federação por pessoas não brancas

CONCLUSÃO

"Pontos de vista/4

Do ponto de vista do oriente do mundo, o dia do ocidente é noite.

Na Índia, quem está de luto se veste de branco.

Na Europa antiga, o negro, cor da terra fértil, era a cor da vida, e o branco, cor dos ossos, era a cor da morte.

Segundo os velhos sábios da região colombiana do Chocó, Adão e Eva eram negros e negros eram seus filhos Caim e Abel.

Quando Caim matou seu irmão com uma bordoadá, trovejaram as iras de Deus.

Diante da fúria do Senhor, o assassino empalideceu que branco se tornou até o fim dos seus dias.

Os brancos somos, todos nós, filhos de Caim."
(GALEANO, op. cit., p. 61).

O elevado índice de letalidade da população negra, sobretudo, jovem decorrência de massacres, chacinas, execuções, atos de resistência e pela guerra ao tráfico são a demonstração das tecnologias do poder executadas por meio do racismo e do genocídio.

A distribuição desigual das mortes por raça ou por cor apresentada de forma estatística – por mais que as próprias pesquisas referenciadas informem a subnotificação, a influência de fatores que interseccionam a questão negra com a questão de classe e a violência institucional – indica a utilização das mesmas tecnologias de poder. Demonstra em tabelas e em números o rescaldo violento do modelo escravatura e da política formal da abolição que pauperizou uma já pobre população, não sem antes tê-la desterrado a ferros de seu locus, nem tampouco sem depois pretender criminalizar sua cultura e sua gente.

A questão da redução da maioridade penal que coloca no discurso imagético uma fixação funcional de uma imagem do criminoso associando, não raro, as figuras do traficante, do negro, do favelado, invisibiliza o genocídio e o racismo que são operados no cotidiano contra essa população. A redução da maioridade penal, mesmo que adstrita à faixa dos 16 anos de idade já tem destinatários certos, aqueles mesmos que historicamente foram recolhidos pelo Comissariado de Menores, ou institucionalizados pela Ditadura Civil-Militar. Talvez, entretanto, seja um privilégio ser preso, quando não morto; e morto pelo estado.

Mas talvez haja uma viragem. É a lição de MC Praga:

Na guerra somos igualmente vulneráveis, na guerra não existe justiça, nem direito, não existe lado certo, não existem escrúpulos, na guerra afloram todos os sentimentos, principalmente o medo, que por sua vez é o pai de todos os erros, a guerra só é suportável quando nos apegamos a fé, fé muitas vezes compartilhadas entre inimigos, inimigos que se parecem, inimigos da mesma cor, da mesma classe social, inimigos que creem nas mesmas coisas, inimigos que lutam por algo que desconhecem, que buscam um alvo que não tem forma, não tem rosto, inimigos que nem sequer acreditam na causa que defendem. O fogo consome ambos os lados, propagando um ódio bilateral. Numa sociedade movida pelo caos surgem hinos que são entoados por milhões de pessoas que se reconhecem na crônica do dia a dia: a crônica do caos.

Não existe violência mais cruel que a miséria, e tudo isso é reflexo de uma política mal conduzida. Diante dessa negligência admite-se uma grande possibilidade de crimes, e em contrapartida uma polícia que é treinada para ser violenta e letal, mal remunerada e de fuzil na mão, pronta para abater qualquer um que infrinja a lei que ela própria não respeita ou sequer conhece, numa democracia em que não se tem liberdade para fazer escolhas, onde as drogas lícitas são as drogas que mais destroem famílias (alcoolismo), onde os tabus estão acima das prioridades e as autoridades estão acima das leis.

O medo de que essa realidade seja exposta faz com que se imponha o silêncio. Por outro lado a guerra nos deixa uma importante lição:

A paz só é negociada diante do caos

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo. 2008.

AGAMBEN, Giorgio. O homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG. 2010.

ALBERTON Mariza Silveira. Violação da Infância Crimes Abomináveis. Porto Alegre: Editora AGE, 2005.

BATISTA, Carlos Bruce. Uma história do "proibidão". // Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. Coleção Criminologia de Cordel 2. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 29-49.

BATISTA, Vera Malaguti. Arquitetura do Medo. Instituto Carioca de Criminologia. In Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan. Ano 7, Número 12, 2º semestre de 2002, p. 99-106.

BATISTA. Díficeis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Coleção Pensamento Criminológico, v. 2. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

BICUDO, Hélio Pereira. Meu depoimento sobre o esquadrão da morte. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça de Justiça e Paz de São Paulo.

DA MATTA, Roberto. O que faz o Brasil, Brasil? Rio de Janeiro: Rocco. 1986.

DUARTE, Elaine Cristina Ferreira. Disponível em: <http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=384&sid=60&tpl=printerview>. Acesso em: 10 out. 2015.

FAUSTO, Boris. O crime do restaurante chinês: carnaval, futebol e justiça na São Paulo dos anos 30. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FAUSTO. História do Brasil. 14ª. ed. São Paulo: UNESP. 2012.

FEFFERMANN, Marisa. Vidas arriscadas: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico. Petrópolis: Vozes Editora. 2006.

FERNANDES, Neusa. A Inquisição e as etnias. Instituto Carioca de Criminologia. In Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. Ano 4, Números 7 e 8, 1o. e 2o. semestres de 1999, p. 231- 236.

FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

FOUCAULT. Segurança, Território, População: curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. Revisão Claudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

GALEANO, Eduardo. De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores. 2011.

GÓMEZ URSO, Juan Facundo. La Selectividad penal: el poder punitivo subterráneo en la Pcia. de Buenos Aires, un estudio empírico del modelo operativo de las agencias ejecutivas en relación a la privación administrativa de la libertad ambulatoria. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor. 2012.

LEONARDO, Hugo. Recontando a história racial no Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de Candido Motta e sua realocação política como pressuposto histórico de análise. In: Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas. (Coord. Alvin August de Sá, Davi de Paiva Costa Tangerino e Sérgio Salomão Schecaira). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 73-100.

MARINGONI, Gilberto. História - O destino dos negros após a Abolição. Para Todos n.º 458, 24 de Setembro de 1927. Boletim 2011. Ano 8. Edição 70 - 29.12.2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2673%3Acatid%3D28&Itemid=23. Acesso em: 02 out. 2015.

MATTOS, Hebe. Das cores do silêncio: os significados da liberdade no Sudoeste escravista (Brasil, século XIX). 3ª. ed. rev. Campinas: UNICAMP. 2013.

MISSE, Michel. Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. 2a. tiragem. Coleção Conflitos, Direitos e Culturas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MONTES, Maria Lucia. As figuras do sagrado: entre o público e o privado. In: História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea. Coord. Geral da coleção Fernando A. Novais. Org. do Vol. Lilia Moritz Schwarcz, v. 4. São Paulo: Companhia das Letras. 1994, p. 63-171.

PALOMBINI, Carlos. Entrevista com Gustavo Lopes, o MC Orelha. In Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. Coleção Criminologia de Cordel 2. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 13-28.

PEREIRA, Júlio César Medeiros da Silva. À flor da terra: o cemitério dos pretos novos no Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4204431/4101445/livr_o_cemiterio.pdf. Acesso em: 12 out. 2015.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Silvia. Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Coleção Segurança e Cidadania. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005.

RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROSEMBERG, André. De chumbo e festim: uma história da polícia paulista no Final do Império. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo / FAPESP. 2010.

SÀ, Priscilla Placha. Mal-estar de arquivo: As polícias como arquivistas do soberano. Tese de Doutorado. UFPR. 2013.

Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31922/R%20-%20T%20-%20PRISCILLA%20PLACHA%20SA.pdf?sequence=1>.

SALGUEIRO, Wilberth. O QUE É LITERATURA DE TESTEMUNHO (E CONSIDERAÇÕES EM TORNO DE GRACILIANO RAMOS, ALEX POLARI E ANDRÉ DU RAP). Matruga. Rio de Janeiro, v.19, n. 31, jul./dez. 2012, p. 284-303. Disponível em: <http://www.pgletras.uerj.br/matruga/matruga31/arqs/matruga31a17.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

SANTOS, Gevanilda. Da Lei do Ventre Livre ao Estatuto da Criança e do Adolescente: uma abordagem de interesse da juventude negra. BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.), São Paulo, n. 44, abr. 2008. Disponível em http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122008000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 18 out. 2015.

SANTOS, Joel Rufino dos. Quase dois irmãos. Instituto Carioca de Criminologia. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan. Ano 9, Número 14, 1º e 2º semestres de 2004, p. 28., p. 27-30.

SANTOS, Thiago dos (MC Praga). A Guerra. In: Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. Coleção Criminologia de Cordel 2. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 11-12.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O Espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras. 1993.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Nem preto nem branco: muito pelo contrário: cor e raça na intimidade. In: História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea. Coord. Geral da coleção Fernando A. Novais. Org. do Vol. Lilia Moritz Schwarcz. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras. 1994.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. In: A Invisibilidade da desigualdade brasileira. Jessé Souza (Org.). Belo Horizonte: Editora UFMG. 2006, p. 23-53.

SOUZA. Por uma teoria da Ação Social da Modernidade Periférica: um diálogo crítico com Florestan Fernandes. In A Invisibilidade da desigualdade brasileira. Jessé Souza (Org.). Belo Horizonte: Editora UFMG. 2006, p. 55- 69.

SOVIK, Liv. "O Haiti é aqui / O Haiti não é aqui": Música Popular, Dependência Cultural e Identidade Brasileira na Polêmica Schwarz-Silviano Santiago. In: Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100916030602/25sovik.pdf>.

ZACCONE, Orlando D'Élia. Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

ZAFFARONI. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (coord.). Trad. Sérgio Lamarão. Saraiva: São Paulo. 2012.

CERQUEIRA, Daniel R. C. (DIEST/IPEA); MOURA, Rodrigo Leandro de (IBRE/FGV). Vidas Perdidas e Racismo no Brasil. N. 10. Brasília. IPEA. 2013, p. 5. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131119_notatecnicadiest10.pdf. Acesso em: 17 out. 2015.

Mapa da Violência 2012 – Os novos padrões da violência homicida no Brasil. Realizado pelo Instituto Sangari, sob a coordenação de Júlio Jacobo Waiselfisz. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf. Acesso em: 05 mai. 2013.

Mapa da Violência 2012 – Crianças e Adolescentes do Brasil. Realizado pelo Instituto Sangari, sob a coordenação de Júlio Jacobo Waiselfisz. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2012_crianca.php. Acesso em: 05 mai. 2013.

Mapa da Violência 2012 – A cor dos homicídios no Brasil. Realizado pelo Realizado pelo Instituto Sangari, sob a coordenação de Júlio Jacobo Waiselfisz. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf. p. 31. Acesso em: 17 out. 2015.

Mapa da Violência 2013 – Mortes matadas por armas de fogo. Realizado pelo Instituto Sangari, sob a coordenação de Júlio Jacobo Waiselfisz. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf. Acesso em: 05 mai. 2013.

Mapa da Violência 2015 – Adolescentes de 16 e 17 anos no Brasil. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf.

Notícias de uma guerra particular. Direção Katia Lund e João Moreira Salles. Produção Raquel Freire Zangrandi e Mara de Oliveira. Brasil. 1998-1999. Documentário. DVD (56 min). Colorido.

Quase dois irmãos. Direção e produção Lúcia Murat. Brasil. 2004. Drama. DVD (102 min). Colorido.

TEXTOS DE OPINIÃO

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: A DEMANDA QUE NÃO RESOLVE O PROBLEMA DA OFERTA

REDUCTION OF LEGAL AGE: THE DEMAND WHICH DOES NOT RESPONDS THE SUPPLY PROBLEM

Daniel Marinho Corrêa¹

Hodiernamente, várias são as situações em que menores de dezoito anos cometem determinado ilícito criminal. Com a expansão midiática das redes sociais e dos programas sensacionalistas, esses casos têm contornos mais polêmicos, acendendo maior fricção entre as dessemelhantes camadas da sociedade, sobretudo entre aqueles que, por sua condição, são entusiasmados, ainda que disfarçadamente, a submergir no orbe do crime. Em face disso, brota a contenda sobre a idade mínima da responsabilidade penal de um sujeito. Discussão que envolve não só questões jurídicas, mas sobremaneira, temas de criminologia, sociais e humanitárias. Logo, sobretudo em face de dados empíricos e em face do princípio da dignidade da pessoa posto na Carta Magna de 1988, considera-se um contrassenso reduzir a maioridade penal no Brasil.

Palavras-Chave: Maioridade Penal. Direito Penal Simbólico. Criminologia.

Currently, there are several situations in which children under eighteen years of age commit a specific criminal offense. With the media expansion of social networks and sensationalist programs, these cases have more controversial contours, sparking greater friction among the dissimilar layers of society, especially among those who, due to their condition, are enthusiastic, albeit in disguise, to submerge themselves in the orb of the world crime. In light of this, a dispute arises over the minimum age of criminal responsibility for a subject. Discussion that involves not only legal issues, but mainly, criminology, social and humanitarian issues. Therefore, especially in the face of empirical data and in view of the principle of the dignity of the person set out in the 1988 Constitution, it is considered absurd to reduce the age of criminal responsibility in Brazil.

Keywords: Criminal Majority. Symbolic Criminal Law. Criminology.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, com extensão pela Harvard University (EUA). Professor servidor do TJPR, mediador judicial, E-mail: damc@tjpr.jus.br.

Sempre que a sociedade brada por segurança pública, surge o legislador com anseio de dar uma célere resposta às vontades sociais e, com isso, muitas vezes criminaliza condutas ou aumenta penas sem nenhum fundamento criminológico e de política criminal, criando a ilusão de que resolverá o problema por meio da utilização da tutela penal.

A novidade legislativa em voga é a diminuição da maioridade penal dos dezoito para os dezesseis anos. Essa medida acarretará num aumento da demanda (mais presos), estrangulando o sistema judiciário, de modo que a reposta penal ficará cada vez mais precária e a descrença no funcionamento da justiça será cada vez maior. Isso nos leva a indagar se reduzir a idade penal é a única solução para a criminalidade?

O incremento da demanda não resolverá o problema da segurança pública. A diminuição da idade penal será mais desastrosa do que solução. A experiência diz que, sozinha, uma lei penal não resolve o problema da criminalidade. A mudança na maioridade penal não acrescentará mais policiais nas ruas, melhores estruturas na sociedade, melhorias na educação ou no ensino público, nada disso.

O que o legislador pretende, tão somente, é uma mudança na Constituição. São razões empíricas que provam isso. De 1940 até 2015 o legislador brasileiro aprovou 156 reformas penais. Nunca, nenhum crime, a médio prazo, diminuiu no Brasil. Portanto, se não temos a diminuição dos crimes por intermédio da mudança da lei, parece inócua imaginar que a mudança seguinte será diferente das outras 156 mudanças legislativas.

Além disso, o caminho da diminuição da maioridade penal vai de encontro ao visto em outros países. Como exemplo, na Escandinávia foi trabalhada a prevenção primária (que são as raízes do crime), ou seja, mexeram nas condições socioeconômicas da sociedade. Assim, por intermédio da melhoria no sistema educacional, como a escola de tempo integral, diminuíram a desigualdade social, conseguindo chegar à incrível taxa de um assassinato para cada cem mil pessoas, enquanto no Brasil são vinte e nove assassinatos para cada cem mil pessoas.

De outro giro, os EUA conseguiram diminuir a criminalidade em 50% nos últimos 20 anos apostando na prevenção secundária (que são os obstáculos ao crime), ou seja, mais segurança pública e mais policiais preparados nas ruas, saneando a polícia (com bons salários e exclusão dos corruptos). Esse alto índice de certeza do castigo fez diminuir o número de assassinatos.

Como se não bastasse, a diminuição da idade penal se mostra inconstitucional, posto que a Constituição Federal de 1988, em vários dispositivos, manda tratar o menor de maneira distinta do adulto, e o que se pretende com a redução da maioridade é justamente equipará-los. Assim ao atingir um direito fundamental, cláusula pétrea constitucional, tal reforma, se aprovada no Congresso Nacional, afrontaria a Carta Magna e poderia ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seu guardião.

Como visto, outros países do mundo conseguiram encontrar saídas racionais para o problema da criminalidade. Ao contrário, o legislador brasileiro, inflado pelos anseios imediatistas sociais, insiste no oposto. Aumentar a qualidade

do ensino educacional, diminuir a desigualdade social, incrementar programas preventivos de segurança pública, essas seriam medidas capazes de diminuir a violência do cotidiano. Propostas superficiais, formais, de mera alteração legislativa, como a diminuição da maioridade penal, em nada contribuiriam para a redução da criminalidade, pois não resolveriam, de fato, o problema da oferta de segurança.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica. *Penal y Estado*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, n. 1, set./dez. 1991.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. A maioria e a Maioridade Pena. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: síntese, v. 8, n. 43, abr/mai, 2007.