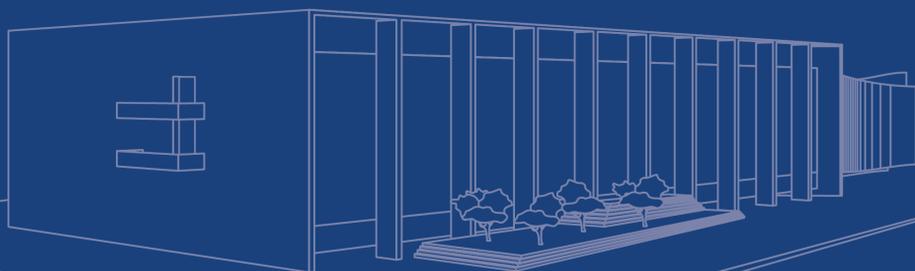


Revista da
 **ESMAPE**
Escola Judicial de Pernambuco

online

Volume 1 – Número 1, janeiro a junho 2022

ISSN 2675-7125





Revista da

ESMAPE
Escola Judicial de Pernambuco

online

Volume 1 – Número 1, janeiro a junho 2022

ISSN 2675-7125

Copyright Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares

Projeto gráfico: Marcos Costa

Revisão: Autores

A Revista da Esmape online divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

Sítio:

<https://www.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/revista-da-esmape/edicoes>

Revista da Esmape online/ Escola Judicial de Pernambuco
(Esmape). Ano I, n. 1, (2022-). – Recife : Esmape, 2022 -

Semestral

ISSN 2675-7125

1. Direito – Periódico. I. Escola Judicial de Pernambuco.

II. Esmape

CDD 340.05

Correspondências:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otílio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE | CEP 50.080-900

revista.esmape@tjpe.jus.br



TJPE

ESMAPE
Escola Judicial de Pernambuco

Mesa Diretora do Tribunal de Justiça De Pernambuco

Biênio 2022/2024

PRESIDENTE

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Antenor Cardoso Soares Júnior

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves (Em exercício)

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Diretoria da Escola Judicial de Pernambuco

Biênio 2022/2024

DIRETOR GERAL

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

VICE-DIRETOR GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

SUPERVISOR

Juiz Silvio Romero Beltrão

Conselho Editorial

DIRETOR GERAL

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

VICE-DIRETOR GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

Alexandre Freire Pimentel

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Ana Paula Lira Melo

André Vicente Pires Rosa

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Élio Braz Mendes

Éric Castro e Silva

Fernanda Moura de Carvalho

Fernando José Borges Correia de Araújo

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Frederico Ricardo de Almeida Neves

Gustavo Ferreira Santos

Hélio Sílvio Ourem Campos

Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho

João Maurício Adeodato

João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Jones Figueirêdo Alves

Jorge Américo Pereira de Lira

José Carlos de Arruda Dantas

José Fernando Simão

José Mário Wanderley Gomes Neto

José Ronemberg Travassos da Silva

Leonardo Carneiro da Cunha

Lúcio Grassi de Gouveia

Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Mauro Alencar de Barros

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Sérgio Torres Teixeira

Silvio Romero Beltrão

Teodomiro Noronha Cardozo

Torquato da Silva Castro Júnior

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

Venceslau Tavares Marília Montenegro Pessoa de Mello

Coordenação Técnica e Editorial

Joseane Ramos Duarte Soares

Apresentação

A Revista da Esmape, tradicional e prestigiada, passa doravante ao formato digital, em harmonia com o modo de ser contemporâneo.

No novo formato, reduzem-se custos e ampliam-se os horizontes.

De fato, via internet, multiplica-se o potencial de alcance da Revista.

Muda o formato, mas a ideia-força a ela subjacente continua a mesma: contribuir para a máxima efervescência intelectual possível no âmbito do debate jurídico, especialmente entre os magistrados e servidores do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Comemorando 35 anos de existência, e com a Revista agora digital, prossegue a Esmape na sua caminhada permanente em busca da excelência.

Desembargador **Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello**
Diretor-geral da Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
Presidente do Conselho Editorial da Revista da Esmape

Sumário

Doutrina

Magistrados

- **Análise sobre a possibilidade de execução da sentença declaratória de improcedência**
Alexandre Freire Pimentel
Lúcio Grassi de Gouveia 10

- **A instalação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher como forma de garantir a eficácia da lei Maria da Penha. Aplicação de princípios de justiça restaurativa no combate à violência doméstica e sexista**
Clécio Camêlo de Albuquerque 32

- **Eutanásia: questão de bioética e de biodireito importantíssima**
Edison Tetsuzo Namba 54

- **A taxatividade do rol de procedimentos da ANS: uma visão à luz da prática processual**
Eduardo Perez Oliveira 74

- **O ideal de igualdade e a violência contra a mulher**
Flávia Fabiane Nascimento Figueira 102

- **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**
Frederico Ricardo de Almeida Neves 118

- **Dos limites à fungibilidade entre os embargos à execução e a exceção de pré-executividade: o papel da jurisprudência**
Jorge Américo Pereira de Lira 140

- **Os impactos do negócio jurídico no Novo CPC**
Marcos Franco Bacelar 158

- **Justiça Penal Internacional: proteção transnacional dos Direitos Humanos**
Teodomiro Noronha Cardozo
Jaqueline Micaelly Galindo 190

- **Acesso à justiça: visão sistêmica para racionalizar e fomentar essa garantia constitucional**
Triago Tristão Lima 220

Servidores

- **O conceito de direito dos povos na carta de Banjul e sua possível incorporação no contexto da América Latina**
Âni Medeiros Alves de Queiroz 240

- **Direitos Humanos da Criança: considerações sobre sua construção sócio-histórica**
Débora Oliveira de Medeiros 264

Público externo

- **Métodos consensuais de resolução de conflitos: a terceira onda renovatória de acesso à justiça tem reduzido o engarrafamento judicial?**
Alexandre de Paula Filho
Rafael Alves de Luna
José Mário Wanderley Gomes Neto 266

- **O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e a judicialização da saúde pública brasileira: em busca do direito à saúde e do acesso aos medicamentos**
Yasmin Lira Melo Ferreira 320

Prática Forense

- **Sentença Criminal: O Caso dos Certificados Falsos e a Corrupção no Sistema Penitenciário do Amapá**
Diego Moura de Araújo 352

DOUTRINA

Alexandre Freire Pimentel
Lúcio Grassi de Gouveia

ANÁLISE SOBRE A
POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
DA SENTENÇA DECLARATÓRIA
DE IMPROCEDÊNCIA

ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DE IMPROCEDÊNCIA

Alexandre Freire Pimentel

Mestre e Doutor em Direito pela FDR-UFPE, com pós-doutorado pela Universidade de Salamanca – Espanha. Professor do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco (FDR-UFPE). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Consultor *ad-hoc* da CAPES

Lúcio Grassi de Gouveia

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

RESUMO

Recorrendo ao método bibliográfico, conjugado com a análise legislativa e jurisprudencial, este artigo propõe-se a perfazer uma análise histórica das taxonomias sobre as ações e as sentenças com o objetivo de demonstrar que a sentença de improcedência proferida na ação declaratória detém eficácia executiva.

Palavras-chave: Sentença declaratória – evolução - título executivo.

ABSTRACT

Using the bibliographic method, combined with legislative and jurisprudential analysis, this article proposes to carry out a historical analysis of taxonomies on actions and sentences in order to demonstrate that the judgment of dismissal handed down in the declaratory action has executive effectiveness

Keywords: Declaratory sentence - evolution - enforceable title.

INTRODUÇÃO

A partir de uma análise histórica das taxonomias sobre as ações e as sentenças, demonstrar-se-á que a tradição do direito processual civil brasileiro considerava que a sentença proferida nas ações declaratórias, mesmo quando procedente o pedido, não irradiava eficácia executiva, sobretudo em razão de o primitivo art. 584, I do CPC de 1973, estipular que somente as sentenças ‘condenatórias’ proferidas no processo civil eram consideradas títulos executivos judiciais. Entretanto, ainda sob a égide do CPC antecedente, a jurisprudência evoluiu e passou a admitir que as sentenças declaratórias também poderiam deter eficácia executiva, quando contivessem em seu bojo todos os requisitos típicos de uma sentença condenatória, isto é, tão somente quando representassem uma ‘condenação implícita’.

Isso se deveu, sobretudo, ao fato de a lei nº 11.232/05 haver revogado o art. 584, o qual foi substituído pelo art. 475-N, do CPC-1973, tendo o seu inciso I apresentando-se como a base hermenêutica para a construção lógica da premissa de que a sentença declaratória pode irradiar eficácia executiva, pois tal dispositivo passou a considerar como título

executivo judicial não apenas a sentença condenatória, mas, igualmente aquela proferida o processo civil, que representasse uma obrigação de fazer, não fazer ou pagar quantia em dinheiro, superando a antiga redação do revogado art. 584, I, do código de 1973.

O objetivo central deste trabalho, portanto, consiste em tentar demonstrar tanto a possibilidade de execução da sentença declaratória de procedência quanto a da sentença de improcedência, realçando que a base teórica dessa permissão deriva do caráter dúplice das ações declaratórias, pelo qual se permite à parte ré o exercício de verdadeira pretensão de direito material contra a parte autora no âmbito da mesma relação processual, independentemente de reconvenção e que, em certas situações, atribui ao demandado-vencedor a prerrogativa de executar o autor nos mesmos autos, com mera inversão de polaridade e sem necessidade de propositura de ação distinta para tal desiderato.

Ademais, também em razão da idoneidade do meio de certificação da existência da obrigação declarada, intenta-se denotar a incoerência teórica que consiste em se atribuir força executiva a determinados títulos executivos extrajudiciais, os quais são firmados exclusivamente pela participação de particulares e totalmente desprovidos de caráter 'condenatório implícito'; e, *pari passu*, negar-se a mesma eficácia a um provimento jurisdicional meritório, transitado em julgado, e que se apresenta como meio inequívoco de certificação da obrigação construído em procedimento **dialógico** que garante o direito ao contraditório e à ampla defesa, como todos os meios e recursos a ela inerentes.

Será, ainda, enfrentada a problemática da liquidação da sentença de improcedência, com realce para a questão da legitimação do réu para demandar o autor sucumbente no incidente liquidatório, quando necessário.

1 CLASSIFICAÇÕES DAS SENTENÇAS E A FORMAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

As classificações das sentenças mantêm uma relação consequencial silogística e direta das taxonomias construídas sobre as ações. Assim, se tomarmos como exemplo a clássica teoria ternária concebida pelos alemães na era do cientificismo processual, as ações ou são declaratórias, ou constitutivas, ou condenatórias; daí, as sentenças seguirem o mesmo critério, enquadrando-se numa das subclasses (WACH: 1962, p. 40).

A teoria ternária, que preponderou no Brasil durante vários anos, e prepondera, ainda, em vários sistemas processuais, como o espanhol, por exemplo, leva em consideração a autonomia do sistema processual em face do de direito material, para distinguir as diferentes classes de ações e de sentenças (MURITIBA: 2006, pp. 299).

O problema principal dessa classificação, no entanto, não deriva da tripartição da tutela jurisdicional em si, mas, maiormente, no detalhe pelo qual apenas as sentenças condenatórias são dotadas de eficácia executiva. E, mais do que isso, mesmo as sentenças condenatórias para irradiar eficácia executiva haviam de respeitar o *tempus iudicati* e, ademais, a execução somente se concretizava através da recorrência a uma segunda ação, a *actio iudicati*.

Tal sistema, além de trinitário e de somente conferir eficácia executiva às sentenças condenatórias, também era bifásico e marcadamente ressarcitório, no sentido de que a satisfação da pretensão no plano processual requeria duas ações: uma para condenar e outra para satisfazer a pretensão declarada, na tentativa de recompor um prejuízo previamente sofrido. Como percebeu Ovídio Baptista, a função de *dizer o direito* no processo de conhecimento ordinarizou-se, no sentido de que, via

de regra, limitava-se ao acertamento por meio de sentenças de declaração, constituição ou, no máximo, condenação: “[...] o que denominamos de ‘universalização’ da ação condenatória, o que outra coisa não é senão o correspondente predomínio absoluto da *actio romana* e de seu respectivo procedimento, com supressão da tutela interdita” (BAPTISTA DA SILVA: 1997, p. 181).

Essa sistemática restou adotada em nosso CPC de 1973, de forma explícita, em seu artigo 584, I, pelo qual apenas as sentenças condenatórias proferidas no processo civil constituíam-se enquanto título executivo. Noutra ponta, a teoria quinária desenvolvida por Pontes de Miranda pressupõe a inexistência de ações ‘puras’; as ações distinguem-se umas das outras em razão da carga eficaz preponderante em cada classe, sendo que a distinção entre elas é construída a partir do direito material em contraposição ao exercício do poder jurisdicional. Nesse sentido, esclarecia Pontes: “O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material” (MIRANDA: 1976, pp. 206-207).

Porém, assim como a teoria ternária, a classificação quinária também pressupõe que a distinção entre as ações deve ser construída a partir da admissão da procedência da ação, se apenas o plano material for considerado, ou a procedência do pedido, quando transposto o problema para a seara processual (MIRANDA: 1976, pp. 206-207). A teleologia inicial da tutela de conhecimento no sistema processual de Buzaid, isto é, ainda no CPC de 1973, consistia apenas na justificativa pela qual o processo cognitivo (regido pelo procedimento comum) visava a resolver a lide sem satisfazer a pretensão da parte autora. Isto perdurou até o advento da lei nº 8.952/94, que introduziu no CPC-1973 o instituto da antecipação

dos efeitos da tutela (genérica e específica) no âmbito do procedimento comum, instituto que deu início ao processo de miscigenação entre as tutelas jurisdicionais, porquanto mesclou cognição e execução na mesma relação processual.

Não obstante, a doutrina brasileira preservou a concepção romana dualista de processo atrelada à teoria ternária das ações, ainda que por oblíqua inspiração germânica, segundo a qual somente as sentenças condenatórias eram capazes de aparelhar as execuções, as quais se efetivavam através de outra relação processual (a propósito, vide: REsp 43674/SP - 1994/0003054-1). Nessa senda, isto é, sobre o problema da exequibilidade da sentença declaratória, João Batista Lopes, em 1982, posicionou-se contrariamente, escudando-se em doutrina alemã, em Alcides Mendonça Lima e em Pontes de Miranda, dentre outras razões, justificava o autor, que o art. 584, I, do CPC-1973 mencionava apenas a sentença condenatória como título executivo: “Entre nós, também, é pacífico o entendimento de que a sentença declaratória vale apenas como preceito, não comporta execução forçada. Nesse sentido, claro é o texto do art. 584 do CPC [...]” (LOPES: 1994, pp. 101-102).

Athos Gusmão Carneiro, a propósito, observou que nessa sistemática do CPC de 1973, “[...] o credor insatisfeito era obrigado a bater duas vezes às portas da Justiça: na primeira vez, para que o Judiciário fizesse o acertamento de seu direito; depois, vitorioso no processo de conhecimento, deveria voltar com nova demanda, com base na sentença e rogando a prática de atos executivos” (CARNEIRO: 2008, p. 138). Foi nesse mesmo panorama que o Superior Tribunal de Justiça considerou que “A ação declaratória não admite qualquer execução subsequente, a não ser relativamente a honorários e custas. Não é de natureza condenatória o dispositivo da sentença que julgou a ação declaratória”, (STJ: REsp 476703 / RS - DJ 10/03/2003 p. 136).

2 A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA FORMAÇÃO EXCLUSIVA DO TÍTULO COMO DECORRÊNCIA DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS DE PROCEDÊNCIA

A crise do tempo da duração do processo para a satisfação do vencedor na demanda, no processo civil brasileiro, que, aliás, não derivava da adoção do sistema dual, mas, sobretudo, do efeito suspensivo dos recursos e dos embargos à execução (art. 739 do CPC/1973), funcionou como instrumento de pressão sobre os tribunais e sobre o parlamento brasileiro para que fosse revista a adstrição da eficácia executiva apenas às sentenças condenatórias. A primeira grande onda de reformas do CPC, teve início em meados da década de noventa e foi marcada pela adoção da técnica de antecipação dos efeitos da tutela, com o intuito de precipitar a eclosão de efeitos fáticos da sentença de mérito, provisoriamente. Em seguida, em 2002, uma segunda onda reformista, instituída pela lei nº 10.444/02, tornou dispensável a ação executiva para efetivar sentenças que tivessem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, por sugestão de Teori Zavascki (2003, p. 12).

Tais alterações, por si sós, cambiaram substantivamente as bases sistemáticas do CPC de 1973 (RIBEIRO: 2003). A doutrina passou a questionar se as ações de obrigação de fazer, não-fazer e entregar coisa teriam migrado da categoria de condenatórias para mandamentais ou executivas *lato sensu*, (FERREIRA: 2002, p. 252. No mesmo sentido: ZAVASCKI: 2003, p. 12). Isso teria ocorrido em razão de as sentenças de procedência dessas ações terem passado a ser executadas dentro da mesma relação processual, sem a necessidade de instauração da ação de execução, o que representaria a instauração do sincretismo processual.

Em que pese o avanço legislativo rumo ao sincretismo processual, a derrocada do tabu, pelo qual apenas as sentenças

condenatórias poderiam aparelhar a execução, iniciou-se pela construção pretoriana, quando os tribunais passaram a admitir que também as sentenças declaratórias poderiam ensejar a execução forçada, porém sob o fundamento de que isso somente seria possível quando tais sentenças contivessem uma “condenação” implícita (STJ: REsp 544189 / MG - DJ 28/04/2004 p. 234). Perceba-se que, desde então, a jurisprudência passara a admitir a execução da sentença declaratória, mesmo antes da revogação do art. 584 do CPC/1973 (que limitava a execução às sentenças condenatórias). Nessa senda, Luiz Rodrigues Wambier (2006: p. 43) observara que:

[...] na jurisprudência do STJ, julgados no sentido de que a sentença declaratória que contém todos os elementos da obrigação (ou a ‘definição integral da norma jurídica individualizada’, como se afirma em um dos precedentes neste sentido) é título executivo.

Mais tarde, em 2006, uma terceira grande reforma alterou substancialmente o CPC, através da lei nº 11.232/05¹, desde então também sentenças que tinham por objeto obrigações de pagar quantia certa em dinheiro passaram a ser executadas no âmbito da mesma relação processual de conhecimento, sem necessidade de propositura da ação executiva.

A partir daí, ressalvadas algumas poucas exceções como a execução contra a Fazenda Pública e a execução por dívida alimentícia, por exemplo, as quais não se submeteram ao regime instituído pela lei nº 11.232/2005, o sistema processual tornou-se, enfim, sincrético e unitário, porquanto consubstanciou uma miscigenação de diferentes tipos de tutela numa única relação processual, e também porque possibilitou a execução das sentenças nessa mesma relação. O sistema dual, que no período romano da *cognitio extra ordinem* representou um avanço humanístico

1 A Lei nº 11.232, apesar de promulgada em 2005 só entrou em vigor em 2006.

significativo, à medida que “Deixou a execução de ser pessoal, penal, universal e coletiva, para ser preponderantemente patrimonial, satisfativa, restrita aos bens capazes de satisfazer o credor e singular”, fora em 2006 substituído por uma sistemática distinta, porém não inovadora (GRECO: 1999, p. 25).

O CPC-2015, por sua vez, ampliou o âmbito do sincretismo processual, porquanto incluiu a execução contra a Fazenda Pública (NCP, art. 534) e a execução de dívida alimentícia (NCP, art. 528) no sistema de cumprimento de sentença. A miscigenação processual perpetrada no Brasil assemelha-se ao fenômeno observado durante a Idade Média, que restou caracterizado pela adoção da *executio per officium iudicis*, ou seja, enquanto mera fase do procedimento condenatório prévio, no qual a *actio iudicati* sobreviveu apenas para os casos de sentenças ilíquidas e outras hipóteses excepcionais (LIEBMAN: 1980, pp. 24-28 - CARNEIRO: 2008, p. 138), tal qual se deu no medievo, a recorrência a *executio per officium iudicis* adotada no Brasil, lastreou-se nas mesmas motivações, como observou Liebman (1980: pp. 28-29), vejamos:

Proferida a condenação, torna-se possível a execução. Mas por que meios? A *actio iudicati* indicada pelas fontes romanas, significando proposição de novo processo contraditório e portanto formalidade demorada e protelatória, foi relegada para casos excepcionais (...) nos casos normais era suficiente simples requerimento para que o juiz, sem a audiência do devedor e lançando mão das faculdades e deveres inerentes ao seu ofício, praticasse os atos necessários a assegurar a execução da sentença por ele proferida.

Mas, para o que nos interessa neste trabalho, impende reforçar que a lei nº 11.232/05 quebrou o paradigma de que apenas as sentenças condenatórias proferidas no processo civil poderiam ensejar execução. A restrição que existia no CPC-1973, art. 584, I, foi revogada pela

lei em questão, que disciplinou a matéria no dispositivo substitutivo, artigo 475-N, I, do CPC-1973 após a vigência da lei nº 11.232/2005, pelo qual, consideram-se títulos executivos, “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Essa sistemática quedou-se referendada e ampliada no CPC/2015, à medida que o art. 515, I, passou a considerar título executivo judicial não apenas as sentenças, mas as “decisões” que reconheçam a exigibilidade das obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia certa em dinheiro. A expansão do efeito executivo para todas as classes de sentenças e decisões que reconheçam a exigibilidade da obrigação litigiosa, ainda durante a vigência do CPC/1973, não decorreu de um presumível efeito condenatório implícito, porém da idoneidade do meio certificatório e da essência factual do direito material reconhecido.

3 A SUPRESSÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL NO NCPD E A RESOLUÇÃO DA QUESTÃO PREJUDICIAL

A ação declaratória foi regulada pelos arts. 4º, 5º e 325 do CPC-1973 e nos arts. 19 e 20 do CPC-2015, nos seguintes termos:

CPC-1973	CPC-2015
<p>Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito. Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença. Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).</p>	<p>Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento. Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.</p>

A ação declaratória incidental foi excluída do CPC/2015. Conquanto a versão originária do Projeto já a excluía, ela voltou a constar do art. 20 do Projeto do CPC, nos seguintes termos: “Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará por sentença, com força de coisa julgada”. Entretanto, na fase final de discussão sobre o Projeto, prevaleceu a intenção inicial elucubrada no Senado Federal, no sentido da supressão da ação declaratória incidental. De fato, desde o início do PLS nº 166/2010, Luiz Fux já alertava que “Não há mais a ação declaratória incidental nem a ação declaratória incidental de falsidade de documento, bem como o incidente de exibição de documentos” (FUX: 2010, p. 24).

No CPC/2015, portanto, a resolução da questão prejudicial restou regulamentada no art. 503, pelo qual a decisão que julgar o mérito, parcial ou integralmente, terá força de lei consoante os lindes da questão principal que for expressamente decidida. Essa regra aplica-se à questão prejudicial que for decidida incidentalmente no processo, desde que o julgamento do mérito dependa da resolução da questão incidental, bem como que tenha havido o contraditório pertinente a tal questão e que o juízo seja competente em razão da matéria e da pessoa para decidir a questão incidental como questão principal. Importa esclarecer que a norma de direito intertemporal constante do art. 1.054 do NCPD, aclara que essa regra do art. 503 apenas será aplicável aos processos promovidos após a vigência do código de 2015, os anteriores continuarão a reger-se pelos arts.: 5º, 325 e 470 do CPC-1973.

4 O CARÁTER DÚPLICE DA AÇÃO DECLARATÓRIA É FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA A EXECUÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA

Ação declaratória caracteriza-se por visar a um pronunciamento judicial sobre: a existência ou inexistência de uma relação jurídica; falsidade ou autenticidade de um documento. Outra nota distintiva da ação declaratória é que a prévia violação do direito material não se apresenta como pressuposto de admissibilidade da ação e, conseqüentemente, da procedência do pedido. Mas, Pontes esclarece, com notável precisão, que o fato de a ação declaratória não pressupor a prévia violação do direito não induz à conclusão de que a *actio* respectiva (ação de direito material, da qual Windscheid construiu o conceito de pretensão) também dispense a violação, vejamos:

Na 'ação' declaratória, diz-se, não há o pressuposto da violação. Mas há de haver violação, para haver *actio*. Lá não está apenas a pretensão de direito material (não confundir com pretensão à tutela jurídica), sem ação. Há a pretensão à tutela jurídica mais a pretensão e a ação criadas pelo texto de lei especial (MIRANDA: s/d, p. 93).

Apesar de todas as ações possuírem eficácia declaratória, na medida em que toda e qualquer sentença declara alguma coisa, o que distingue essa espécie das demais é que nela se observa uma preponderância do efeito 'declaração' sobre os demais. E isso decorre da análise do pedido mediato, pois que refere à relação jurídica de direito material discutida, isto é, quando a pretensão 'limita-se', como dizem o artigo 4º do CPC-1973 e o art. 19 do CPC/2015, à declaração. Por sua vez, o interesse de agir na ação declaratória deriva da demonstração de sua viabilidade em abstrato, "Para a configuração do interesse de agir basta que a demanda seja viável no plano objetivo, circunstância verificada *in abstracto assertiois* (BRASIL, TJMG, Apelação Cível: 10024102393170003 MG – 2018). Quando a postulação dirigida ao sítio de direito material, postulação mediata, volta-se para algo mais que a declaração, e quando essa outra eficácia sobrepuja a pretensão declarativa, constata-se uma exorbitância ao âmbito dessa espécie, pois a preponderância eficaz passarà a ser

outra o que importará em inserção da ação noutra tipologia (MIRANDA: 1970, p. 217).

O fato de as ações declaratórias possuírem caráter dúplice viabiliza a possibilidade de execução invertida, ou seja, do réu contra o autor – na mesma relação processual – com mera inversão de polaridade, na hipótese de improcedência. A admissão dessa premissa importa no reconhecimento de que as ações declaratórias apresentam-se primordialmente como uma ‘categoria’ típica do direito processual, adveniente, em especial, da desnecessidade de reconvenção para o reconhecimento quanto à existência de pretensão de direito material ao réu, a qual se verifica e se extrai unicamente do ato de contestar a demanda. Para fundamentar essa assertiva, tomemos o exemplo da ação declaratória de inexistência de dívida julgada improcedente, apontado por Torquato de Castro, para quem o interesse processual do réu na declaração meritório-negativa exerce-se, simplesmente, pela contestação, vejamos:

[...] a instauração da demanda pelo autor importa – quanto incerto o seu direito – no surgimento do interesse, da parte do réu, na declaratória negativa dêsse mesmo direito, irrogado pelo autor. A postulação dêsse pedido, de uma declaratória negativa por parte do réu, se exerce pela simples contestação, ou defesa, sem necessidade de pedido especial, que não seja o pedido típico da defesa: o da declaração de improcedência do pedido do autor” (CASTRO: 1955, pp. 66-67).

Nesse caso, em razão do caráter dúplice dessa ação, implicitamente há de reconhecer-se um efeito declarativo reverso – mas não condenatório, simplesmente declarativo - quanto à existência da dívida, por elementar obviedade. Assim, resta também implícito o efeito executivo inverso, que, por seu turno, irradia e outorga eficácia satisfativa à ação declaratória e permitirá ao réu (vencedor) pleitear ao juiz a execução

da sentença, fundamentado no art. 475-N, I do CPC de 1973 e 515, I do CPC/2015. De se notar que inclusive Pontes, quando dissertava sobre a ação declaratória, admitia que “[...] tanto o réu quanto o autor têm pretensão à tutela jurídica (MIRANDA: 1970, p. 9)”. E mais: se o autor pede que se declare que ele não deve ao réu determinada quantia e o juiz, ao enfrentar o mérito, rejeita o pedido, essa mesma sentença declara, entrelinhas, sem a mais mínima dúvida, a existência de dívida de quantia já determinada ou a determinar-se através de procedimento de liquidação de sentença, restando inútil ou pelo menos ociosa a propositura de processo distinto para tal fim.

Essa hipótese comprova que o réu/credor conquanto não tenha exercitado sua pretensão por ação distinta, mas na própria contestação, passa a deter inequívoco direito à execução da sentença, na medida em que a declaração irradia a presunção de certeza quanto à existência do crédito. Nesse contexto, e após o trânsito em julgado, a sentença declaratória líquida formalizar-se-á como um nítido título executivo, considerando que se reveste de todos os requisitos estabelecidos pelo CPC-1973, arts. 586 c/c 475-N, I, e arts. 783 c/c 515, I, do CPC/2015.

A exigibilidade desse título advém do dever instituído pelo artigo 394 do CC, segundo o qual se considera em mora o devedor que não efetuar o pagamento no lugar e na forma que a lei ou a convenção estabelecer. É daí que se extrai a eficácia executória da sentença declaratória. Quando o juiz julga procedente o pedido na declaratória de existência de obrigação, ou improcedente no caso da declaratória de inexistência de obrigação, o que está a dizer o julgado é que o réu deve, na primeira hipótese, e que o autor deve, na segunda. Resta indubitável que estarão, portanto, em ‘mora’, desde que a ação tenha sido manejada após a violação do direito ou que tal lesão tenha surgido na pendência da demanda, e por estarem em mora podem ser submetidos à execução forçada.

5 DO DIREITO À LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DE IMPROCEDÊNCIA: CONSIDERAÇÕES FINAIS

O revogado art. 570 do CPC-1973 permitia a execução invertida. Mesmo com a sua revogação, a doutrina continuou a considerar, no entanto, que a regra desse dispositivo ainda era exercitável (ASSIS: 2006, p. 112). Mas, percebe-se, que o dispositivo em questão (art. 570 do CPC-1973) regulava a hipótese na qual o réu havia sido condenado e pretendia liberar-se da obrigação. Por óbvio, não é disto que estamos a tratar, a execução invertida regulada pelo revogado art. 570 do código Buzaid assemelhava-se a uma ação de consignação em pagamento, fato que levou Humberto Theodoro Júnior a afirmar que: “O devedor tem não apenas o dever de cumprir a condenação, mas também o direito de liberar-se da obrigação” (THEODORO JÚNIOR: 2006, p. 188).

Interessa-nos, porém, o reconhecimento doutrinário segundo o qual “A todo devedor interessado em adimplir a dívida, e a todo credor interessado em realizar seu crédito, atribui-se pretensão a liquidar, ou seja, a individualizar o objeto da prestação” (ASSIS: op. cit, p. 104). Interessa mais ainda o fato de tanto o CPC-1973 não ter restringido a legitimidade para a liquidação da sentença ao autor da demanda. Ao contrário, o art. 475-A do CPC-1973 rezava que “Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação”. O § 1º do mesmo artigo, por sua vez, estabelecia que “Do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado”. Nesse particular o CPC/2015 progrediu à medida que expressamente permite que a liquidação seja requerida tanto pelo autor quanto pelo réu; mas não evoluiu na medida em que menciona que a liquidação terá lugar quando a sentença “condenar” ao pagamento de quantia ilíquida, *verbis*: “Art. 509 - Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor”.

O fato de o art. 509 usar o verbo ‘condenar’, ao tratar da liquidação de sentença, não significa isto que somente serão passíveis de liquidação as sentenças condenatórias, considerando que o art. 515, I, extirpa qualquer dúvida no sentido de que: “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”.

É óbvio que o art. 509 do CPC/2015 há de ser interpretado de forma sistêmica, submetido ao comando do art. 515, o qual expressa a tendência teleológica iniciada com a lei nº 11.232/2005 e mantida pela lei nº 13.105/2015, no prumo da progressão no reconhecimento de que são títulos executivos não apenas as sentenças condenatórias, mas qualquer uma que reconheça a exigibilidade da obrigação. Em assim não sendo, estaríamos diante de uma verdadeira teratologia processual, porquanto apesar de o NCPC permitir a execução de sentenças distintas das condenatórias somente o teria admitido se tais sentenças fossem líquidas. Seria o mesmo que permitir o mais (a execução) o proibir o menos (a liquidação). Assim, a aparente contradição deve ser superada com o argumento de que a interpretação sistêmica supera contradições literais de dispositivos constantes de uma mesma lei, tendo-se em vista sempre o escopo teleológico e axiológico da proteção efetiva, tempestiva e eficiente das tutelas.

A possibilidade de o réu vencedor na demanda poder alternar a polaridade processual e executar o autor perdedor quedava-se expressamente admitida também no CPC de 1973. Nesse sentido, o art. 811 permitia ao réu, que sofria prejuízo em razão da concessão de medidas cautelares, executar o autor nos mesmos autos do procedimento cautelar, com inegável inversão de polaridade processual. No mesmo sentido, podia o réu da execução provisória executar o autor da execução

quando sobreviesse acórdão que modificasse ou anulasse a sentença exequenda (CPC, art. 475-O, II). Esses dois últimos casos, independiam de ação específica. Tais regras restaram reforçadas no CPC/2015: o art. 302 prescreve que a liquidação decorrente de prejuízos causados pelas tutelas de urgência devem ser liquidados nos mesmos autos; e o art. 520, II manda que se liquidem nos mesmos autos os prejuízos derivados da execução provisória. Nos dois casos há inversão de polaridade processual.

Negar a possibilidade de o réu da ação declaratória de inexistência de dívida julgada improcedente, assim como nas demais ações declaratórias negativas de obrigações improcedentes, poder executar o autor é o mesmo que outorgar mais força a um título de crédito do que a uma sentença judicial, pois as promissórias e as duplicatas, por exemplo, apenas certificam a existência do crédito, não contêm preceito condenatório algum e, apesar disso, são títulos executivos com a mesma força expropriatória de uma sentença, simplesmente porque nesses casos a exigibilidade advém do direito civil material, que considera em mora o devedor que não quitar sua obrigação no prazo convencionado ou estipulado pela lei. Pensar de outra forma seria o mesmo que penalizar injustamente o credor, obrigando-lhe a recorrer ao judiciário para buscar a certificação de um direito já certificado em outra demanda com iminente risco de sua pretensão ter sido atingida pela prescrição.

Em suma, a sentença de procedência nas ações declaratórias típicas/positivas e a sentença de improcedência nas ações declaratórias típicas/negativas, em especial nas de inexistência de dívida ou de qualquer outra obrigação, proclamam, tais sentenças, a existência do direito material, em favor do autor, no caso da primeira hipótese, e em prol do réu na segunda situação. Logo, uma vez, certificada a existência do direito, podem as sentenças declaratórias ser executadas sempre que ocorrer a violação do direito declarado e sempre que a obrigação de direito material

for susceptível de execução no plano processual, e o podem com muito mais rigor e segurança jurídica do que as execuções aparelhadas com títulos executivos extrajudiciais.

E como a violação do direito não é um pressuposto de admissibilidade da ação declaratória, sempre que a sentença declarar a existência de uma obrigação cujo sujeito passivo ainda não tenha incorrido em mora, seja em prol do autor no caso de declaratória positiva, ou em favor do réu, na hipótese de declaratória negativa, tal sentença será de natureza condicional (condição suspensiva) e somente logrará eficácia executiva mediante a superveniência da mora, precisamente como o prevê o art. 514 do CPC/2015. No caso, o prazo para a verificação da prescrição da execução somente fluirá a partir da mora do devedor, considerando que o art. 199 do código civil estatui que não corre a prescrição enquanto pender condição suspensiva (inciso I); ou enquanto não estiver vencido o prazo para o cumprimento da obrigação (inciso II). Ao cabo, cumpre adicionar que o CPC/2015 adotou norma processual fundamental em seu art. 4º, segundo a qual “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O princípio da *sententia habet paratam executionem* e a multa do art. 475-J do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 164, 2008.

CASTRO, Torquato de. **Escritos jurídicos**. Recife, 1955.

FERREIRA, Willian Santos. **Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 1 v.

LIEBMAN. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MURITIBA, Sérgio. **Ação executiva lato sensu e ação mandamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. 1. v. t. 1.

_____. **Relação jurídica processual**. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, n. 48. Rio de Janeiro: Borsói, p. 93.

_____. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. **Revista Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça**. Vide: www.cjf.org.br.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. www.stj.jus.br. Acesso: jan.2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Tradução de Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI. **Liquidação e execução**. Comentário às reformas do CPC. *Jornal da Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF*. Brasília: Março/2003, n. 35.

Glécio Camêlo de Albuquerque

A INSTALAÇÃO DE JUIZADOS
DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E
FAMILIAR CONTRA A MULHER
COMO FORMA DE GARANTIR
A EFICÁCIA DA LEI MARIA
DA PENHA. APLICAÇÃO DE
PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA
RESTAURATIVA NO COMBATE À
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEXISTA

A INSTALAÇÃO DE JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER COMO FORMA DE GARANTIR A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA. APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEXISTA

Clécio Camêlo de Albuquerque

Juiz Titular da 2ª Vara Cível de Belo Jardim desde 01/02/2018. Servidor do Tribunal de Justiça de Pernambuco entre 2002 e 2010. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Advogado entre 2010 e 2013. Analista judiciário (Área Judiciária) do TRF da 5ª Região entre 2013 e 2016. Pós-graduado em Língua Portuguesa pelo Instituto Filadélfia – FACOTTUR.

RESUMO

A Lei Maria da Penha foi concebida com o intuito de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, restaurando o modelo punitivo de justiça, permeado por princípios de justiça restaurativa. O modelo restaurativo de justiça permite que as partes envolvidas no conflito participem ativamente da resolução do problema. Aos crimes submetidos à incidência da Lei 11.340/06 é proibida a aplicação de pena de multa ou exclusivamente pecuniária. A instalação de órgãos judiciários especializados no combate à violência doméstica e sexista, dotados de equipe multidisciplinar, é a melhor maneira de combater esse tipo de crime, evitando a reincidência.

Palavras-chave: Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

Maria da Penha's Law was conceived with the aim of preventing and curbing domestic and familiar violence against women, as it restores the punitive model of justice, permeated by the principles of restorative justice. The restorative model of justice allows both sides involved in the conflict to participate actively in the solution of the problem. To the crimes subjected to the law 11.340/06 is prohibited imposition of penalty of fine or solely in cash. The creation of specialized judicial courts in combating domestic and sexist violence, gifted with a multidisciplinary team is the best way to combat such crimes, avoiding the recidivism.

Keywords: Domestic violence. Maria da Penha Law. Restaurative Justice.

1 INTRODUÇÃO

Tomando-se como base teórica a conclusão de que o direito nasce dos fatos, o estudioso das ciências sociais, em especial a ciência jurídica, deve ter diferenciada atenção às situações fáticas que fundamentam a elaboração de teorias, sejam elas oriundas das relações sociais ou mesmo jurídico-processuais. Partindo dessa premissa, o legislador, atento às contemporâneas mutações ocorridas nas relações sociais e familiares, bem como as questões envolvendo violência doméstica e/ou familiar que são postas à análise do Poder Judiciário, concebeu a Lei nº 11.340/06, também nomeada Lei Maria da Penha.

Antes da edição da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, a maior parte dos delitos (crimes ou contravenções penais) que tinham como sujeitos da relação processual o homem e a mulher, unidos por

laços de parentesco ou afetividade, era decidida pelos Juizados Especiais Criminais, vez que, considerados em conjunto, as contravenções penais, os crimes contra a honra, as ameaças e as lesões corporais leves perfaziam a quase totalidade dos delitos cometidos no âmbito doméstico ou familiar. Por sua vez, todos esses crimes tinham, antes da vigência da Lei Maria da Penha, pena máxima igual ou inferior a 02 (dois) anos, sendo, portanto, o seu processo e julgamento da competência dos Juizados Especiais Criminais Estaduais (art. 61, da Lei nº 9.099/95), que primam pela conciliação entre as partes e a reparação pecuniária como forma de resolução da lide.

Pois bem, o tema, objeto deste trabalho, surgiu justamente da mudança legislativa concernente ao processo e às sanções impostas aos condenados em ações penais submetidas à incidência da Lei nº 11.340/06 e de como a atuação dos magistrados, juntamente com a equipe multidisciplinar, prevista no art. 29 dessa lei, poderá contribuir para uma restauração das relações domésticas e parentais, maculadas pela ocorrência de conflitos intrafamiliares sujeitos à intervenção do Poder Judiciário.

A comunidade acadêmica ainda não está plenamente familiarizada com as peculiaridades da legislação enfocada, apesar de já estar em vigor há mais de 10 (dez) anos. Consequentemente, não conseguiu dar respostas satisfatórias a todas as questões relativas à Lei nº 11.340/06 suscitadas no meio social, principalmente no que tange à reincidência dos agentes, daí a importância da discussão proposta no presente trabalho.

Apesar da aparente simplicidade do problema, as questões que informam a controvérsia são de suma importância para o equilíbrio do próprio Estado (com repercussões nas relações intrafamiliares), em especial os poderes Judiciário e Executivo, responsáveis pela aplicação da sanção penal e pela restauração do condenado, respectivamente.

2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Antes de adentrar no estudo da aplicação prática de princípios da justiça restaurativa aos casos de violência contemplados na Lei Maria da Penha, é necessário deixar claro que essa norma somente incide sobre os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Parece descabida tal observação, mas não o é, haja vista que a violência doméstica e familiar tendo como vítimas pessoas do sexo masculino não foi contemplada pela Lei nº 11.340/06.

Conforme artigo do autor:

... a lei também não tratou de toda e qualquer violência contra pessoas do sexo feminino. **Tal violência deve ser qualificada por sua natureza doméstica e/ou familiar para que receba especial proteção da Lei Maria da Penha.** Assim, os casos de violência praticados entre vizinhos, amigos ou desconhecidos, por exemplo, não serão processados conforme a legislação especial, ainda que a vítima seja do sexo feminino. De outra banda, como a lei foi editada com a precípua finalidade de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dar proteção especial às vítimas dessa espécie de violência, previu também que, para a incidência da norma, não importa o sexo nem a orientação sexual do sujeito ativo da agressão (art. 5º, inc. III e parágrafo único, da Lei 11.340/06). Assim, encontram-se agasalhadas pelas proteções legais todas as vítimas de violência familiar, como, por exemplo: filhas agredidas pelas mães, mulheres agredidas pelas companheiras, mães agredidas pelas filhas etc, independente do sexo ou da orientação sexual do (a) agressor (a).

Feitos esses primeiros esclarecimentos, deve-se seguir adiante, com a análise das soluções apontadas pelos estudiosos como aptas a modificar a realidade, a partir de uma sanção penal que vise não apenas a reparação do dano material suportado pela vítima, ou a imposição de uma pena severa ao condenado.

A Lei nº 11.340/06 impôs ao Estado a estruturação de órgãos capazes de acompanhar o completo cumprimento da punição imposta ao agressor, inclusive com a obrigação de submeter-se a tratamento especializado (art. 45); bem como de implementação de ações públicas indispensáveis ao restabelecimento social, psicológico e moral da vítima (arts. 8º a 12 e 29 a 32).

Seguindo a filosofia que orientou a edição da Lei Maria da Penha, ficará demonstrado que a aplicação de princípios do modelo restaurativo de justiça mostra-se adequada e necessária ao tratamento da espécie de crime por ela regulada, mostrando-se capaz de reparar os danos causados às vítimas de violência sexista (psicológicos, morais e físicos), bem como evitar a reincidência dos agressores, a partir de práticas que visem a restauração completa das partes envolvidas no litígio, assim como do bem jurídico violado pela prática do crime: a sadia convivência no âmbito doméstico e familiar.

3 ORIGEM DO MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrar na análise do modelo de justiça retributiva, permeado de princípios restaurativos de justiça (adotado pela Lei Maria da Penha), faz-se necessário delimitar tais conceitos, bem como a definição de justiça conciliatória, tomando por base a doutrina de Caetano Duarte, citado por Luiz Flávio Gomes:

...

(b) **Justiça retributiva**: ênfase em estabelecer a culpa do agente, em rever o passado (cada um responde pelo que fez); **Justiça reparatória**: ênfase na reparação dos danos, evitando-se a pena de prisão (não se discute sua culpabilidade); **Justiça restaurativa**: ênfase em resolver o problema, olhar o futuro (o que deve ser feito?).

...

(d) **Justiça retributiva**: imposição de sofrimento para castigar e prevenir; **Justiça reparatória**: reparação dos danos e imposição de penas alternativas; **Justiça restaurativa**: reparação dos danos, reconciliação, solução efetiva do conflito, restabelecimento da paz entre agressor e vítima.

...

Expostas, ainda que superficialmente, as definições de justiça restaurativa que interessam ao presente trabalho, fazem-se necessária a análise da origem de tal modelo de justiça, se ele pode ser aplicado ao acompanhamento do cumprimento da sanção penal e de como esse paradigma foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo Neemias Moretti Prudente, as raízes do modelo restaurativo, o qual tem como focos principais a comunidade e a vítima, tem origem nos tradicionais métodos aborígenes de resolução de conflitos, sendo o modelo dominante na justiça criminal ao longo da maior parte da história humana.

Afirma o referido autor que o paradigma punitivo atual, baseado na aplicação da prisão como pena e com fins retributivo-punitivos, domina a compreensão de justiça há apenas 02 (dois) séculos. Ocorre que, após larga adoção da prisão como principal espécie de sanção penal, vieram à tona os problemas no sistema exclusivamente retributivo de justiça. A exposição pública da incapacidade estatal de ressocializar os condenados fez surgir a ideia de uma justiça voltada para a reparação pecuniária e para a reconciliação da vítima com o agressor. Esse modo de pensar, abolicionista da prisão como pena, culminou com a edição da Lei nº 9.099/95, que praticamente expulsou do ordenamento jurídico a possibilidade de restrição da liberdade daquele que viesse a cometer delitos nomeados “de menor potencial ofensivo” (art. 61, da Lei nº 9.099/95), oferecendo as sanções restritivas de direitos e a reparação material do dano físico ou psicológico causado pelo delito como soluções para a esmagadora maioria dos conflitos

penais intrafamiliares levados ao conhecimento do Poder Judiciário.

Todavia, o sistema conciliatório-reparatório, que se dá por satisfeito com a mera reparação do prejuízo e com a aplicação imediata de uma sanção não-privativa da liberdade (apesar de ter causado verdadeiro impacto positivo no meio social, desafogando os estabelecimentos prisionais, com o banimento de prisões absolutamente desnecessárias), mostrou-se insuficiente para sanar as feridas decorrentes da prática de violência contra a mulher no seio familiar.

Evidenciou-se que somente a pena monetária ou a conciliação, desprovidas de um acompanhamento técnico especializado às partes do processo, não alcançavam o segundo objetivo da sanção penal: a prevenção. A aplicação prática da Lei nº 9.099/95 pelo Poder Judiciário não conseguiu alcançar o objetivo de diminuir os índices de reincidência nos delitos cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher. Daí, começaram a surgir no Brasil os estudos acerca do modelo restaurativo de justiça, cujos princípios foram claramente inseridos em diversos artigos da Lei 11.340/06, como forma de tratar as pessoas envolvidas no ciclo de violência doméstica e evitar o surgimento de novos conflitos violentos entre os membros da mesma família.

A experiência pioneira na introdução do modelo restaurativo foi promovida pela Nova Zelândia, que, em 1989, aprovou o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias (*Children, Young Persons and their Families Act*), rompendo com a legislação anterior, que simplesmente punia com rigor o abuso, o abandono e os atos infracionais. Com a edição do novo estatuto, o tratamento penal dado aos envolvidos passou a incluir todos as famílias e os representantes dos órgãos estatais na tomada de decisões.

No Estado de Pernambuco, a aplicação do modelo restaurativo de justiça iniciou no 1º Juizado Especial Criminal do Recife. O projeto conta com o apoio da Polícia Civil, que realiza uma prévia triagem dos feitos que entende passíveis de serem solucionados através da mediação. Após,

envia os Termos Circunstanciados de Ocorrências (TCOs) aos núcleos de mediação, que os encaminha a uma equipe de 06 (seis) mediadores, os quais utilizam a técnica transformativa-restaurativa de mediação, seguida de avaliação e acompanhamento por equipe multidisciplinar.

Tal projeto pretende que as partes participem ativamente na resolução das questões oriundas da prática de um crime, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas, bem assim como promover a sadia reintegração social, tanto da vítima quanto do agressor.

Além da experiência do modelo de justiça restaurativa no Recife, ocorreram outras em diversas localidades do país, as quais demonstram que vários princípios dessa forma de resolução dos conflitos podem ser aplicados às questões de violência doméstica e sexista, com probabilidade de atingimento de elevados níveis de eficácia, conforme se verá nos capítulos seguintes.

4 A RETOMADA DO MODELO RETIBUTIVO DE JUSTIÇA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEXISTA

A opção pelo retorno à justiça retributiva é evidente na Lei nº 11.340/06. Com efeito, afastada que foi a incidência da Lei nº 9.099/95 sobre os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, deixou de ser disponível o direito de ação nos casos de lesão corporal leve, ou seja, a vítima desse tipo de delito não poderá mais desistir do processo, o qual seguirá seu curso normal até a prolação de uma sentença de mérito pelo Juiz, condenando ou absolvendo o agressor (a).

No caso do crime de ameaça, a ofendida ainda pode desistir de dar continuidade ao processo criminal, desde que expresse sua intenção antes que o Juiz receba a denúncia oferecida pelo Ministério Público e sua vontade seja manifestada em audiência designada com essa exclusiva finalidade, na presença de magistrado (a) e de promotor (a) de justiça (art.

16, da Lei nº 11340/06). Em suma, o Estado retomou para si o direito de dar início à ação penal e adotou a imposição de sanções penais mais severas aos autores de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O abandono do modelo reparatório-conciliatório de justiça é reconhecido pela doutrina especializada em violência doméstica contra a mulher, afirmando Maria Berenice Dias que, aos crimes sob os quais incide a Lei Maria da Penha:

... não há a possibilidade da composição de danos ou a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (Lei 9.099/95, art. 72). Aliás, foi para dar ênfase a esta vedação que a lei acabou por afirmar (art. 17): É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa. O artigo, além de redundante, tem uma incorreção, pois não cabe falar em “aplicação de pena de cesta básica”, senão em possibilidade de ser aplicada, como pena restritiva de direito, o fornecimento de cesta básica. De qualquer forma, o que quis o legislador foi deixar claro que a integridade da mulher não valor econômico e não pode ser trocada por uma cesta básica. Igualmente não há mais a possibilidade de o Ministério Público propor transação penal e aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa (Lei 9.099/95, art. 76).

Já para Marcelo Lessa Bastos, quis a Lei Maria da Penha que o réu acusado da prática de qualquer crime resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena cominada para o crime, fosse julgado por tal infração e, na hipótese de condenação, fosse aplicada uma pena restritiva de direitos, apta a ser convertida em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento voluntário e injustificado.

Evidente, portanto, que o modelo reparatório-conciliatório de justiça não foi adotado pela Lei nº 11.340/06. No entanto, pode-se afirmar que a referida norma não se contentou em apenas punir com mais rigor o réu em processo que tem como objeto a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Conforme se verá no capítulo seguinte e na conclusão deste trabalho, a Lei Maria da Penha inseriu em seus artigos vários princípios de justiça restaurativa, demonstrando que não se preocupa em apenas punir o autor dos danos físicos e morais provocados na mulher vítima de violência doméstica e familiar. A intenção maior dessa lei é restaurar, em sua integralidade, a mulher, as famílias e até mesmo o agressor marcados pela violência no lar e propiciar acompanhamento especializado para todas as partes envolvidas, de forma a impedir que essa modalidade de violência continue a ocorrer nas gerações posteriores. Em síntese, o Estado intervém para punir o agressor (a) e prevenir a repetição de casos de violência doméstica e sexista, buscando restaurar por completo todos os que já foram atingidos por essa espécie de conflito.

4.1 PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DE PENAS EXCLUSIVAMENTE PECUNIÁRIAS AOS CRIMES SUBMETIDOS À LEI MARIA DA PENHA E O ABANDONO DA JUSTIÇA CONCILIATÓRIA (LEI nº 9.099/95) NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI nº 11.340/06)

Retomando o modelo retributivo de justiça, em detrimento ao modelo reparatório/conciliatório, a Lei Maria da Penha aboliu a possibilidade de aplicação de penas exclusivamente pecuniárias aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que a pena de multa seja prevista como uma das sanções para tais delitos.

Essa proibição está expressamente no art. 17, da Lei nº 11.340/06, que diz:

É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição da pena que implique o pagamento isolado de multa.

Da leitura do referido artigo evidencia-se que o modelo de justiça baseado na conciliação, na imediata aplicação de uma pena restritiva de direitos e na reparação material (pecuniária) não foi recepcionado pela norma de proteção à mulher vítima de violência no âmbito doméstico ou familiar.

Os elevados índices de reincidência verificados nos casos de violência doméstica, acompanhados da falsa sensação de impunidade, fizeram com que o legislador se reaproximasse do modelo punitivo de justiça, restaurando a possibilidade de prisão em flagrante do agressor e deixando de considerar a violência doméstica e familiar contra a mulher como um crime de menor potencial ofensivo. Seguindo essa filosofia, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 afastou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes que envolvam a prática de violência contra a mulher, ocorridos no âmbito doméstico ou no meio familiar, independente da pena prevista para o crime. Além disso, foi criada mais uma hipótese de prisão preventiva, com o acréscimo do inc. IV ao art. 313 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 42).

Não obstante, a Constituição Federal e o Código Penal adotam a privação da liberdade como medida excepcional, somente aplicável na hipótese de não ser legalmente possível a aplicação de uma pena restritiva de direitos, ou de esta ser absolutamente inviável, razão por que é válido concluir que o modelo restaurativo de justiça é o mais adequado para garantir a eficácia da Lei Maria da Penha, haja vista a existência de vedações constitucionais e legais à privação da liberdade.

Adoutrina não se mostra alheia às limitações que o ordenamento jurídico impõe para a restrição de liberdade, apesar do impedimento de aplicação de vários benefícios processuais aos acusados e condenados em processos que tem como objeto a prática de uma violência contra a mulher. Nesse sentido:

Claro que tais impedimentos não significam que a condenação levará sempre o agressor para a cadeia. Mesmo que tenha havido a majoração da pena do delito de lesão corporal – de seis meses a um ano para três meses a três anos (o art. 44 deu nova redação ao art. 129, § 9º do CP) –, ainda assim possível é a suspensão condicional da pena (CP, art. 77) e a aplicação de penas restritivas de direitos (CP, art. 43).

Assim, além das limitações constitucionais e legais ao cerceamento da liberdade, é evidente que o modelo de justiça que adota a prisão como único instrumento de aplicação da sanção penal já se mostra enfraquecido desde a década de 70 do século XX, não sendo a intenção da Lei nº 11.340/06 restaurá-lo da exata forma como foi concebido. Na verdade, as hipóteses de prisão contempladas pela Lei Maria da Penha têm como finalidade principal resguardar a integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica e sexista e não a punição que o Estado impõe à prática de um crime.

5 OS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS DE JUSTIÇA INSERIDOS NA LEI MARIA DA PENHA

Conforme lição de Renato Sócrates Gomes Pinto, o modelo restaurativo se baseia num procedimento de consenso do qual a vítima e o infrator e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da sociedade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e dos danos causados pela infração penal.

No caso da Lei Maria da Penha, a vítima e o infrator são sempre pessoas envolvidas por laços sanguíneos ou de afetividade. Os terceiros, dada a particularidade desse tipo de conflito, em regra deixam de ser outros membros da sociedade afetados pelo crime, sendo este

papel assumido pelas equipes multidisciplinares previstas no art. 29 a 32, da Lei nº 11.340/06 (médico, assistente social, psicólogo, profissional da área jurídica), as quais vão oferecer subsídios ao juiz (a), (que representa o Estado), de forma a permitir que este (a) tome a decisão, ou aplique a sanção, que mais seja capaz de restaurar a família vitimizada pela violência doméstica, permitindo que a vítima retome a sua autoestima e que o agressor (a) possa ser reinserido no seio familiar ou dele afastado em definitivo. Quanto a este último, tem-se que a Lei 11.340/06 terá alcançado seu objetivo se a intervenção judicial sobre o conflito doméstico for capaz de reeducá-lo (a) para a convivência em uma família, seja na mesma em que causou o dano ou em outra, sem que volte a praticar delitos da mesma natureza.

Conforme insistentemente repetido, a Lei nº 11.340/06 demonstra, em todo o seu texto, que não pretende exclusivamente punir com mais rigor aqueles que cometerem violência doméstica e familiar contra a mulher. Também é clara na citada norma a intenção de desenvolver um sistema integrado de combate a esse tipo de violência, seja com o atendimento da mulher por equipe multidisciplinar, seja com a submissão obrigatória do agressor (a) a tratamento especializado para livrá-lo de vícios e conceitos que contribuem para o aumento dessa modalidade de crime. Além disso, pode ser oferecido aos envolvidos (mulher, filhos, familiares e agressor) acompanhamento profissional especializado que os ajudem a compreender o ciclo da violência doméstica e se absterem de práticas violentas na solução de conflitos.

Ratificando a opção pela inserção de princípios de justiça restaurativa no modelo retributivo adotado pela Lei Maria da Penha, o art. 8º dessa norma trata exclusivamente das medidas integradas de prevenção à violência doméstica e sexista. Ou seja, é clara a intenção educativa e preventiva do legislador, que buscou dotar o Estado de mecanismos

capazes de evitar que as relações de gênero se deformem a ponto de culminar com a prática de atos violentos. A integração de órgãos e entidades estatais, pretendida pela lei, focaliza a restauração do ser humano (mulher e homem) como maneira mais eficaz no combate a violência doméstica e sexista. O Estado, de sua vez, assumindo o papel de terceiro em relação ao conflito, se responsabiliza por punir o agressor (a), ao mesmo tempo em que o (a) incentiva a participar ativamente na cura dos traumas e dos danos causados pela infração penal que cometeu.

Do exposto pode-se concluir que a punição severa do agressor (a), aliada ao acompanhamento por profissionais das áreas de psicologia, medicina, direito e assistência social, foi o modelo de justiça adotado pela Lei nº 11.340/06. Em suma, a única diferença digna de nota entre o modelo restaurativo tradicional e o adotado pela Lei Maria da Penha é que, neste caso, as práticas restaurativas ocorrem durante o processo e depois da sentença condenatória, e não antes de o conflito chegar ao Poder Judiciário.

6 A APLICAÇÃO PRÁTICA DE PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E A INSTALAÇÃO DE JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER COMO FORMA DE GARANTIR A EFICÁCIA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEXISTA

Consoante explanação acima, as práticas de justiça restaurativa demonstram ser um eficaz instrumento no combate à violência doméstica e sexista, haja vista as peculiaridades dessa modalidade de violência, bem como o perfil dos agressores, que, em regra não se tratam de pessoas voltadas a práticas criminosas fora do âmbito doméstico. Nesse sentido, Paula Martinez da Fonseca e Taiane Sousa Nascimento Lucas, citando Mary Susan Miller, afirmam que:

Por mais que a sociedade estabeleça estereótipos para o homem agressivo – como rude, de classe social inferior, grosseiro, valentão na aparência e nas atitudes – não há um perfil único. Assim, um homem que em sociedade pode parecer acima de qualquer suspeita, pode, muito bem, ser um agressor na relação conjugal.

Em verdade, em boa parte dos processos que tratam de violência doméstica e sexista, os agressores são pessoas de comportamento social louvável, mas que, em seus lares agem com agressividade desproporcional. Nesses casos, a punição estatal severa somente é capaz de cumprir, também, o seu papel preventivo, quando acompanhada de tratamento psicossocial adequado, de forma a fazer o agressor (a) compreender a violência doméstica e a educá-lo (a) para novamente ser capaz de viver harmoniosamente em uma família.

O acompanhamento por equipe multidisciplinar especializada, de sua vez, só tem condições de ser levado a efeito de forma satisfatória nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, criados em decorrência da Lei Maria da Penha (art. 14), haja vista as Varas Criminais comuns se encontrarem abarrotadas de processos tidos como “mais importantes”, por tratarem de crimes com penas mais elevadas e de acusados de maior periculosidade no meio social, (por meio social entenda-se: fora do âmbito doméstico). Para alguns autores, inclusive, a criação de juízos com competência exclusiva para aplicação da Lei Maria da Penha é o maior de todos os avanços introduzidos por essa norma, a exemplo de Maria Berenice Dias, que defende a ideia de que, para a plena aplicação da lei o ideal seria que em todas as comarcas fosse instalado um JVDFM e que o juiz, o promotor, o defensor e os servidores fossem capacitados para atuar nessas varas e contassem com uma equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (art. 34).

Não sendo criados juzizados especializados no combate à violência doméstica e sexista, os processos que envolvem a matéria tendem a ser deixados em segundo plano, gerando uma sensação de impunidade ainda maior que a existente antes da edição da Lei nº 11.340/06. Sobre os perigos da inércia estatal na criação de juízos específicos para dar eficácia à Lei Maria da Penha, as graves consequências que podem advir dessa omissão, adverte a citada autora:

É imperioso que os Tribunais de Justiça instalem os JVDFM. Enquanto isso não acontecer, certamente ocorrerão sérios transtornos em termos de distribuição de processos e volume de trabalho, o que forçará a implantação das varas especializadas. Afastada a competência dos Juzizados Especiais, tal vai redundar em significativa redução de número de processos nestes juízos. Em contrapartida, haverá um acréscimo muito grande de demandas nas varas criminais. Cabe atentar a que cada denúncia de violência doméstica pode gerar duas demandas judiciais. Tanto o expediente encaminhado pela autoridade policial para a adoção de medidas protetivas de urgência (art. 12, III), como o inquérito policial (art. 12 VII), serão enviados a juízo. Como é garantido o direito de preferência a estes processos (art. 33, parágrafo único), certamente os demais acabarão tendo sua tramitação comprometida, havendo o risco – ainda maior do já existente – de ocorrência da prescrição. Daí a consequência óbvia: a consciência da impunidade e o aumento dos índices de violência.

A necessidade de criação de juzizados especializados, com equipes multidisciplinares devidamente estruturadas, sobreleva-se, ainda pelo fato de as vítimas também terem anseios diversos em relação aos agressores. Com efeito, enquanto boa parte quer se ver livre definitivamente daquele (a) que a causou um dano, o desejo de muitas outras é restabelecer a relação com a pessoa que outrora foi seu algoz, desde que este seja devidamente tratado e recuperado para a convivência familiar, diminuindo ao máximo a possibilidade de reincidência.

Mais uma vez é válida a transcrição da doutrina de Maria Berenice Dias, desta feita no sentido de corroborar a tese de que, muitas vezes, as mulheres vítimas de violência perpetrada por seus próprios pais, filhos, maridos ou companheiros não desejam o seu afastamento do seio familiar, mas sim que este abandone as práticas violentas na resolução dos conflitos no lar:

A melhor maneira de dar um basta à violência contra a mulher, perverso crime cometido de forma continuada, é fazer o agressor conscientizar-se de que é indevido seu agir. Esta é a única forma de minimizar os elevados índices de violência doméstica. Precisa reconhecer que a mulher não é um objeto de sua propriedade, do qual pode dispor do modo que lhe aprouver e descarregar em seu corpo todas as suas frustrações. Quando a vítima consegue chegar a uma delegacia para registrar a ocorrência contra alguém que ela ama, com quem convive, é o pai de seus filhos e provê o sustento da família, sua intenção não é de que seja preso. Também não quer a separação. Somente deseja que a agressão cesse. É só por isso que a vítima pede socorro.

Essa necessidade de conscientização dos agressores (as) de que sua conduta não é mais tolerada pela sociedade, aliada ao necessário apoio material e psicológico de que necessitam as mulheres vitimizadas pela violência doméstica e familiar somente ratifica a tese de que o modelo de justiça exclusivamente retributivo é incapaz de atingir o desiderato da Lei Maria da Penha.

A aplicação do modelo restaurativo de justiça, de sua vez, é o meio mais adequado de reeducar o agressor (a) e o (a) capacitar a viver harmoniosamente em uma família e até de devolver à vítima a confiança no seu marido ou companheiro e até mesmo no próprio Poder Judiciário.

Por fim, a instalação de órgãos judiciais especializados é a melhor maneira de alcançar os resultados pretendidos pela justiça restaurativa, haja vista contarem com equipes multidisciplinares capacitadas a lidar com os problemas emocionais e sociais decorrentes de condutas

agressivas no próprio lar. Já o acompanhamento por profissionais das áreas de saúde, psicologia e serviço social tende a aproximar o jurisdicionado do Estado fazendo com que as partes envolvidas no conflito participem mais ativamente do processo de reabilitação psicológica e social, diminuindo os índices de reincidência e restaurando os danos provocados pela agressão.

Tem-se, dessa forma, que a punição mais severa prevista pela Lei Maria da Penha só atingirá os objetivos pretendidos se for acompanhada por práticas de justiça restaurativa, que têm como foco os sujeitos do processo. A otimização dos resultados pretendidos pela Lei nº 11.340/06, especialmente a diminuição da reincidência, e o restabelecimento de ofendida e agressor (a) somente pode ser alcançada com a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher dotados de equipes multidisciplinares, compostas por profissionais das áreas de saúde, psicologia, serviço social e direito, aptos a restaurar as pessoas e relacionamentos que sofreram danos decorrentes de violência doméstica e sexista.

7 CONCLUSÕES

A Lei Maria da Penha, editada com a finalidade de prevenir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher, proibiu a aplicação isolada da pena de multa, ou exclusivamente pecuniária, aos crimes que lhe são submetidos. Assim, restabeleceu o modelo retributivo de justiça, em detrimento da justiça conciliatória, adotada pela Lei nº 9.099/95.

O modelo restaurativo de justiça, de sua vez, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro no final da década de 1970 e passou a ser utilizado como uma maneira pré-jurídica de resolução de conflitos. As práticas restaurativas de justiça propiciam uma reflexão ao transgressor da lei, fazendo-o compreender o caráter ilícito e reprovável das condutas ilícitas; previnem a reincidência; e restauram todos os envolvidos no conflito, de forma a permitir a sadia reinserção do agressor (a) no meio social, com abstinência na prática de novos crimes.

A aplicação de práticas restaurativas também foi prevista pela Lei nº 11.340/06, que cria vários mecanismos de apoio material e psicológico à mulher em situação de violência doméstica e familiar, aliados a aplicação de severas punições ao (as) agressores (as), cumuladas com acompanhamento psicossocial.

Os órgãos judiciais criados em decorrência da Lei nº 11.340/06 devem ser aparelhados com equipe multidisciplinar, integrada por técnicos das áreas de saúde, psicologia, serviço social e jurídica, de forma a prevenir a repetição da violência doméstica e sexista, pretendida pela lei, através da restauração dos indivíduos envolvidos no conflito. A conscientização é alcançada somente com prática da justiça restaurativa, que permite aos próprios envolvidos no conflito participarem ativamente do processo de restauração.

Aplicando as práticas de justiça restaurativa aos condenados pela prática de violência doméstica e sexista, os indicadores de reincidência tendem a diminuir, aproximando a Lei Maria da Penha do cumprimento dos objetivos descritos em seu primeiro artigo.

Conclui-se, então, que somente a punição mais severa dos (as) agressores (as), dissociada da restauração do indivíduo, é incapaz de atingir o segundo alvo da Lei nº 11.340/06: a prevenção da violência doméstica e sexista. Da mesma forma, a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desprovidos de equipes multidisciplinares, impede a aplicação de práticas restaurativas e, em consequência, não tem capacidade para reduzir consideravelmente os índices de reincidência.

Em suma, a finalidade da Lei Maria da Penha somente será atendida quando os programas de recuperação e reeducação mencionados em seu art. 45 puderem ser aplicados pelas equipes multidisciplinares a todos os condenados por prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como quando todas as mulheres vitimizadas possam usufruir desse acompanhamento técnico especializado, a fim de que possam elas, também, ver seus danos inteiramente restaurados.

8 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Clécio Camêlo de. **Dos procedimentos relativos aos processos cíveis e criminais de competência dos juizados (varas) de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Revista da ESMape, Recife, v. 13, n. 28, jul./dez. 2008.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei “Maria da Penha” – alguns comentários.** Artigo produzido a partir das reuniões do Grupo de Estudos de Direito Processual, do Programa de Pós-graduação *Strictu sensu* do Centro Universitário Fluminense – Faculdade de Direito de Campos. Out./ 2006.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. In: ABREU FILHO, Nylson Paim (org.). **Constituição Federal, Código Civil e Código De Processo Civil.** 8 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A violência doméstica na justiça.** Disponível em: <<http://jusvi.com/doutrinasepecas/ver/22549>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Sousa Nascimento. **Violência doméstica contra as mulheres e suas conseqüências psicológicas.** Disponível em <http://www.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf>. Acesso: 20 mar. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha e justiça restaurativa.** Disponível em: <http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=2007112110221527>, acesso em 20 de março de 2022.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: JUSTIÇA RESTAURATIVA: COLETÂNEA DE ARTIGOS. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal.** Porto Alegre, v. 8, n. 47, dez.2007/jan.2008.

Edison Tetsuzo Namba

EUTANÁSIA: QUESTÃO DE
BIOÉTICA E DE BIODIREITO
IMPORTANTÍSSIMA

EUTANÁSIA: QUESTÃO DE BIOÉTICA E DE BIODIREITO IMPORTANTÍSSIMA

Edison Tetsuzo Namba

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Docente Assistente da Área Criminal do Curso de Inicial Funcional da Escola Paulista da Magistratura – EPM e da Escola Paulista da Magistratura (Curso de Direito Processual Penal - especialização). Parecerista da Revista de Direito Público do Distrito Federal. Articulista do Jornal Estado de Direito (Rio Grande do Sul – SP). Membro do Instituto de Direito de Família. Autor do livro *Manual de bioética e biodireito*, São Paulo: Atlas, 1. ed. 2009 e 2. ed. 2015.

RESUMO

A vida é essencial para todos. Sem ela, não há possibilidade de realizar-se algo. Todavia, em algumas ocasiões, pela doença que acomete alguém, incurável, pelo extremo sofrimento que alguém sofre, pensa-se no fim da existência, para findar uma agonia intensa. Discutir-se-á justamente se a eutanásia é aceita ou não nos meios jurídicos.

Palavras-chaves: eutanásia, sofrimento e moléstia incurável.

56

ABSTRACT

Life is essential for everyone. Without it, there is no possibility of doing anything. However, on some occasions, due to the incurable disease that affects someone, due to the extreme suffering that someone suffers, one thinks about the end of existence, to end an intense agony. It will be discussed precisely whether euthanasia is accepted or not in legal circles.

Keywords: Euthanasia. Suffering e Incurable Disease.

I - INTRODUÇÃO

Em razão de um fato veiculado por mídia eletrônica, “como a eutanásia e o suicídio assistido viraram parte da cultura da Holanda”¹, percebeu-se a relevância em comentar algo a respeito da eutanásia, para lembrar a importância da saúde na vida de todos e como sua falta pode afetar alguém.

A vida é um direito importantíssimo, previsto em primeiro lugar no art. 5º, “caput”, da Constituição Federal, sob a nomenclatura de direito fundamental².

A inviolabilidade mencionada na norma constitucional, porém, não é absoluta, comporta exceções, na própria Carta Magna. Por exemplo, a pena de morte é vedada, a menos em caso de guerra, por força do art. 5º, inciso XLVII, “a”.

Na legislação infraconstitucional, pune-se o homicídio, mas ele pode ser realizado se houver estado de necessidade (art. 23, inciso I, do Código Penal), legítima defesa (art. 23, inciso II) e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito (art. 23, inciso III). Nessas hipóteses, embora ocorra a morte, não há crime. Responde-se pelo excesso culposos ou doloso (art. 23, parágrafo único).

Não existe exceção para a eutanásia, ou seja, dar fim a uma vida que transcorre com sofrimento de alguém, por doença sem cura.

Diante da bioética, discutir-se-á a viabilidade ou não da eutanásia.

Em primeiro lugar, serão feitos alguns comentários sobre a bioética e seus princípios, contextualizando-os quanto ao tema.

1 Como a eutanásia e o suicídio assistido viraram parte da cultura na Holanda – 06 abr.2022 - UOL TAB. Consulta em 06 abr.2022.

2 Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

II – BIOÉTICA E PRINCÍPIOS

II.a - Noção de bioética

A bioética objetiva efetivar os bons valores, na medida em que existe o avanço científico e tecnológico. Quer-se impedir a violação de algum preceito de apreço para o ser humano, o mínimo necessário para evitar a vulgarização da condição humana³. Caso contrário, muitos poderiam ser tratados de maneira inferior ou ter sua existência finda. Essa possibilidade não é conveniente num sistema jurídico em que se preza a liberdade, justiça e solidariedade (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal).

Existem correntes conservadoras e liberais que se preocupam com a bioética. Na primeira, procura-se optar pela solução mais tradicional, ou seja, sem muitas inovações, por isso, não se cogita, em hipótese alguma, a possibilidade de se retirar a vida de alguém; na outra, existem certas e determinadas situações que permitem exceções.

A bioética é estudada, por exemplo, na *filosofia*, quando se reflete sobre a ética (grega, cristã, moderna, dentre outras, a fim de justificar a retirada da vida de alguém, ou se isso não é possível); no *direito*, quando se tem valores a serem preservados (debate-se sobre a permissibilidade, ou não, da eutanásia, numa regra legal); na *medicina*, ao se procurar uma

58

3 Quem afirmou ser a pessoa um fim em si mesmo, não um instrumento, possuidor de dignidade, sem preço, foi Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

O personalismo ético, portanto, tem raiz nessa formulação kantiana e nas ideias iluministas do séc. XVIII, amplamente reconhecido na doutrina civilista alemã. A orientação ética centrada na pessoa humana era já um fato próprio do direito civil desde as codificações do século XIX, por isso alguns autores, tal como Miguel Reale, escreveram que o Código Civil é a verdadeira Constituição do homem comum (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. "Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica". Em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira e CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas – homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 20.

conduta a ser seguida para atender os pacientes (eutanasia, ortotanasia e mistanasia).

O termo foi utilizado pela primeira vez em 1971, na obra de Van Renssealaer Potter, em seu título⁴. Ele desejava auxiliar a humanidade, com uma participação racional, cautelosa, no processo da evolução biológica e cultural. O centro da pesquisa era o meio ambiente.

Javier Sábada escreve que Hellegers destacava os aspectos negativos, os limites para possíveis transgressões (o dever). Potter não tinha essa intenção, ele objetivava melhorar a qualidade de vida e prolongá-la, pelos “braços da moral”, bem e dever⁵. Tem-se nítida a preocupação de limites com o trabalho de Hellegers, o não realizar.

O termo “bioética” possui muitos significados, é equívoco, mas pode-se adotar a ideia de ser o *mínimo aceito para determinado comportamento, em determinada época e em certo lugar*. Sua definição, portanto, não é estática, é fluida. Isso acontece não por fragilidade do que se entende por bioética, mas pela diferenciação de seu sentir por cada um, em certa Época e em determinado lugar. Os pensamentos modificam-se e a noção do valor a ser efetivado muda.

Alguns exemplos podem ilustrar isso: *não se aceita o aborto no Brasil*, apenas em situações excepcionais (aborto sentimental, perigo de vida para mãe; gravidez resultante de estupro; má formação congênita do feto acometido de diversas doenças e quando há anencefalia⁶)

4 Apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 15.

5 SÁBADA, Javier. *La necesidad de la bioética. Repensar el sujeto*. In: CASADO, María (Org.). *Estudios de bioética y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 35-49.

6 Art. 128, incisos I e II, do Código Penal (todos realizados por médico); **Mandado de Segurança Criminal nº 2143334-29.2021.8.26.0000** – 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Maurício Valala – J. 1.7.2021 (inviabilidade extrauterina e risco à vida da gestante) e **ADPF 54** – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – J. 12.4.2012 – Publicação: 30.4.2013 (aborto de anencefalo).

e possibilidade de se obter células-tronco embrionárias da reprodução assistida, desde que os embriões sejam inviáveis ou congelados há mais de 3 anos ou que, já congelados na data da publicação da lei, completarem 3 anos, a partir da data do congelamento⁷ etc.

A norma, constitucional ou não, só será efetivada se ocorrer a legitimação, isto é, aceitação social, que decorre daquilo que se entende como certo ou não num determinado momento em certa localidade, pela maioria da sociedade⁸.

Ela pode ser imposta pelo legislador extraordinário ou legislador ordinário, nada obstante, deve ter conteúdo valorativo que corresponda ao pensar da maioridade dos integrantes de uma comunidade, caso contrário, será alvo de questionamentos e causará inquietações.

Hipoteticamente, não seria aceita no meio social uma norma que permita torturar as pessoas, pois isso vai de encontro ao aceitável. Da mesma maneira, se vigesse uma regra que proibisse todos de alimentarem-se iria-se contra o bom senso e a lógica.

A fim de auxiliar na concreção da bioética existem princípios importantíssimos, que podem ser encontrados, igualmente, na seara jurídica.

7 Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

8 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Grupo Gen: 2019, disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021417/>. Acesso em: 21 jan. 2022. p. xii. Sobre a necessidade de legitimação.

II.2 - Princípios⁹ da bioética

Um princípio que não é exclusivo da bioética é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Carta da República), todavia, ela deve amparar toda a construção jurídica, pois é suma relevância para todos.

O pressuposto da dignidade é a existência da vida¹⁰. Sem ela não há dignidade e sem esta não existem condições da pessoa se desenvolver de maneira conveniente.

A expressão dignidade da pessoa humana, em si, é um conceito jurídico indeterminado, isto é, deve-se realizar uma avaliação valorativa para sua apreensão e compreensão¹¹.

Além disso, abstratamente, é princípio geral de direito¹² e,

9 A palavra “princípio” tem vários sentidos. Todavia, no caso, tal qual faz José Afonso da Silva quando define-a para o Título I da Carta da República, aqui seria utilizada como mandamento nuclear de um sistema, em outras palavras, núcleo mandamental de um sistema, ou seja, o substrato, disposição fundamental, compõe a estrutura da bioética, traçando o critério para sua compreensão, a fim de definir a correta maneira de entendê-la, com um raciocínio certo e racional, conferindo-lhe tecnicismo e harmonia, a fim de evitar incoerências (*Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93).

Os princípios gerais do direito têm quatro características, segundo Claus-Wilhelm Canaris: “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88).

10 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

11 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, 2004, p. 03.

12 MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17 e ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 378.

Os princípios gerais são normas generalíssimas do sistema (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica

tendo essa característica, além de permear o ordenamento jurídico como um todo, deve ter reflexo concreto, isto é, *incidir efetivamente na prática*¹³.

Antes de prosseguir, um parêntese deve ser feito: a estrita ligação que há entre a bioética e as normas jurídicas, por isso, há o biodireito, ou seja, normas abstratas que tem conteúdo ético para sua efetiva concreção. Todos percebem que sem valores prevalentes a norma torna-se inócua.

Dentre os princípios da bioética existem os a seguir explicitados.

O *princípio da autonomia* representa a liberdade que alguém tenha para escolher determinada opção para sua vida.

Eu posso optar em utilizar a eutanásia, ou não. O importante é esclarecer o optante sobre o que está realizando.

Lembre-se, contudo, que a autonomia não é irrestrita, ela deve respeitar, pelo menos, a autonomia de outrem, caso contrário, será um abuso.

O *princípio da não-maleficência*, ou seja, não causar mal a outrem. Aqui é um ponto importante. Se a morte de alguém, por ela desejada, vai servir mais para beneficiar terceiros, economicamente, não parece ser viável a eutanásia.

O *princípio da beneficência*, que representa fazer o bem a outrem, dessa maneira, relevante saber se quem utilizará da eutanásia terá benefício com o procedimento.

O *princípio da justiça*, ou da imparcialidade, distribuir igualmente os benefícios e riscos, para que alguém não fique à mercê de outrem.

de Cláudio Di Cicco. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999, p. 158).

13 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2001, p. 142. No Brasil: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, 2004, p. 04.

III – EUTANÁSIA

III.1 Generalidades

Na eutanásia, a preocupação é com o término da vida. Mesmo que alguém sofra com doença incurável, causa polêmica.

A decisão da Justiça italiana em autorizar a suspensão da alimentação de Eluana Englaro, de 37 anos, em coma irreversível há 17 anos, acentuou a divisão sobre a eutanásia na sociedade italiana.

Muitos setores, inclusive a Igreja Católica, exigiram que fosse criada uma legislação a respeito. Dessa forma, conveniente definir o que vem a ser eutanásia, tentar mostrar alguns elementos que lhe são inerentes, modalidades, distinções com termos correlatos, qual o tratamento legal da matéria e a comparação com legislações de outros países.

III.2 Conceito

Eutanásia, etimologicamente, significa morte serena, sem sofrimento¹⁴.

Atualmente, usa-se a expressão para representar uma morte provocada por sentimento de piedade, por compaixão¹⁵, à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a pessoa morrer, age-se sobre a morte, antecipando-a.

A verdadeira eutanásia ocorre quando a morte é provocada em quem é vítima de forte sofrimento e doença incurável.

14 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 847, 1a coluna.

15 Há quem sustente que a compaixão é insuficiente para justificar a eutanásia (MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: FERREIRA COSTA, Sergio Ibiapina; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coords.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 182), para outros, não, porque, imbuído daquele sentimento, alguém pode dar fim ao sofrimento e angústia de outro ser humano, efetivando-se a bioética da proteção (SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Eutanásia e compaixão. *Revista Brasileira de Cancerologia*, 50 (4), p. 334-340, 2004).

Exemplo do ato seria matar alguém, por misericórdia, que, após acidente de trânsito, recebe atendimento médico, todavia, fica paraplégico, irreversivelmente, e sente fortes dores, devendo ser sedado todos os dias. Quem acompanha isso, não suportando ver o acidentado naquela situação, abrevia seu óbito.

III.3 Elementos constitutivos

A eutanásia caracteriza-se, portanto, quando há:

a-) morte provocada por sentimento de piedade, compaixão;

b-) a pessoa é acometida de sofrimento e doença incurável.

c-) há quem acrescente um terceiro componente para se ter a eutanásia. Para que ela se caracterize, os atos que, motivados por compaixão, provocam precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor, devem ser realizados por um médico¹⁶.

Se alguém provoca a morte de outrem por vingança, inexistirá a eutanásia. Além disso, se a pessoa não é acometida de sofrimento e possui doença incurável, igualmente, não haverá eutanásia, de outro lado, sofre, tendo doença curável, ela inexistirá. Por fim, existem os que defendem a exigência de ser realizada por médico, para evitar possível erro e/ou insegurança no procedimento.

III.4. Modalidades

III.4.1. Em relação ao ato em si

16 MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia, p. 183.

Existe uma clássica divisão: *eutanásia ativa*, *eutanásia passiva* e *eutanásia de duplo efeito*¹⁷.

A *eutanásia ativa* é o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários (em caso de utilização de uma injeção letal).

Na *eutanásia passiva*, a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivência (deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial).

Quanto à *eutanásia de duplo efeito*, a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas ao alívio do sofrimento do paciente (emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito).

III.4.2 Quanto às consequências do ato e consentimento do paciente

Ela pode ser subdividida em *eutanásia voluntária*, *involuntária* e *não voluntária*¹⁸.

Na *eutanásia voluntária* atende-se a uma vontade expressa do doente, que seria um sinônimo de suicídio assistido.

Eutanásia involuntária, ocorre se o ato é realizado contra a vontade do enfermo.

Na *eutanásia não voluntária* a morte é levada a cabo sem que se conheça a vontade do paciente.

17 SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 9 (1), 2004, p. 34.

18 SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia, p. 34-35.

III.5 Argumentos favoráveis e desfavoráveis para a eutanásia¹⁹

III.5.1. Favoráveis

Quem defende o ato aponta para a necessidade de que seja respeitada a liberdade de escolha do ser humano que padece e decide, sendo competente e autônomo²⁰, impor fim em seus dias.

Além disso, a eutanásia reveste-se de um genuíno estofo humanitário, propiciando que se livre o enfermo de um sofrimento insuportável, retirando-se uma vida sem qualidade, na visão do próprio paciente, não tendo mais sentido de ser vivida.

III.5.2. Desfavoráveis

A eutanásia violaria o princípio da sacralidade da vida. Nesse caso, a vida, como bem concedido pela divindade, ou pelo finalismo intrínseco da natureza, teria um estatuto sagrado. Dessa forma, não pode ser interrompida, mesmo com a vontade expressa de seu detentor.

A desconfiança potencial — e subsequente desgaste — na relação médico paciente.

A eutanásia poderia ser motivada por fins não altruísticos, para obtenção de herança, seguros de vida, por exemplo.

A ocorrência de pressão psíquica. Nesta situação estaria o enfermo que acredita ser sua situação um embaraço para familiares. Ele não deseja morrer, porém, de alguma forma, por motivos circunstanciais, a eutanásia lhe é imposta.

19 SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia, p. 35.

20 Sobre a relatividade da autonomia da vontade de alguém, influenciada por diversos fatores, cf. SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo e SCHRAMM, Fermin Roland. A eutanásia e os paradoxos da autonomia. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13 (1), p. 207-221, 2008.

III.6 Tratamento legal

Não há norma que discipline a matéria, de forma permissiva ou proibitiva, expressamente, porém, não se tem admitido sua prática por se atentar contra a vida de alguém, mesmo doente e agonizante.

No novo Código de Ética Médico retratou-se a tendência não acolhedora, pois se vedou ao médico: “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” (art. 41, caput, do Capítulo V — Relação com pacientes e familiares).

Em Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aliás, mencionou-se que ela seria vedada em lei, logicamente por se subsumir a hipótese como homicídio²¹; extrai-se do corpo do V. Acórdão:

“A circunstância de ser a vítima esposa do réu não é motivo lógico de agravamento, em se tratando de eutanásia. Ninguém mais perto da pessoa que sofre do que o cônjuge. Se a eutanásia, embora proibida em lei (grifei), não soa tão criminosa quanto o homicídio verdadeiro, o fato de ter sido praticada contra cônjuge não pode ser logicamente tida como agravante. O crime por piedade é tanto menos grave quanto mais ligada ao réu a pessoa do vitimado. A eutanásia é um crime movido pelo sentimento de piedade e tal sentimento é tanto mais puro quanto mais próximo do agente a pessoa que está sofrendo.” (**Apelação criminal n. 19.701/2** – 1a Câmara Criminal – Relator Desembargador Gudesteu Biber – Julg. 22.3.1994.)

Em outros arestos, ela foi lembrada como forma de se privilegiar o homicídio, por se tratar de “motivo de relevante valor moral”, por que nobre, aprovado pela moralidade média²².

²¹ Art. 121 e parágrafos do Código Penal.

²² **Apelação criminal n. 2007.010698-7/0000-00** – 2a Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – Relator Desembargador Carlos Eduardo Contar – Julg. 4.6.2008 e **Apelação criminal n. 2002.006985-0/0000-00** – 1a

Talvez, a melhor solução fosse, em casos tais, optar-se pela inexigibilidade da conduta diversa e absolver quem cometeu ou pediu auxílio e obteve-a para a eutanásia.

Cada um é diferente do outro. Pode ser que, alguém mais sensível, se presentes os elementos constitutivos já mencionados, próximo a quem está pedindo a eutanásia, anuí à vontade dessa pessoa, não possa ser responsabilizado em qualquer esfera, administrativa, cível ou criminal. Fica apiedado da situação do doente, que, sofrendo muito, possui doença da qual não se recuperará, tem crises, insiste em findar com aquele martírio. O autojulgamento, se agiu certo ou errado, será mais grave que algum apenamento.

III. 7 Tratamento no plano internacional

Na esfera internacional, a controvérsia não é menos acerbadada. Existe muita resistência na aceitação da eutanásia.

A morte assistida é permitida em quatro **países** da Europa Ocidental: Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Suíça; em dois **países** norte-americanos: Canadá e Estados Unidos, nos estados de Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia; e na Colômbia, v. g.²³.

Veja-se dois exemplos de países permissivos, cuja orientação foi acolhida por razões diversas.

A *Holanda* foi o primeiro país no mundo a legalizar a eutanásia sob certas condições em uma lei que entrou em vigor em abril de 2002, embora a prática já fosse tolerada desde 1997. Ela é resultado de um longo processo de desenvolvimento. Expressa as exigências que vêm evoluindo na jurisprudência e na ética médica daquele país desde 1973. A

Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – Relator Desembargador Rui Garcia Dias – Julg. 15.10.2002.

23 <https://www.scielo.br/j/bioet/a/DhvhJgpN9ykykc9L8cpFtxN/>. Consulta em 6.4.2022.

lei concede proteções legais aos médicos desde que eles usem de estritos critérios²⁴.

Na *Bélgica*, em 23 de setembro de 2002, legalizou-se a morte assistida sob condições estritas. O Parlamento belga endossou o projeto de lei com 86 votos a favor, 51 contra e 10 abstenções. A lei foi derivada de uma diretriz emanada pelo Comitê Consultivo Nacional de Bioética daquele país. *Diversamente da Holanda, que surgiu de uma longa trajetória de casos, de uma jurisprudência prévia, a lei na Bélgica adveio de um debate sobre a sua necessidade e adequação*²⁵. A partir daí, qualquer médico que ajude um paciente a morrer não é considerado um criminoso desde que o paciente adulto seja terminal ou sofra de algum mal intolerável e sem esperança de recuperação, com “dor física ou psicológica constante e insuportável”. O doente precisa estar em sã consciência e tomar a decisão por si próprio. A lei não se aplica a menores ou a qualquer paciente incapaz de tomar a decisão conscientemente, como os excepcionais. Todos os pedidos de morte assistida terão que passar pela aprovação de uma comissão especial, que vai decidir se os médicos seguiram todas as determinações da nova lei. Nos dois países, os médicos são obrigados a notificar seus casos a um comitê de revisão. As principais diferenças são que a notificação nos Países Baixos e os procedimentos de controle são mais elaborados e transparentes do que na Bélgica, além disso, os procedimentos belgas são anônimos, não assim na Holanda. A eutanásia para jovens emancipados já era permitida a partir dos 15 anos. O Parlamento belga, em 13.2.2014, aprovou lei para eliminar qualquer restrição de idade na realização da eutanásia, sendo pioneiro nessa iniciativa. Ocorreu ampliação da abrangência da lei de 2002. Ela foi

24 GOLDIM, José Roberto. <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanhol.htm>. Consulta em 6 abr.2022.

25 GOLDIM, José Roberto. <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutabel.htm>. Acesso em: 6 abr.2022.

aprovada em dezembro de 2013 no Senado, depois, por 86 votos a favor e 44 contra, com 12 abstenções, foi admitida. Embora não haja limite de idade, há condições a serem preenchidas para a eutanásia ser realizada. O próprio paciente deve fazer o pedido, por escrito, desde que tenha capacidade de discernimento, uma doença incurável, um sofrimento físico impossível de suavizar e se encontre em fase terminal. O pleito deve ser voluntário, refletido e repetido e não haver pressões externas. O sofrimento psicológico não é suficiente para se autorizar a eutanásia das crianças. Os responsáveis legais também deverão autorizar a prática.

Uma outra menção, proibitiva, pode ser feita.

Resolução do *Parlamento Europeu* a respeito dos direitos do homem na União Europeia sugeriu a abolição da pena de morte da legislação dos Estados- -membros e, além disso, assinalou que o direito à vida engloba o direito aos cuidados de saúde e exige a proibição da eutanásia²⁶.

A posição é mais rígida. Não se tolera a pena de morte e, igualmente, a eutanásia. Procura-se resguardar o direito à saúde, sem possibilidade de tergiversar sobre ela.

É compreensível o entendimento do Parlamento Europeu por ser uma orientação genérica, para os Estados que o integram. Ele é o poder legislativo da União Europeia e uma de suas 7 instituições. Busca-se disciplinar as preocupações e prioridades dos cidadãos europeus e representar as suas posições políticas em função dos resultados eleitorais.

70

CONCLUSÕES

A eutanásia é tema da bioética e do biodireito, cuja aceitação não é pacífica, por envolver a “vida humana”.

O direito à vida não é absoluto. Há exceções na Constituição

26 JO C 132, de 28.4.1997.

Federal – pena de morte em tempo de guerra -, e na legislação ordinária – morte acaso esteja em legítima defesa -, por exemplo.

A fim de configurar-se a possibilidade da eutanásia, para aqueles que a acolhem, deve haver alguém acometido de doença incurável e sofrendo, para alguns, ainda, há necessidade da intervenção de um médico.

Sua realização, pela falta de regulamentação legal, pode dar ensejo ao reconhecimento do homicídio, do homicídio privilegiado e, quem sabe, a inexistência de conduta diversa, com absolvição de quem a realiza.

Na esfera internacional, igualmente, não há consenso. Alguns entendem a vida como intocável, logo, a eutanásia seria inviável. Outros, pela experiência concreta, da jurisprudência e em razão de intensos debates, permitem-na, em maior ou menor grau.

Enfim, novamente, dever-se-á levar em conta os posicionamentos conservadores e liberais para tratar do assunto, a época e lugar em que se pratica a eutanásia, para verificar se será uma atitude sancionada pelo ordenamento jurídico, ou não.

Diante disso, não há possibilidade de uma regra universal, para acolher todas as pessoas e todos os Estados. A realidade não é estática, e, diante dessa flexibilidade dever-se-á posicionar diante do assunto.

REFERÊNCIAS

Livros impressos

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio Di Cicco. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Grupo Gen: 2019, disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788597021417/>. Acesso em: 21 jan. 2022.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica”. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira e CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas – homenagem a Tullio Ascarelli.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: FERREIRA COSTA, Sergio Ibiapina; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coords.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 171-192.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁBADA, Javier. La necesidad de la bioética. Repensar el sujeto. In: CASADO, María (Org.). **Estudios de bioética y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Eutanásia e compaixão. **Revista Brasileira de Cancerologia**, 50 (4), p. 334-340, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

<https://www.scielo.br/j/bioet/a/DhvhJgpN9ykykc9L8cpFtxN/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

GOLDIM, José Roberto. <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanhol.htm>. Acesso em: 06 abr. 2022.

GOLDIM, José Roberto. <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutabel.htm>. Acesso em: 06 abr. 2022.

Eduardo Perez Oliveira

A TAXATIVIDADE DO ROL DE
PROCEDIMENTOS DA ANS:
UMA VISÃO À LUZ DA
PRÁTICA PROCESSUAL

A TAXATIVIDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS: UMA VISÃO À LUZ DA PRÁTICA PROCESSUAL

Eduardo Perez Oliveira

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Processo Constitucional pela UFG e em Filosofia pela USCS. Coordenador do Comitê Estadual de Goiás do Fórum Nacional de Saúde de Goiás e NATJUS Goiás. Coordenador e juiz componente do 2º Núcleo de Justiça 4.0 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás com competência em saúde pública e suplementar. Autor de livros e artigos jurídicos e palestrante.

1 UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE O ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

A proposta deste artigo é apresentar um panorama da prática forense nas demandas contra as operadoras de plano de saúde envolvendo a discussão da taxatividade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde (ANS), analisando questões envolvendo o ônus probatório, a tutela de urgência e o contraditório.

Apenas a título introdutório e para situar o debate, lembremos que o rol de procedimentos da ANS, que deveria ser atualizado a cada dois anos embora não o seja, consiste em uma referência básica que enumera coberturas mínimas obrigatórias e suas excepcionalidades e que deve ser seguida pelos planos privados contratados a partir de 2 de janeiro de 1999 ou regulamentados pela Lei dos Planos de Saúde.

Conforme ensina Renata Farah¹, o seu ciclo de atualização tem início com um cronograma e a indicação das propostas de mudanças

1 FARAH, Renata. Nem mocinhos, nem bandidos. Quem é quem na saúde suplementar? Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/rol-da-ans/>. Acessado em 26/04/2022.

com a apresentação de um Parecer Técnico Científico (PTC) ou Revisão Sistemática acerca da eficácia, efetividade, acurácia e segurança da tecnologia que se pretende incorporar; estudo de Avaliação Econômica em Saúde (AES) e Análise de Impacto Orçamentário (AIO), com análise das propostas em conformidade com a RN n. 439/201, submetida em seguida à consulta pública. Considerando que o objeto deste artigo não é examinar o aludido rol, recomendo a leitura do artigo escrito por Farah.

Desta pequena introdução deve ser destacado que a análise para a incorporação de um item ao aludido rol se vale de critérios técnicos e econômicos, e também que a mora em sua atualização representa grave prejuízo aos usuários diante dos constantes avanços tecnológicos da medicina que deixam de ser analisados, mantendo-se um rol que não contempla o cenário médico atual, embora as mensalidades sejam anualmente reajustadas. Convém lembrar ainda que o rol de procedimentos da ANS não espelha o da saúde pública, nem incorpora imediatamente as tecnologias aprovadas pela ANVISA.

Diante do cabo de guerra entre usuários e operadoras com a pretensão de cobertura também por aquilo não previsto no mencionado rol, natural que o tema aportasse no Judiciário para que ele respondesse se o rol de procedimentos deve ser considerado taxativo, isto é, o usuário tem direito apenas àquilo que está incorporado conforme a ANS, ou se é exemplificativo, e nesse caso se trata de mera garantia mínima do que o consumidor receberá, não havendo limites para o que pode ser coberto.

É uma demanda antiga que, atualmente, busca ser resolvida pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de dois recursos: EREsp 1886929 e EREsp 1889704.

Esse julgamento foi iniciado em 16 de setembro de 2021, com voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, no sentido de que o rol deve ser taxativo, com ressalvas, como terapias recomendadas expressamente pelo Conselho Federal de Medicina, com eficácia comprovada, ou por

nota dos Núcleos de Apoio Técnico que assessoram magistrados da Justiça Estadual e Federal; medicamentos para tratamento de câncer e com prescrição off-label². Suspenso o julgamento pelo pedido de vista da ministra Nancy Andrichi, teve sua retomada em 23 de fevereiro de 2022. Em seu voto, a ministra assim se manifestou:

O rol de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, enquanto importante instrumento de orientação quanto ao que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial, alijando previamente o consumidor do direito de se beneficiar de todos os possíveis procedimentos ou eventos em saúde que se façam necessários para o seu tratamento³.

Para a ministra, a Lei dos Planos de Saúde, Lei n. 9.656/1998, determina que todas as moléstias indicadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) estão incluídas no chamado plano-referência, só se admitindo a exclusão de cobertura dos procedimentos e eventos relacionados a segmentos não contratados pelo consumidor e aqueles que o próprio legislador estabeleceu como de cobertura não obrigatória, tal qual o estético e o experimental.

O julgamento encontra-se suspenso diante do pedido de vista do ministro Villas Bôas Cueva.

2 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16092021-Relator-vota-pela-natureza-taxativa-do-rol-de-procedimentos-da-ANS—pedido-de-vista-suspende-julgamento.aspx>. Acessado em 25/4/2022.

3 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23022022-Ministra-Nancy-Andrichi-vota-pelo-carater-exemplificativo-da-lista-da-ANS—novo-pedido-de-vista-suspende.aspx>. Acessado em 25/4/2022.

2 O ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS E O CONSEQUENCIALISMO

Existem elementos tanto para a defesa da tese de que o rol deve ser taxativo quanto da que deve ser exemplificativo, como vimos na votação que ora ocorre junto ao Superior Tribunal de Justiça.

São argumentos da tese da não taxatividade do rol, por exemplo, a constante evolução da medicina; a impossibilidade de limitação de tratamento ao consumidor pelo plano e a mora da ANS em realizar a atualização do rol, o que favorece as operadoras de plano de saúde. Já quanto à taxatividade, são argumentos favoráveis o equilíbrio financeiro do contrato; a viabilidade e continuidade do negócio; a existência de previsão legal expressa e a proteção dos consumidores vinculados à operadora.

Pontes de Miranda teria dito que “quem só direito sabe, nem direito sabe”, e essa expressão se encaixa perfeitamente nas demandas de saúde. A questão da taxatividade do rol não pode ser resolvida à luz do direito por si só sem considerar os fatos, especialmente quando se limita a arguir a dignidade humana, que, aliás, é conceito kantiano e quando brandido deve abranger a todos, inclusive os que não participam da demanda e são atingidos por ela.

Costumo dizer que toda demanda em saúde, seja pública ou suplementar, é coletiva, pois afeta diretamente um número indeterminado de pessoas. No caso da saúde pública, à luz da universalidade do Sistema Único de Saúde, decisão judicial que interfira no aludido sistema impacta na fila de regulação de procedimentos e de UTI e no orçamento da saúde, tendo em mente que o dinheiro é finito. Com isso, geram-se distorções como alguém judicializar sua pretensão e receber medicamento (que na maior parte das vezes ainda é não incorporado ou off label) em casa, levado por motorista público, enquanto as demais pessoas pegam fila; a transposição de quem judicializou diante dos demais que estão na fila de

espera de uma cirurgia ou aguardando um leito de UTI, fazendo os critérios jurídicos se sobreporem aos clínicos utilizados pela regulação (como é o caso da Resolução CFM n. 2.156/2016); e até mesmo o desabastecimento ou a impossibilidade de realização de procedimentos por quem aguarda o atendimento pela saúde pública em virtude da falta de orçamento decorrente da judicialização, que pode afetar mesmo outras áreas de interesse público.

Qualquer um pode ser afetado direta ou indiretamente por uma decisão judicial em demanda de saúde. Basta imaginar, por exemplo, uma gestante que venha a sofrer um acidente automobilístico grave e, ao chegar ao hospital, não tenha leito disponível pois todos estão ocupados por decisão judicial sob pena de prisão do gestor.

No caso da saúde suplementar, uma decisão judicial, ou o acúmulo delas, pode levar ao desequilíbrio dos contratos e contribuir para a quebra de determinada operadora de saúde. O efeito disso impacta os demais consumidores vinculados a esta carteira e também outros planos de saúde que tenham que absorvê-la, os beneficiários deste plano, e a própria saúde pública, que receberá o influxo dessas pessoas que anteriormente eram atendidas pela saúde suplementar. Cite-se como exemplo o caso da Unimed Paulistana, cujo número de beneficiários era de 744 mil pessoas⁴.

Isso não significa que o magistrado não deve decidir em demandas de saúde de forma a deferir os pleitos dos autores. As consequências das decisões judiciais, contudo, não podem ser olvidadas e substituídas por uma política de fé, no contexto de Oakeshott, de que o julgador está a salvar vidas, o engano mais comum de quem atua juridicamente na área.

Da mihi factum, dabo tibi ius. Sem os fatos, todos os fatos, não se julga de forma adequada. E se os fatos forem contaminados ou até mesmo suplantados por ideologias, o julgamento se dará conforme o desejo de cada um de como o mundo deveria ser.

4 Disponível em: https://www.brasilbeneficios.com.br/beneficiacao/entenda-o-tac-assinado-pela-unimed-paulistana/#.Ym_13tPMJGo. Acessado em 26/04/2022.

A informação de que a interferência do Judiciário na saúde pública e suplementar tem consequências é um fato e não é boa, nem má, depende do contexto. É um dado adicional a ser considerado quando o julgador tiver diante de si uma demanda dessa natureza a ser analisado em conjunto com todos os demais dados a fim de bem aplicar o direito.

Particularmente, entendo que ao se colocarem os argumentos pró e contra a taxatividade na balança, o primeiro demonstra ter mais vínculo com a realidade.

O valor da mensalidade dos planos de saúde não é, ou não deve ser, aleatório. Sua estipulação é fruto da realização de cálculos atuariais que levam em consideração um número grande de variáveis dentro do histórico de quantitativo de beneficiários, como faixa etária, sinistralidade, custo do beneficiário sinistrado e diversas outras premissas⁵. Esses cálculos também são usados para prêmios de seguros e equivalentes. Baseiam-se na chamada Lei dos Grandes Números⁶, elaborada inicialmente por Jacob Bernoulli (1654-1705), e que demanda a compreensão de dois conceitos básicos de probabilidade teórica e empírica.

Dessa forma, a mensalidade de determinado plano é estipulada considerando as probabilidades no contexto mencionado, incluindo o o lucro. As decisões judiciais que passem a impor à operadora do plano de saúde obrigações não previsíveis desequilibram a relação contratual, pois não foram consideradas quando da elaboração dos cálculos. Por óbvio, não se pode prever o imprevisível. Na melhor das hipóteses a despesa com essas decisões podem passar a compor os próximos cálculos, encarecendo o custo do plano (como ocorre com a inadimplência no *spread* bancário), e, na pior, podem levar à quebra da operadora, por si só ou como elemento adicional a outras situações.

5 Como exemplo podemos citar os artigos 22, §1º e 35-A da Lei n. 9.656/1998.

6 Disponível em: [https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$lei-dos-grandes-numeros](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$lei-dos-grandes-numeros). Acessado em 26/4/2022.

Como bem pontuou o ministro Salomão em seu voto, a taxatividade tende a proteger os beneficiários dos planos. E isso parece evidente: conquanto a operadora vise o lucro, inclusive as cooperativas, existe um crédito finito consistente nas mensalidades pagas. Se sobre esse crédito finito começam a ser impostos débitos por decisão judicial surgidos de morbididades cujo custo do beneficiário sinistrado pelos tratamentos não cobertos pelo rol (logo, não previstos) ultrapassem o arrecadado, o resultado parece evidente: se você deve mais do que recebe você quebra.

A situação é lógica, e não de defesa das operadoras. Costumo explicar de forma didática que, se eu compro um carro popular, devo esperar que esse carro venha com portas, vidros, pneus, motor etc., mas não posso adquirir um carro popular e exigir que me entreguem um de luxo, pois haveria um claro desequilíbrio entre prestação e contraprestação.

Na questão da saúde suplementar isso não é nítido porque toldado pelo equivocado contexto emocional que envolve até o uso indiscriminado da dignidade humana e de que tudo deve ser entregue pela operadora como forma de assegurar o direito à saúde. E equivocado não porque a dignidade de quem pleiteia não mereça guarida, mas porque deve ser protegida também a dignidade de todos os outros impactados pela decisão que desconsidera a estabilidade dos cálculos que levaram à celebração do contrato.

Esse consequencialismo, que já mencionei, encontra respaldo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei n. 4.657/1942, notadamente quando determina ao magistrado que atenda, na aplicação da lei, aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º), e quando veda a decisão com base em valores jurídicos abstratos sem que se considerem as consequências práticas da decisão.

Diversamente da ideia de um coletivismo, na qual o indivíduo sempre perde para um coletivo abstrato que nada mais é do que um

amálgama de ideologias, o que esses dispositivos orientam é que justamente o egoísmo não se sobreponha ao interesse de todos os envolvidos.

Por evidente, contudo, estando-se diante de uma situação que viola direitos explícitos, o contrato deve ser cumprido, ainda que na mais extrema das consequências, pois, como afirma o ditado, *fiat iustitia ruat caelum*.

Para a magistrada Ana Carolina Morozowski a ideia do rol taxativo defende-se por si só, pois fosse de outro modo ele não precisaria existir e o plano de saúde cobriria tudo, ou seja, não há porque falar em um rol de procedimentos se esse rol não deve ser seguido. Entendo, como ela, que sequer se pode argumentar que tal rol é uma garantia mínima do consumidor, porque se a tese que defende ser ele exemplificativo diz que o plano deve cobrir todos os tratamentos, seria inútil que dissesse a lei que cobre os tratamentos alfa, beta e gama, e também todo e qualquer outro tipo. Seria uma tautologia. Ainda, destaca que, conforme o art. 757 do Código Civil, o contrato de seguro deve predeterminar os riscos que abrange⁷.

Sobre o julgamento em andamento no Superior Tribunal de Justiça, menciona que o entendimento do ministro Salomão não é pela taxatividade, mas por uma taxatividade mitigada, já que admite exceções, e que tal posicionamento “continua oferecendo riscos à mutualidade inerente aos contratos de planos e seguros de saúde”.

Com razão pugna a articulista para que o tema possa ser pacificado e traga segurança tanto para contratante quanto para contratado sobre o que efetivamente é coberto.

Diante de todos os elementos apresentados, filio-me à ideia de que a taxatividade deva existir e ser aplicada com algumas exceções, embora não de modo a ampliar de forma imprevisível a cobertura do

7 Morozowski, Ana Carolina. Ainda sobre o rol da ANS. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/ainda-sobre-o-rol/>. Acessado em 26.4.2022.

contrato. Assim, por exemplo, não é porque existem novas tecnologias que o plano de saúde deve incorporá-las de imediato, notadamente se existem alternativas já cobertas.

É claro que, como ensina Renata Farah, o custo deve ser entendido no contexto global, e não apenas de modo pontual cotejando o valor de cada procedimento. Embora certa tecnologia possa ser mais cara se analisada individualmente, “ao ampliarmos o cenário e considerarmos não apenas o valor do ato cirúrgico, mas também os fatores como a diminuição dos riscos de infecção, menor tempo de recuperação e menos dias de internação hospitalar (com menor risco de infecção e intercorrências), a relação de custo se altera”, resultando em menor custo/risco total para a operadora e maior segurança ao paciente⁸.

A taxatividade, portanto, deve ser respeitada, mas essa taxatividade deve ser analisada à luz da própria finalidade do contrato e da razoabilidade da prestação e da contraprestação nos termos expostos. A bem dizer, não poderia, por exemplo, a operadora de plano de saúde negar-se a cobrir certo procedimento, embora não previsto no rol, se não oferecer alternativa para tratamento, nem alegar que cobre apenas determinado procedimento porque é mais em conta, se seu custo global considerando todos os elementos em análise se inclinam para o procedimento negado. Por outro lado, não pode o consumidor exigir o melhor profissional para seu tratamento fora daqueles do campo de abrangência de cobertura do plano, em regra, nem tratamento experimental, expressamente vedado.

Veja-se que a alegação do impacto econômico perde muita força quando a negativa de cobertura limita-se ao cotejo da previsão ou não do procedimento no rol da ANS, sem que se analise se o pleiteado de fato constitui obrigação excessiva à operadora e causará desequilíbrio contratual.

A aplicação do rol de forma exemplificativa gera um

8 FARAH, op. cit.

desequilíbrio contratual imprevisível que coloca em risco a própria atividade em si, porque assumida sem que se possa contar com a probabilidade na feitura dos cálculos atuariais. O resultado é negativo não só para a operadora, mas para seus beneficiários, para outros planos e seus beneficiários e para a sociedade em geral. Só resta admitir a taxatividade como regra, devendo essa taxatividade observar algumas exceções, como quando necessário dar efetivo cumprimento à finalidade do contrato, entregando contraprestação útil à prestação mensal paga, e de forma a submeter-se à razoabilidade quando o pleiteado não constitui desequilíbrio na relação, mas melhora a qualidade de vida do consumidor.

3 AS DEMANDAS JUDICIAIS ENVOLVENDO A TAXATIVIDADE

Feita essa introdução sobre o tema, podemos avançar para uma breve análise da prática forense nas demandas nas quais se discute o rol de procedimentos da ANS, se taxativo ou não, com observações envolvendo a experiência deste articulista.

3.1 O ÔNUS DA PROVA

O primeiro ponto ao tratarmos de ônus da prova é reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão, como preceitua a Súmula n. 608 do STJ. Em que pese a edição dessa súmula, algumas operadoras de saúde insistem em suas contestações em negar a aplicabilidade do aludido diploma, o que deveria atrair a sanção do art. 81 do CPC, diante da litigância de má-fé ao deduzir pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 80, I, CPC).

Essa sanção se justifica porque, independentemente do resultado da demanda, o magistrado é obrigado a examinar e afastar essa tese já vencida. Trata-se de uma conduta desleal e que fere o princípio da cooperação, porque assim agindo a operadora consome tanto o tempo da parte autora quanto o do julgador, com prejuízo a outros processos, mesmo ciente de que sua tese não possui guarida no ordenamento jurídico nacional.

Com a aplicação do CDC abre-se a possibilidade da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) *ope iudicis*, ou seja, a depender da análise do magistrado no caso concreto, salvo quando se tratar de publicidade enganosa, quando deve ser considerada *ope legis* (art. 38 do CDC).

No entanto, no cotidiano forense nem sempre é observada a melhor técnica durante a demanda, o que leva a uma aplicação confusa da legislação que tende a desequilibrar a relação processual em favor do autor, que é o caso da incidência indiscriminada da aludida inversão do ônus probatório contida no Código de Defesa do Consumidor. A função desse instituto é, reconhecendo a hipossuficiência ou hipervulnerabilidade do consumidor, equilibrar a relação a fim de que haja paridade de armas, e não passar com um rolo compressor sobre o contraditório e até mesmo sobre os fatos.

Sabe-se que a inversão do ônus probatório é regra de instrução, e não de julgamento, de modo que por lealdade processual, e a fim de evitar surpresa para a parte a quem o ônus é transferido, deve constar expressamente da decisão judicial que saneia o processo, quando então o feito estará maduro para avaliar a questão, salvo nas ações que tramitam pelo rito da Lei n. 9.099/1995, quando, diante da sumariedade dos atos, deve ser decidida de plano pelo juiz.

Essa inversão do ônus da prova, contudo, não é automática e nem deve ser tratada como se fosse, pois somente se justifica para os casos em que o consumidor não tem condições de provar o alegado ou se tornaria excessivamente penoso fazê-lo. Em outros termos, quando o consumidor tem condições de realizar a prova ao menos até algum limite, o ônus a ele compete.

Quanto à saúde pública, o ônus da prova encontra-se pacificado em vários pontos diante do julgamento dos temas 500⁹ e 1.161¹⁰ do Supremo Tribunal Federal e, espera-se, também com o tema 006, ainda sem tese definida, e com o Tema 106¹¹ do Superior Tribunal de Justiça.

Com base em tais temas elaborei a seguinte tabela sintética que determina o ônus do autor quanto à prova, ainda com a probabilidade do que deve vir a constar do Tema 006 do STF:

9 Tema 500 STF - 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

10 Tema 1.161 STF - Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

11 Tema 106 STJ - A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Tema 500	Tema 500	Tema 500	Tema 500
Mora da ANVISA; pedido de registro do medicamento em outras agências do exterior; prova da raridade da doença (medicamento órfão)	Laudo médico comprovando a necessidade do medicamento fundado em MBE	Imprescindibilidade clínica do tratamento	Mora da ANVISA; pedido de registro do medicamento em outras agências do exterior; prova da raridade da doença (medicamento órfão)
Inexistência de substituto terapêutico no Brasil	Prova de ausência de substituto terapêutico ou similar fornecido pelo SUS.	Impossibilidade de substituição similar constante dos protocolos do SUS	Ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS

O que chama atenção quanto aos temas e a questão probatória é que, no tocante à saúde pública, cabe ao autor demonstrar que aquilo que está sendo pedido não só é imprescindível como não pode ser substituído por nenhum outro item fornecido pelo Sistema Único de Saúde.

E seria possível impor o mesmo ônus nas demandas envolvendo a saúde suplementar?

Quanto à cobertura ou não de determinado procedimento, o rol é de fácil consulta¹², e ainda assim tem sido comum que os advogados

¹² Basta acessar a página <https://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir/o-que-e-o-rol-de-procedimentos-e-evento-em-saude/consultar-se-procedimento-faz-parte-da-cobertura-minima-obrigatoria>

juntem a íntegra do aludido rol, representando mais de cento e vinte páginas inúteis no processo. Fica aqui a advertência sobre a importância de saber o que é ou não relevante em uma demanda.

O médico assistente deve apresentar um laudo fundamentado em medicina baseada em evidência (MBE) a fim de demonstrar a imprescindibilidade daquilo que se pleiteia. Com base no dever de informação previsto no CDC e do art.10 da Resolução ANS n. 395/2016¹³, a eventual negativa por parte da operadora do plano de saúde deve ser fundamentada, apontando inclusive o que se encontra coberto como substituto terapêutico ou similar, não podendo se limitar à alegação de ausência de previsão no rol de procedimentos da ANS. Com essa negativa poderá o médico assistente do autor complementar seu laudo, tudo isso antes do ajuizamento da ação.

Ocorre que nem sempre as operadoras cumprem com sua obrigação legal. Nesse caso caberá ao autor da ação comprovar que aquilo que se pleiteia não se encontra coberto, no todo ou em parte¹⁴, pelo rol da ANS e apresentar laudo médico claro e baseado em MBE sobre a imprescindibilidade do tratamento.

Como o art. 10 da Resolução ANS n. 395/2016 e o dever de informação ao consumidor determinam que cabe à operadora fornecer as razões da negativa, não o tendo feito resta clara a necessidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando em juízo.

Veja-se que há uma justa repartição do ônus probatório: ao autor compete demonstrar já em sua inicial que entrou em contato com o plano de saúde, que apresentou a requisição e o laudo médico circunstanciado, e à operadora que prestou todas as informações pertinentes, demonstrando

13 Art. 10. Havendo negativa de autorização para realização do procedimento e/ou serviço solicitado por profissional de saúde devidamente habilitado, seja ele credenciado ou não, a operadora deverá informar ao beneficiário detalhadamente, em linguagem clara e adequada, o motivo da negativa de autorização do procedimento, indicando a cláusula contratual ou o dispositivo legal que a justifique.

14 Digo em parte porque muitas vezes o procedimento é coberto, mas seus acessórios, como prótese ou outros itens específicos, não.

as razões da impossibilidade de proceder à cobertura pretendida. Entendo que a falta dessas provas pela parte autora em sua inicial conduzirá à imediata extinção do feito sem julgamento de mérito (art. 485, I do CPC) por ausência de documento indispensável à propositura da ação (art. 320, do CPC)¹⁵, e a falha no dever de informação pela operadora do plano de saúde, diante da inversão do ônus da prova, militará favoravelmente à pretensão da parte autora, embora não conduza à automática procedência da demanda.

São matérias comuns de defesa, além da alegação da não cobertura do procedimento, o desequilíbrio contratual e a necessidade de formação de junta médica para dirimir conflito entre o médico assistente e a operadora, nos termos da Resolução ANS n. 465/2021.

No tocante ao desequilíbrio contratual usualmente alegado pela operadora do plano de saúde, o consumidor não tem condições nem de ter acesso aos dados, nem de demonstrar que o seu pleito afetará negativamente a relação prestação/contraprestação. Cabe à operadora trazer aos autos informações concretas acerca do aludido desequilíbrio, não bastando alegações genéricas que presumem que isso ocorrerá.

Evidente que poderá a operadora demonstrar o efeito nocivo da litigância em massa pois, embora a demanda em análise pontualmente considerada possa não afetar o equilíbrio financeiro da pessoa jurídica, a soma das várias demandas podem fazê-lo, mas compete à operadora demonstrar isso.

15 1. Nos termos do art. 320 NCCP, a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. 2. A indispensabilidade da juntada do documento com a petição inicial é aferível diante do caso concreto, isto é, depende do tipo da pretensão deduzida em juízo. 3. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos legais ou que apresenta defeitos e irregularidades, dará prazo de 15 (quinze) dias para que o autor a emende ou a complete, sob pena de indeferimento da inicial e consequente extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 321, parágrafo único c/c o artigo 485, inciso I, do NCCP." [Acórdão 1233989](#), 07047851320198070006, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 27/2/2020, publicado no DJE: 18/3/2020

Deve ser observada ainda aquilo que adverte Renata Farah em seu artigo transcrito em linhas volvidas, ou seja, que a relação de custo seja analisada global, e não pontualmente.

Pode-se argumentar que a possibilidade de revisão da cobertura com base nesse entendimento abriria espaço para a instabilidade da relação contratual e equivaleria à aplicação da tese de que o rol de procedimentos da ANS seria exemplificativo, pois o consumidor sempre poderia questioná-lo em juízo.

Como já argumentado, o rol é taxativo e deve ser presumida a sua regularidade, até porque oriundo da ANS, utilizando-se inclusive os mesmos argumentos dos temas dos tribunais superiores já indicados. Em situações pontuais poderá o consumidor demonstrar a irrazoabilidade do rol ou que da forma como proposto esvazia a finalidade contratual e torna-se extremamente favorável à operadora. É o caso, por exemplo, de prótese customizada essencial para a realização do ato cirúrgico. Assim, embora o procedimento seja coberto, a prótese customizada não o é, e aquela oferecida pela operadora não é útil, tornando o acessório mais importante que o principal. Ainda assim também deverá ser analisada a questão do custo, desde que suscitado pela parte ré nos termos já lançados.

A jurisprudência também tem se manifestado de forma mais acurada quando trata de casos específicos. Em situação decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, as operadoras de plano de saúde estariam obrigadas a cobrir apenas as “órgeses, próteses e materiais especiais (OPME) sem a finalidade estética e que necessitem de cirurgia para serem colocados ou retirados, ou seja, que se qualifiquem como dispositivos médicos implantáveis, independentemente de se tratar de produto de alto custo ou não”¹⁶.

Definindo o julgado três critérios para saber se a prótese ou órtese é ligada ao ato cirúrgico: (i) ser introduzida (total ou parcialmente)

16 REsp 1673822/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 11/05/2018.

no corpo humano; (ii) ser necessário procedimento cirúrgico para essa introdução e (iii) permanecer no local onde foi introduzida, após o procedimento cirúrgico.

Assim, prevalece a taxatividade que somente pode ser excepcionada quando houver fundadas razões médicas, não houver substituto terapêutico ou similar presente no rol da ANS e não houver desequilíbrio contratual.

Isso afasta, por exemplo, demandas que buscam privilégios, e não direitos, como as que pretendem atendimento em hospitais de alto nível ou por profissionais extremamente caros não cobertos pelo plano contratado alegando que sem isso serão prejudicados.

Há interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do ministro Luis Felipe Salomão¹⁷, que aborda diversos desses pontos. Reconhece que o plano de saúde possui relevância pública e que, da leitura do art. 22, §1º da Lei n. 9.656/1998, extrai-se que o legislador demonstrou preocupação com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos de saúde, que devem possuir adequado plano de custeio. Cita, ainda, o art. 10, VII do mencionado diploma para dizer que a obrigação das operadoras quanto a órteses e próteses será somente àquelas ligadas ao ato cirúrgico. Desse modo, “o que define a cobertura legal mínima obrigatória é colocação extremamente sutil: o fornecimento do dispositivo é vinculado (entenda-se necessário) para que o ato cirúrgico atinja sua finalidade”.

E a ementa finaliza sintetizando o que já abordei ao longo do texto, de que “não se pode ignorar que a contraprestação paga pelo usuário do plano de saúde é atrelada aos riscos assumidos pela operadora, calculada de maneira a permitir que, em uma complexa equação atuarial, seja suficiente para custear as coberturas contratuais e cobrir os custos de administração, além de, naturalmente, gerar os justos lucros”. E a modificação posterior das obrigações, além de insegurança jurídica, gera desequilíbrio contratual e enriquecimento sem causa ao usuário do plano.

17 REsp 1915528/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 17/11/2021

Vale aqui o que foi explicado anteriormente: quem adquire um carro popular pode esperar tudo o que deve vir em um carro, mas não pode exigir um carro de luxo. A jurisprudência sentimental nesses casos causa terríveis males à sociedade ao instabilizar as relações sociais, ilustrando quicá o ditado de que o que os olhos não veem, o coração não sente. Ao julgador, contudo, cabe recorrer à espada de Thundera e ter a visão além do alcance, ou visão consequencialista, não se permitindo pautar por emoções como comiseração, “justiçamento contra os ricos” ou a sensação de messianismo salvador de vidas, até porque o resultado pode ser justamente o oposto.

Por fim, quanto à Resolução Normativa ANS n. 424/2017, que prevê que diante da divergência entre o médico assistente e o plano deve ser formada uma junta médica com um terceiro profissional para decidir, trata-se de excelente ferramenta que raramente é bem aplicada.

O art. 10, caput, da aludida norma informa que cabe à operadora do plano de saúde iniciar o procedimento¹⁸, e, embora aleguem isso em contestação, tal prática raramente é levada a cabo. Nesse caso não pode a operadora de saúde deixar de cumprir com sua obrigação e imputá-la ao consumidor pretendendo apontar falta de interesse de agir pela não participação do médico assistente.

Por outro lado, iniciado corretamente o procedimento, por dever de lealdade deveria dele participar o médico assistente e, ainda que a demanda viesse a aportar no Judiciário pela inafastabilidade garantida constitucionalmente, o feito estaria muito mais maduro para análise pelo juiz. Cabe questionar, e não será feito nesse artigo, se a ausência do médico assistente ao procedimento equivaleria a uma falta de interesse de agir por ausência de pretensão resistida, considerando que a operadora deveria estar disposta a aceitar a conclusão se negativa à sua pretensão,

18 Art. 10. A operadora deverá notificar, simultaneamente, o profissional assistente e o beneficiário, ou seu representante legal com documento circunstanciado que deverá conter: (...)

mesmo que fora do rol da ANS. E estaria ela de fato, se a tese forte de defesa da contestação é sempre a taxatividade do mencionado rol?

Quando da decisão saneadora, momento no qual ocorre a análise do pedido de inversão do ônus da prova e faculta-se às partes que, justificadamente, indiquem as provas que pretendem produzir, algumas vezes as operadoras pleiteiam a realização de prova pericial com o intuito de comprovar a moléstia do autor e a necessidade do tratamento pretendido.

Via de regra trata-se de prova inútil, porque quando se faz o cotejo da inicial com a contestação nota-se que na quase totalidade dos casos a controvérsia incide nas questões já apontadas, quais sejam, a taxatividade do rol de procedimentos da ANS e o desequilíbrio econômico do contrato. Algumas vezes também se alega a falta de interesse processual consistente na não realização do procedimento de junta médica.

Diante disso ficam incontroversos a moléstia do autor e a necessidade do procedimento almejado. Caberia à operadora indicar de forma específica e com laudo fundado em MBE, como já foi dito, qual seria a alternativa prevista na cobertura do plano que poderia suprir a necessidade do usuário, quando então de fato haveria controvérsia sobre esse ponto.

Até mesmo a alegação de desequilíbrio financeiro do contrato depende da demonstração efetiva de lesão, que não pode ser presumida, tal qual já abordado.

3.2 A TUTELA DE URGÊNCIA

Usualmente a inicial nas demandas envolvendo a saúde suplementar é apresentada com o pedido de inversão de ônus da prova e de concessão de tutela de urgência, nem sempre adequadamente fundamentada por não demonstrar, à luz dos critérios médicos, a presença de urgência ou emergência conforme a Resolução CFM n. 1.451/1995 e o

art. 35-C da Lei n. 9.656/1998¹⁹. Considera-se ainda que a regra nesse tipo de demanda é o pleito de itens não cobertos pelo plano contratado.

Embora o julgador não possua formação técnica para analisar a gravidade médica da situação posta a seu exame, alguns elementos podem ser indicadores de que a urgência não está presente, como a documentação médica deixar de mencionar expressamente urgência ou emergência (e não apenas sofrimento ou dor); a data dos exames médicos, da procuração e de outros documentos serem mais antigos e não recentíssimos; o uso da expressão “eletivo” entre outros.

Ou a situação é urgente ou não é. Ela não pode se tornar urgente para ser decidida em horas pelo juiz se houve longo tempo para marcar consultas médicas, se a moléstia se arrasta há algum tempo, se o advogado teve tranquilidade de colher a procuração com bastante antecedência e preparar sua petição. Além do que, a própria natureza do que se pede nitidamente não é urgente, como ocorre nos pleitos de cobertura de cirurgia bariátrica. A urgência prevista no art. 300 do CPC é uma previsão processual geral que só se concretiza em cada caso à luz dos fatos e da ciência a eles relacionada. Por exemplo, o que dirá se uma casa sofre o risco de ruína não é a petição, mas o laudo da defesa civil ou de engenheiro civil claro e expresso. Da mesma forma, o que diz se uma medida de saúde é urgente a ponto de não permitir o contraditório são os documentos médicos constantes nos autos a denotar a necessidade de imediata atenção e concessão sob pena de risco ao resultado útil do processo.

Como bem destacou o ministro Villas Bôas Cuevas, do Superior Tribunal de Justiça, prescrição médica não é título executivo extrajudicial, não se podendo revesti-la de certeza, liquidez e exigibilidade

19 Para uma análise mais aprofundada do tema, remeto ao artigo que escrevi para a Revista do Comitê Executivo de Saúde do CNJ em Goiás, n. 1, janeiro de 2021, “A tutela provisória à luz dos conceitos de emergência e urgência médicas na judicialização da saúde” (p. 17-23).

hábil a garantir não só a concessão da tutela de urgência como o mérito da demanda²⁰.

Na prática são raras as demandas que apresentam provas contundentes hábeis a garantir a concessão de tutela de urgência sem a oitiva da parte contrária. É dever recordar que o contraditório é a regra no sistema processual brasileiro (art. 10, do CPC), sendo a concessão de medida sem a oitiva da parte contrária exceção que deve ser fundamentada. Também não se deve confundir a tutela de urgência (art. 300 do CPC) com a tutela de evidência (art. 311, do CPC). É comum que a parte autora enfatize a existência de documentação suficiente para provar seu direito e a injusta resistência da parte ré, mas se limite a alegar generalidades quanto à urgência, afirmando estar presente um risco abstrato à saúde (os mais dramáticos dizem que à vida) e referenciando de forma não específica os documentos médicos. Isso não é suficiente para a concessão da tutela de urgência.

Por outro lado, é fato notório que o sistema processual brasileiro se tornou mais lento, vez que o prazo para contestação passa a contar a partir da audiência de conciliação, se não existirem intercorrências, e em dias úteis. Soma-se a essa mora processual o excesso de demandas em trâmite e o fato de que, tratando-se de litígio que envolve direito à saúde, ainda que não presente a urgência, na maioria dos casos existe um risco de piora, ou um decréscimo de qualidade de vida, do paciente enquanto aguarda a decisão. Com isso tudo o julgador tem em mãos um dilema: em um prato da balança está a inexistência de elementos para a concessão imediata da tutela de urgência, no outro, o risco de que decidir a respeito disso apenas quando do saneamento do processo poderá configurar uma piora na qualidade de vida da parte autora, embora atualmente não exista esse perigo.

Uma solução que se apresenta ao magistrado é a da aplicação

20 SCHULZE, Clênio Jair. Prescrição médica não é título executivo extrajudicial. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/prescricao-medica-nao-e-titulo-executivo-extrajudicial>. Acessado em 26/4/2022.

do que chamo de contraditório sumariado, no qual, paralelamente ao cumprimento dos prazos do rito ordinário, faculta-se à parte ré o direito de se manifestar sobre o pleito de tutela de urgência em prazo fixado em cada caso pelo juiz conforme a urgência e complexidade da demanda.

Como nos litígios envolvendo saúde suplementar existe prévia negativa da operadora, a probabilidade de conciliação é quase nula, razão pela qual entendo-a dispensável, considerando os princípios da eficiência, celeridade e economia, afinal, a realização da audiência conciliatória que previamente se sabe inútil consumirá pauta de outros processos e postergará o trâmite processual. Assim, a parte ré pode ser citada diretamente para que, querendo, conteste e se manifeste sobre o pedido de tutela de urgência, ou até mesmo acene com um acordo.

Os prazos processuais, como para contestação e réplica, correrão normalmente, enquanto em paralelo transcorre o prazo para que o réu se manifeste sobre o pedido de urgência do autor e o juiz decida a respeito. No mesmo prazo para manifestação da operadora poderá o julgador determinar a consulta ao NATJUS ou ao e-NATJUS nacional.

Uma ferramenta importante de apoio ao magistrado nas demandas de saúde são os Núcleos de Apoio Técnico (NATJUS) instalados nos tribunais conforme recomendação do Conselho Nacional de Justiça, e que, ao menos em Goiás, são formados por médicos e farmacêuticos aptos a emitirem pareceres nas demandas de saúde pública e suplementar em poucos dias e, em caso de urgência ou emergência médica, em até vinte e quatro horas, inclusive em plantões e recessos. Também está disponível a todos os juízes a plataforma e-NATJUS, que supre essa função mediante consulta feita pelo julgador.

Os pareceres fornecem informações essenciais para o deslinde da demanda, como se é caso de urgência ou emergência médica; a existência de substitutos terapêuticos ao que se pleiteia; a pertinência daquilo que se pede com a documentação acostada; se existe registro na ANVISA; se o item está incorporado ao SUS e, caso positivo, qual o ente competente para sua dispensação, entre outros.

Com todos os dados em mãos, respeitando um contraditório sumariado dentro do qual poderão ser fixados pontos controvertidos provisórios quanto à tutela de urgência (como o risco de agravamento, a obrigatoriedade de cobertura do item pleiteado diante do rol de procedimentos da ANS ou a existência de substitutivos equivalentes de cobertura obrigatória à luz da medicina baseada em evidência), poderá o magistrado decidir a respeito sem que haja prejuízo ou tumulto ao fluxo ordinário do processo.

Com alguma segurança é possível dizer que as demandas judiciais envolvendo a saúde suplementar possuem como regra o pedido de tutela de urgência. Como visto, são raros os casos nos quais existem elementos que autorizem a concessão da aludida tutela sem a oitiva da parte contrária, tendo em vista que a maioria das situações não se encaixa nos conceitos de urgência ou emergência médicas. Por outro lado, o bem em litígio exige do juiz um maior cuidado, não admitindo mora no julgamento. A fim de conciliar interesses e equilibrar princípios, sugere-se a realização do contraditório sumariado paralelamente ao rito ordinário, o que ampliará o campo de análise do magistrado e assegurará direitos de ambas as partes.

4 CONCLUSÃO

Neste artigo me propus a examinar de forma muito breve a questão envolvendo a taxatividade ou não do rol de procedimentos da ANS, aderindo à primeira tese, e a demonstrar a aplicação disso na prática jurídica, notadamente quando se trata da divisão do ônus probatório entre operadora e usuário e como examinar o pedido de tutela de urgência usualmente pleiteada em conformidade com o direito ao contraditório e, por consequência, mais próximo aos fatos e não às versões.

No tocante à taxatividade, defendi sua aplicação de forma mitigada, excetuando-se os casos em que há laudo médico detalhado que

demonstre a imprescindibilidade daquilo que se pleiteia, a ausência de substitutivo terapêutico na cobertura contratada, tal qual já determinado nos temas 500, 1.161 e, espera-se, 6 do Supremo Tribunal Federal e tema 106 do Superior Tribunal de Justiça, e ausência de desequilíbrio contratual, observada a relação à luz do conjunto de demandas existentes ou prováveis que podem vir a desestabilizar o custeio do plano. Também excetuam-se os casos em que, coberto o procedimento, os acessórios cirúrgicos fornecidos pelo plano são insuficientes ou ineficazes, mantendo-se, porém, os mesmos critérios apontados de existência de laudo médico, de substituto terapêutico e de respeito ao custeio e continuidade do plano.

Diante disso, propus uma divisão do ônus da prova de modo que o autor já em sua inicial deve indicar se há cobertura do procedimento conforme rol da ANS, no todo ou em parte, e apresentar o relatório médico mencionado feito em conformidade com a medicina baseada em evidência, que deverá refutar inclusive eventual negativa fundamentada da operadora, sob pena de indeferimento da peça por se tratar de documento essencial ao ato. À operadora compete, em regra, demonstrar a existência de substituto terapêutico coberto pelo plano contratado e de que forma haveria desequilíbrio contratual de modo concreto, e não apenas abstratamente como hipótese.

Por fim, propus que quando do pedido de tutela de urgência o magistrado não o defira apenas baseado na narrativa de risco à saúde ou à vida e porque se trata de demanda de saúde, mas examine à questão à luz dos conceitos técnicos de urgência ou emergência médica e da data do conjunto probatório, se o caso auxiliado pelo NATJUS local. Não sendo o caso de deferimento ou indeferimento liminar, sugeri que se abrisse paralelamente ao rito ordinário um contraditório sumariado de modo a ponderar os direitos do usuário e da operadora e de ter acesso a ambas as versões e, assim, melhor se aproximar dos fatos.

O objetivo deste artigo não foi o de exaurir os temas complexos que aborda, mas apresentar soluções práticas aos profissionais que atuam na área, sejam advogados ou magistrados, delimitando e organizando o debate a fim de que se possa dar uma resposta adequada ao problema dentro da legalidade, sem olvidar as consequências da decisão judicial. Vale lembrar: as demandas em saúde, ainda que individuais, possuem em regra impacto coletivo.

Flávia Fabiane Nascimento Figueira

O IDEAL DE IGUALDADE E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O IDEAL DE IGUALDADE E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Flávia Fabiane Nascimento Figueira

Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional. Juíza de Direito em Pernambuco, em exercício na Vara do Júri da comarca de Olinda.

RESUMO

Este artigo objetiva analisar a igualdade no aspecto substancial e como aliar o direito à igualdade ao reconhecimento da diferença. Questiona os direitos das mulheres pela igualdade ao longo dos anos e a importância de se criar um debate entre a igualdade de gênero ao combate da violência contra a mulher, bem como sobre a implementação de políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero.

Palavras-Chaves: Igualdade. Diferença. Violência contra a Mulher.

ABSTRACT

This article aims to analyze the Equality, in substancial aspect, and how to associate the equality right to recognition of difference. It questions the achievements of women in equal rights over the years and the importance of create a debate between gender equality and violence against women, as well as the implementation of public policies against gender violence.

Keywords: Equality. Difference. Violence against Women.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, a discussão sobre direitos humanos ganhou relevância global, ante a necessidade de se compreender a dimensão dos impactos trazidos pela guerra e de se positivar direitos mínimos aos cidadãos em razão dessas transformações.

Os horrores trazidos pelo Holocausto e as consequências oriundas da bomba atômica nas cidades de Hiroshima e Nagasaki fizeram com que a comunidade internacional refletisse sobre a necessidade de se criar políticas públicas capazes de conferir proteção aos povos, estabelecer limites, evitar violações e tutelar normas, já que a guerra provocou a invisibilidade e o apagamento do ser humano como sujeito de direito.

Nesta esteira, em 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos com o intuito de incentivar a adoção de medidas protetivas e assecuratórias pelos países, valorizando-se a liberdade, a igualdade e a dignidade.

Como o objetivo era a proteção universal, a igualdade prevista nesse contexto é a igualdade formal, segundo a qual todos devem ser tratados de maneira igualitária, sem distinções, independentemente de raça, crença, orientação sexual, gênero ou qualquer outra forma de discriminação.

Contudo, o conceito de igualdade formal pode, paralelamente, trazer mais desigualdade do que se pretende, uma vez que, ao dizer que todos são iguais perante a lei, não se permite equalizar as desigualdades existentes entre determinados grupos sociais, além de desconsiderar marcadores sociais que podem dificultar a mobilidade de determinados grupos.

Nesse aspecto, a igualdade material ou substancial surge como meio de se promover a igualdade a todos, mas levando-se em conta a heterogeneidade dos grupos sociais, suas necessidades e diversidades.

2 IGUALDADE, RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA E INTERSECCIONALIDADE

A medida que a igualdade material reforça a necessidade de se reconhecer os direitos das minorias, é possível verificar, ao longo dos anos, os percalços para se alcançar tratamento igualitário nas questões de gênero.

Para a professora Flávia Piovesan, esse tratamento igualitário depende do reconhecimento de identidade e ao direito à diferença, isto porque deve-se identificar o ser humano de acordo com suas particularidades e vulnerabilidades, sem se olvidar que grandes violações de direitos humanos decorreram do que a autora conceitua como “temor à diferença¹”.

Com efeito, ao lembrar, por exemplo, das atrocidades ocorridas no Holocausto, não se pode esquecer que o que distinguiu o grupo dominante foi justamente a crença de que detinham superioridade racial, fisiológica e de crenças. Os grupos que não se enquadravam nesses marcadores sociais foram subjulgados e extintos. Foi o sentimento de intolerância que moveu esse grupo, principalmente a impossibilidade de se compreender que, em um mundo plural, existem pessoas diversas. Foi o temor à diferença, como diz a autora.

Falar em sociedades plurais é reconhecer que, mesmo em um único grupo, é possível visualizar diferentes padrões culturais, religiosos, sociais, raciais. Assim, a homogeneidade de um grupo, apesar de não absoluta (considerando a subjetividade de cada indivíduo, que sempre se distingue um dos outros em menor ou maior escala), passou a ser vista somente naquela parcela que ocupava os espaços de poder.

1 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos das Mulheres. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan./mar. 201

Por consequência, as relações de dominação criam situações desiguais e de opressão aos grupos minoritários, os quais, só são considerados minoritários por não guardarem relação identitária com os grupos majoritários.

Nessa esteira de pensamento é que surgiu a necessidade de se contemplar o “reconhecimento da diferença”, como movimento de valoração às questões identitárias. Como qualquer movimento social, o reconhecimento da diferença também reverbera na área jurídica, uma vez que provoca a reflexão de como assegurar a igualdade aos grupos minoritários, ou seja, como construir mecanismos estruturais de proteção jurídica, valorizando as particularidades desses grupos.

Para Nancy Fraser, para se falar em justiça social é preciso relacionar os conceitos de redistribuição e reconhecimento. Para a autora, a redistribuição busca compreender a desigualdade social baseada na estrutura política e socioeconômica, redistribuir recursos de forma igualitária. Quanto ao reconhecimento, a justiça social tem por enfoque a análise sobre as perspectivas das minorias (gênero, racial, etc)².

Por sua vez, a jurista Alda Facio sugere uma maneira de repensar o direito sob uma nova perspectiva de gênero, a partir dos movimentos feministas, o que a autora denomina de “O Direito da Mulher”³.

Além do mais, para se compreender o que seria “diferente”, ou seja, entender a singularidade de cada grupo social, é imprescindível a interseccionalidade de identidades sociais, uma vez que os modos de opressão e dominação de gênero, nos aspectos racial e social, se relacionam entre si, e em razão disso, não podem ser analisadas isoladamente, sob pena de enfraquecimento das reivindicações.

2 FRASER, N. 2008. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: D. IKAWA; F. PIOVESAN; D. SARMENTO (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, p. 172-191.

3 FACIO, Alda. Com los lentes del género se ve outra justicia. **El Otro Derecho**, n. 28, Jul. 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

Na terceira onda dos movimentos feministas já se vê a abordagem a conceitos de diversidade, pluralismo e interseccionalidade. Nesse contexto, com a inserção de questões raciais e de classe, foi possível universalizar as questões de gênero e compreender que o racismo é determinante como meio de opressão, já que reforça a invisibilidade da mulher negra e impede sua mobilidade social.

A ativista feminista americana Bell Hooks já alertava para o apagamento das mulheres negras nos movimentos feministas, cujo protagonismo era destinado, em sua grande maioria, às mulheres brancas de classe média⁴.

Da mesma forma, a professora Kimberle Crenshaw afirma que só com a interseccionalidade é possível, ao mesmo tempo, incluir questões raciais nos debates sobre gênero e direitos humanos assim como incluir questões de gênero nos debates sobre raça e direitos humanos⁵.

Nesse cenário, a autora acrescenta que, enquanto no passado a diferença entre homens e mulheres serviu de suporte para naturalizar a desigualdade de gênero, hoje já não pode mais ser usada com tal justificativa. Ao contrário, o conceito da diferença deve ser utilizado para provocar o debate, trazer reflexões e introduzir o discurso de gênero aos direitos humanos⁶.

Assim, verifica-se que a aplicação do princípio da igualdade de forma plena – tratar os desiguais na medida de suas desigualdades – implica no reconhecimento da diferença. Dentro da perspectiva de gênero é possível se pensar em novas formas de construção de direito, mais justas e igualitárias.

4 HOOKS, Bell, 1952. **O feminismo é para todo mundo**: políticas arrebatadoras. Tradução Bhuvli Libanio. 13.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020. p. 89 -94.

5 CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. IN: VV.AA. **Cruzamento**: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

6 CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Disponível em: www.unifem.undp.org/progdisownw/ (N.R.)

3 INSTRUMENTOS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Só quando se analisa os ideais de igualdade sob o enfoque identitário, é possível questionar sobre quais políticas públicas de enfrentamento à discriminação e a violência de gênero estão sendo implementadas e quais outras devem ser consideradas.

Fazendo-se uma linha temporal, observa-se que somente no ano de 1899 foi conferido à mulher o direito de exercer a profissão da advocacia. Ainda assim, só com o Estatuto da Mulher Casada de 1962 as mulheres obtiveram o direito de trabalhar sem prévia autorização do marido.

Vale ressaltar que pelo Código Civil de 1916 as mulheres eram consideradas, juridicamente, como incapazes, cabendo ao homem (pai ou marido) o poder de tomar todas as decisões familiares, inclusive patrimoniais. Invisíveis e anuladas em suas vontades, a mulher não tinha sequer direito de romper com suas relações afetivas, já que a Lei do Divórcio só foi aprovada no ano de 1977.

No campo penal não foi diferente. Basta lembrar que o revogado inciso VIII do artigo 107 do Código Penal de 1940 previa a extinção da punibilidade nos crimes contra os costumes (estupro, atentado violento ao pudor; posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto) se a vítima contraísse casamento com terceiro.

Compreendia-se o casamento como “reparação” ao mal sofrido, de modo que, ao casar, a “honra” da mulher violada sexualmente não estaria mais em discussão e, por consequência, não teria relevância penal.

Além disso, o ordenamento penal previa, como elemento normativo do tipo, o conceito de “mulher honesta” em vários dispositivos legais, como por exemplo, crimes de posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP) e rapto

violento ou mediante fraude (art. 219 do CP). Acrescenta-se que, no crime de posse sexual mediante fraude, a pena era maior se cometido contra mulher virgem (artigo 215, parágrafo único do CP).

A invisibilidade da mulher como sujeito de direito permitia que conceitos de moralidade, honestidade e reputação sobrepujassem à vontade estatal de punir quem violasse o ordenamento jurídico. Da mesma forma, dificultava à mulher o seu acesso à justiça, uma vez que para aquelas que não fossem consideradas “honestas”, dentro do conceito moral do sistema patriarcal, a lei não conferia proteção jurídico-penal a certos crimes tipificados no ordenamento jurídico.

Somente no ano de 2005 os artigos supracitados foram revogados por intermédio de uma reforma do Código Penal. E com o advento da Lei Maria da Penha no ano seguinte (Lei 11.340/2006) – e da Lei do Feminicídio, em 2015 (Lei 13.104/2015) – é possível dizer que o Brasil deu passos relevantes para institucionalização das políticas de enfrentamento à violência doméstica e familiar.

No plano internacional, graças aos movimentos feministas que vinham sendo articulados no decorrer dos anos, adotou-se, em 1979, a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

Segundo a professora Flávia Piovesan, esta convenção recebeu sensíveis reservas por parte dos Estados signatários no que tange à igualdade das mulheres, por discordarem da abordagem da convenção com relação aos direitos que lhe foram conferidos, em especial no tocante ao âmbito familiar. Para a autora, a resistência dos países deveu-se, sobretudo, ao pensamento sistêmico patriarcal de que a mulher deve se limitar a ocupar unicamente os espaços domésticos⁷.

7 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos das Mulheres. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 76-77, jan./mar. 201

De igual forma, merece destaque a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, em 1993, que, expressamente, reconheceu a escalada da discriminação e violência sofridas pelas mulheres e conferiu prioridade à proteção de seus direitos pela comunidade internacional.

Nessa esteira, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994, sedimenta o reconhecimento das questões de gênero, ao reconhecer que a violência contra a mulher constitui violação aos direitos humanos. A Convenção do Pará ainda foi além: conceituou violência, previu direitos e elencou políticas públicas de proteção aos direitos das mulheres.

De igual forma, não se pode olvidar as recomendações previstas pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) destinadas aos países signatários, as quais trazem relevantes inovações no tocante à violência de gênero.

E qual a importância desses instrumentos no cenário internacional? Deve-se ao fato de que a violência contra a mulher é fenômeno social dinâmico e galopante que implica, necessariamente, em grave violação de direitos humanos e, em razão disso, revela a necessidade do comprometimento da comunidade internacional ao seu enfrentamento.

4 Igualdade, violência contra a mulher e feminicídio

No ano de 2010, foi realizada a Pesquisa Mulheres Brasileiras nos Espaços Público e Privado (Fundação Perseu Abramo/Sesc, 2010), tendo sido coletadas as opiniões de 2.365 mulheres e 1.181 homens, com mais de 15 anos de idade, abrangendo 25 unidades da federação de áreas urbanas e rurais⁸.

⁸ Disponível em <https://fpabramo.org.br/publicacoes/publicacao/pesquisa-mulheres-brasileiras-e-genero-nos-espacos-publico-e-privado-2010/>

Disponível em <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/pesquisa-mulheres-brasileiras-nos-espacos-publico-e-privado-fundacao-perseu-abramosesc-2010/>

De acordo com a referida pesquisa, constatou-se que cinco mulheres são espancadas a cada 02 minutos no Brasil e que o parceiro (marido ou namorado) seria o responsável por mais de 80% dos casos reportados.

Segundo o Mapa de Violência 2015⁹, registrou-se, no ano de 2013, uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o que situou o Brasil na 5ª posição internacional de violência contra as mulheres, dentre 83 países do mundo.

O Estudo revelou, ainda, que no ano de 2013, foram vitimadas 4.762 mulheres. Desse número, constatou-se que 1.583 dessas mulheres foram mortas por seus parceiros ou ex-parceiros, representando 33,2% do total de homicídios femininos desse mesmo ano.

De acordo com o Atlas da Violência 2021¹⁰, 3.737 mulheres foram assassinadas no Brasil no ano de 2019, em decorrência tanto de violência doméstica ou familiar quanto em razão de violência urbana.

O Estudo constatou, ainda, que desse percentual, 66% das mulheres assassinadas no Brasil eram negras, de modo que enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 2,5, a mesma taxa para as mulheres negras foi de 4,1. Segundo a pesquisa, isso significa que o risco de uma mulher negra ser vítima de homicídio é 1,7 vezes maior do que o de uma mulher não negra.

Verifica-se que os estudos anteriores já apontavam para o fato de que as mulheres negras configuram a maioria dentre as vítimas assassinadas. A esse respeito, o Atlas de Violência menciona, expressamente, que desde o ano de 2009, a taxa de mortalidade de mulheres negras era 48,5% superior à de mulheres não negras, e em 2019 essa taxa passou a ser 65,8% superior à de não negras. Pelo que se observa, existe, dentre as vítimas assassinadas, um perfil preferencial.

9 Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf

10 Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes>

Apesquisa revelou que, em 2019, foram registrados 1.246 homicídios de mulheres ocorridos no interior de suas residências, o que representa 33,3% do total de mortes violentas de mulheres registradas. Destaca-se, ainda, que este percentual é próximo da proporção de feminicídios em relação ao total de homicídios femininos registrados pelas Polícias Cíveis no mesmo ano.

Além disso, constatou-se que os homicídios de mulheres ocorridas nas residências cresceram cerca de 10,6% entre os anos de 2009 e 2019.

Não é novidade que a maioria dos crimes de feminicídios ocorrem, de fato, no interior das residências. Tanto que a ONU já anunciou que o lugar mais perigoso para as mulheres são seus próprios lares, fato que se agravou com a pandemia do Covid-19, em razão da obrigatoriedade do isolamento social e da dificuldade de acesso aos serviços de proteção¹¹.

E quais os mecanismos criados para se combater essa violência de gênero?

Em 1985 foi criada a primeira delegacia da mulher no Brasil, influenciada pelo crescimento dos movimentos feministas, bem como pela redemocratização do Estado após quase duas décadas de ditadura militar.

Já se reconhecia, ainda que sutilmente, que a violência contra a mulher era uma questão real e que era necessária a adoção de políticas públicas para atender essa demanda.

Contudo, ainda não se discutia a questão de gênero como uma situação grave e merecedora de ações políticas específicas, de modo que, apesar da ideia da criação da delegacia da mulher ter sido replicada em vários Estados da federação, não se havia uma preocupação em levantamento de dados, realização de pesquisas e nem de capacitação de policiais a partir de uma perspectiva de gênero.

No Estudo do mapeamento das delegacias da mulher no Brasil¹², constatou-se não só a carência de recursos humanos, material e financeiro

11 Acessível em <http://www.onumulheres.org.br/covid-19/>

12 Acessível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/mapeamento-das-delegacias-da-mulher-no-brasil>

dessas delegacias, mas também a pouca disponibilidade de cursos de capacitação e preparação destinados aos policiais. De igual forma, não há dados sobre os eventuais impactos desses cursos nas vidas das mulheres policiais, uma vez que muitas delas também sofrem discriminação de gênero no local de trabalho e violência em seus lares.

E qual a relevância das delegacias das mulheres para o enfrentamento da violência contra a mulher? A delegacia é o primeiro contato da vítima que se encoraja em denunciar o agressor.

Sabe-se que a mulher, mesmo vítima de violência doméstica e familiar, têm dificuldades de denunciar seu agressor por inúmeros motivos pelos quais não se pode julgá-la, sob pena de aumentar o estigma e a culpabilização da vítima. Seja por medo, vergonha, dependência emocional/financeira ou quaisquer outras razões, também há o medo de ser desacreditada pelas pessoas e a crença na impunidade de seu agressor.

Quando a vítima se reveste de coragem e determinação para denunciar seu agressor, o primeiro local onde ela se dirige é para as instituições policiais, local onde ela precisa ter voz e se sentir acolhida.

Em razão disso, é de suma importância que as instituições policiais estejam suficientemente estruturadas para receber essas mulheres, com profissionais capacitados na escuta e no acolhimento.

No ano de 2006 entrou em vigor a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que teve origem após uma provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA que considerou que o país não dispunha de mecanismos suficientes de enfrentamento à prática de violência doméstica contra a mulher.

É bom lembrar que a referida Lei é um marco na violência de gênero, uma vez que prevê diversos mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de se mostrar mais combativa e ostensiva, considerando que antes da promulgação da referida lei, o crime de violência contra a mulher era considerado de menor potencial ofensivo.

Quase uma década depois, em 2015, foi tipificado o crime de feminicídio, qual seja, o homicídio de mulheres praticados no contexto discriminatório de gênero.

Não se pode olvidar que o assassinato de mulheres por seus companheiros era chamado, comumente, de crimes passionais, o que contribuía não só para a romantização da circunstância em que esses crimes eram cometidos – já que ligados aos sentimentos de paixão e amor – mas também reforçava a ideia de que a relação amorosa era privativa e particular do casal e só a eles interessava.

Em decorrência disso, foi amplamente aceito e acolhido nos Tribunais a tese da “legítima defesa da honra”, situação em que a relevância da conduta criminosa passava para a esfera de atuação da vítima, de modo que a depender de alguma conduta tida por odiosa praticada pela vítima – por exemplo, adultério – o agressor estaria legitimado e autorizado a defender sua honra pessoal, inclusive através do homicídio.

Em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar uma Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 779), firmou entendimento de que a tese da legítima defesa da honra seria inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero.

Na ocasião, reconheceu a Corte Suprema que a referida tese argumentativa configura institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica.

Como se vê, não se pode falar em igualdade de gênero sem antes reconhecer que é justamente a desigualdade que fomenta a violência contra a mulher. Todavia, a igualdade tem *status* constitucional, é princípio basilar e fundamental, sua valoração e importância são incontestes. A ordem constitucional brasileira reconhece a necessidade de se estabelecer uma sociedade igualitária.

Com diálogo e comprometimento, é possível transformar a previsão principiológica em ações afirmativas e em mecanismos de enfrentamento com potencialidade para desnaturalizar a discriminação de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da igualdade possui duas vertentes: formal e material. A primeira reduz à ideia de que todos são iguais perante a lei. Já a igualdade no sentido material é aquela que busca promover a igualdade a todos com o reconhecimento da heterogeneidade dos grupos sociais.

No decorrer dos anos, em especial no momento pós-guerra, passou a existir um diálogo entre a igualdade substancial e o reconhecimento da diferença, uma vez só ser possível equalizar desigualdades existentes entre determinados grupos sociais quando se reconhece a necessidade de se valorar as particularidades específicas de cada grupo.

O ideal de igualdade não pode ser estudado de forma genérica e abstrata, sob pena de se esvaziá-lo. Dentro de um sistema patriarcal, homens e mulheres não possuem o mesmo viés igualitário, e é por esta razão que não há como se falar em aplicar o princípio constitucional da igualdade de forma plena sem se levar em conta as questões identitárias.

No âmbito internacional, a violência contra a mulher já foi reconhecida como grave violação de direitos humanos e no Brasil este fenômeno social só tem aumentado com o passar dos anos. Isto reforça a necessidade de se implementar políticas públicas de enfrentamento à discriminação e a violência de gênero e a adoção de ações afirmativas, tudo isso visando se estabelecer uma sociedade justa, plural e igualitária.

REFERÊNCIAS

Atlas da Violência 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes>. Acesso em: 02 abr.2022.

BRASIL. **ONU Mulheres**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/covid-19/> Acesso em: 01 abr. 2022.

CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. IN: VV.AA. **Cruzamento: raça e gênero**. Brasília: Unifem, 2004.

FACIO, Alda. Com los lentes del género se ve outra justicia. **El Otro Derecho**, n. 28, jul. 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

FRASER, N. 2008. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: D. IKAWA; F. PIOVESAN; D. SARMENTO (coord.), **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, p. 172-191.

HOOKS, Bell, 1952. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Tradução Bhuvi Libanio. 13. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020. p. 89 -94.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos das Mulheres. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan./mar. 2001.

MAPA DE VIOLÊNCIA 2015. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acesso em: 03.04.2022

MAPEAMENTO DAS DELEGACIAS DA MULHER NO BRASIL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/mapeamento-das-delegacias-da-mulher-no-brasil> Acesso em: 03 abr.2022.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO/SESC, 2010. **Pesquisa mulheres brasileiras nos espaços público e privado**. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/publicacao/pesquisa-mulheres-brasileiras-e-genero-nos-espacos-publico-e-privado-2010/> e <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/pesquisa-mulheres-brasileiras-nos-espacos-publico-e-privado-fundacao-perseu-abramosesc-2010>. Acesso em: 03 abr. 2022.

Frederico Ricardo de Almeida Neves

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Frederico Ricardo de Almeida Neves

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa/Portugal

RESUMO

Este texto trata da arguição de inconstitucionalidade que é prevista no artigo 97 da Constituição, bem como nos artigos 948, 949 e 950 do CPC. O procedimento em questão é um modo de colocar à prova e monitorar a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

Palavras-Chave: Incidente. Questão prejudicial. Inconstitucionalidade

ABSTRACT

This text deals with the claim of unconstitutionality which is provided for in article 97 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, as well as in articles 948, 949 and 950 of the Brazilian Code of Civil Procedure. The procedure in question is a way of challenging and monitoring the constitutionality of laws and regulatory acts of the government. .

Keywords: Incident. Harmful issue. Unconstitutionality.

1 GENERALIDADES: UNIDADE E SISTEMA

O Direito, considerado objetivamente, é um conjunto de normas reguladoras da vida em sociedade. Estes padrões de comportamento não são criados de forma desconectada, mas, ao revés, são elaborados

articuladamente, dentro de um sentido unitário e sistêmico, em perfeita sintonia e completa subordinação à Constituição. Quando, eventualmente, surgir, no interior do sistema jurídico, lei ou outro ato normativo do Poder Público em desconformidade com norma ou princípio de magnitude constitucional, serão chamados a intervir os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade das leis.

2 FORMULAÇÃO INICIAL: MODELOS DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Poder Público é passível de comportar várias formas de exercício. A saber: (i) a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 102, inciso I, alíneas “a” e “p”, e artigo 103 da CR); (ii) a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, inciso I, alínea “a”, e § 2º, e artigo 103); (iii) o recurso extraordinário (artigo 102, inciso III, da CR); (iv) o incidente de arguição de inconstitucionalidade (artigo 97, da CR, e artigos 948, 949 e 950 do NCPC); (v) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, § 1º, da CR); (vi) a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da CR); e (vii) o mandado de injunção (artigos 5º, LXXI, e 102, inciso I, alínea “q”, da CR).

3 PRIMEIRA APROXIMAÇÃO:

121

3.1 Controle Concentrado ou Abstrato e Controle difuso ou incidental

Uma primeira aproximação com o objeto deste estudo passa pelo especial relevo que se empresta a duas modalidades de fiscalização de constitucionalidade: a principal (*principaliter*) e a incidental (*incidenter tantum*). A primeira, também chamada de abstrata e concentrada, é

exercida por ação judicial autônoma, de competência do Supremo Tribunal Federal¹ ou dos Tribunais de Justiça dos Estados², na qual a alegação de inconstitucionalidade é elevada à *questão principal*³, único e *exclusivo*⁴ objeto do processo, sem relação de subordinação a qualquer outro feito⁵. A segunda, também conhecida por concreta e difusa, surge como uma questão prejudicial ao enfrentamento do mérito da causa principal⁶. Pode ser exercida pelo juízo “*a quo*” e pelo juízo “*ad quem*”. No primeiro grau de jurisdição, o juiz pode, de ofício ou a requerimento, sem submeter-se a regime específico, por ocasião da prolação da sentença, cientificadas previamente as partes litigantes⁷, afastar a aplicação da lei ou de ato do Poder Público, quando verificar a sua desconformidade com a Lei Maior⁸.

1 Compete ao STF processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigo 102, inciso I, alínea “a”, da CR).

2 Leony, Léo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade Estadual*. Editora Saraiva. São Paulo, 2007, para quem “o controle de constitucionalidade por via de ação direta nos Estados ocorre, assim, a partir do contraste entre leis ou atos normativos estaduais ou municipais e a Constituição Estadual” (pág. 84).

3 Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Tomo VI, 3ª Edição Coimbra Editora. 2008, pág. 57

4 Moreira, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume V, 11ª Edição. Editora Forense, pág. 30.

5 Barbi, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidental*. Editora Forense. 7ª Edição. Rio de Janeiro, 1996, para quem o controle abstrato é exercido através de uma “ação judicial com a finalidade específica de examinar a constitucionalidade da lei, sem que nenhuma relação jurídica esteja em discussão. Se declarada a inconstitucionalidade, a ação terá como resultado a anulação da lei, ato este que, evidentemente, prevalecerá erga omnes, pois a lei deixou de ter validade. Assim, uma única decisão resolverá definitivamente a questão” (pág. 144).

6 Pelo sistema difuso ou incidental “quando, no curso de qualquer ação judicial, pretender uma das partes a aplicação de uma lei, para regular a relação jurídica em discussão, poderá o outro contendor defender-se dessa pretensão, alegando a inconstitucionalidade da mencionada lei. Se procedente a alegação, a lei não será aplicada pelo juiz à relação jurídica em litígio”, com eficácia *inter partes*. (Barbi, Celso Agrícola, Obra citada, pág. 144).

7 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (NCPC).

8 Streck, Lênio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Obra coletiva. Saraiva, 2016, pág. 1228.

Também os tribunais de segundo grau de jurisdição exercem o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, por meio do denominado incidente de arguição de inconstitucionalidade, que encontra consagração no artigo 97 da CR, bem como nos artigos 948, 949 e 950 do CPC.

Muitas são as arguições de inconstitucionalidade em tramitação no Órgão Especial do TJPE. Despertou particular interesse o julgamento de 06 de agosto de 2019, quando o Órgão Especial, sob a relatoria do Des. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, acolheu o incidente de arguição de inconstitucionalidade na apelação nº 405737-0, para declarar que o artigo 1º da Lei Estadual nº 14.689/2012, padecia de inconstitucionalidade por malferir os artigos 21, VIII, 22, VII, e 192 da Carta Maior. O aludido julgado concluiu, por maioria absoluta, que o legislador estadual não poderia proibir a cobrança de taxas de abertura de crédito ou confecção de cadastros ou quaisquer outras tarifas, implícitas ou explícitas, de qualquer nomenclatura, que caracterizem despesas acessórias ao consumidor na compra de bens móveis, imóveis e semoventes no âmbito do Estado de Pernambuco, tampouco determinar a devolução em dobro do valor pago a esse título, por usurpar a competência exclusiva da União para legislar sobre o assunto.

4 O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

123

4.1 ENUNCIADO

Assentes essas noções, e no que agora interessa, cumpre examinar, com algum pormenor, a arguição de inconstitucionalidade, enquanto incidente processual provocado perante o segundo grau de jurisdição, como questão prejudicial do julgamento de recurso, de ação de competência originária ou de remessa necessária.

5 CABIMENTO

Quando, durante a tramitação de processo judicial perante o tribunal, a norma jurídica que fundamentar a pretensão deduzida em Juízo for acoimada de inconstitucional – seja em sede de recurso, de reexame necessário ou de ação de competência originária do tribunal - terá cabimento o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Assim, em sendo apontada, no curso do processo, a desconformidade com a Constituição, da norma que ampara o pedido inicial, surge uma questão de natureza incidental, que constitui premissa essencial da conclusão da causa.

Em boa verdade, pode-se dizer que o cabimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade está condicionado à presença concorrente de alguns requisitos específicos de admissibilidade, a saber: (i) Há que tramitar algum feito perante o tribunal; (ii) Há que ser agitada, até mesmo de ofício, a inconstitucionalidade da lei ou de outro ato normativo que fundamente a pretensão; (iii) Há que poder estar devidamente fundamentada, ante a impossibilidade de alegação genérica⁹; e (iv) Há que constituir a arguição de inconstitucionalidade, uma premissa essencial da conclusão da causa. O requisito negativo é o da inexistência de pronunciamento anterior do tribunal pleno ou do órgão especial, ou, ainda, do plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a questão constitucional agitada.

Embora seja exigível a adequada fundamentação, importa anotar que, por se tratar de matéria insuscetível de preclusão, qualquer dos legitimados (cf. item 7) poderá providenciar a sanção do defeito, agregando à suscitação genérica do incidente, os argumentos atinentes à eventual desconformidade da norma com o texto constitucional tido como violado.

9 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais. 5ª edição, 2017. Nota ao artigo 948, pág. 1380.

O incidente de que aqui se cuida, na lição professada por Canotilho “*deve ter por objeto normas que tenham de ser aplicadas na causa, como ratio decidendi e não como obter dictum da decisão recorrida*”¹⁰

6 COMPETÊNCIA

Reconhece-se ao órgão fracionário perante o qual vier a ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público, competência para apreciar-lhe o cabimento, podendo, pois, nessa linha de raciocínio, rejeitá-lo por inadmissibilidade, ou mesmo por improcedência. Nega-se-lhe, todavia, por imperativo constitucional, competência para declarar a inconstitucionalidade respectiva, pois, só ao tribunal pleno, ou ao órgão especial, onde houver, por maioria absoluta de votos, competirá a declaração da inconstitucionalidade (artigo 97, da CR).

Sumariam-se os passos de José Carlos Barbosa Moreira, para quem o incidente de arguição de inconstitucionalidade poderá ser considerado, pelo órgão fracionário, inadmissível ou improcedente. Será inadmissível em duas situações: (a) quando referir a ato que não seja do poder público; e (b) quando a arguição for impertinente, ou seja, quando disser respeito à lei ou outro ato *de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa*. A arguição será, todavia, improcedente, quando não se *reconhecer a alegada incompatibilidade entre a lei ou outro ato e a Constituição*¹¹

10 Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7ª Edição. Coimbra, pág. 987.

11 MOREIRA. José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, vol. V, 7ª edição, 1998, pág. 40)

7 OPORTUNIDADE E LEGITIMAÇÃO

Agiu bem o legislador ao deixar em aberto o momento para a provocação do incidente. O incidente de arguição de inconstitucionalidade pode, assim, ser suscitado a todo tempo, desde que antes da proclamação do resultado do julgamento do recurso, da ação de competência originária ou do reexame obrigatório, pois, como é cediço, em matéria de fiscalização de constitucionalidade, de preclusão não se cogita.

Tem legitimidade para provocar o incidente processual qualquer das partes litigantes, incluindo os terceiros intervenientes, o Ministério Público, como parte ou fiscal da ordem jurídica, e a Defensoria Pública, para além de poder ser suscitado, igualmente, de ofício, na própria sessão de julgamento, pelo Relator ou por qualquer outro julgador integrante do órgão colegiado competente para julgar a causa principal¹²

8 CONTRADITÓRIO

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

O compulsar da lei processual revela que, tão logo seja provocado o incidente na segunda instância, o relator deverá ouvir as partes e o Ministério Público (artigo 948), dispensada, por óbvio, a intimação do suscitante para falar a respeito da sua própria arguição. O incidente processual de arguição de inconstitucionalidade, agitado no segundo grau de jurisdição, acarreta o sobrestamento do feito, colhendo-se, obrigatoriamente, na sequência, sob pena de nulidade absoluta, o pronunciamento das partes e do Ministério Público. Convém notar, todavia, que a lei processual atinente à espécie

¹² Nesse sentido, NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Editora JusPodivm. 2016. Nota 2 ao artigo 948, pág. 1542.

não assinalou, em específico, prazo para os interessados manifestarem-se sobre o incidente processual. Isso chama a intervir o comando geral contido no artigo 218, §§ 1º e 3º, do CPC, em ordem a ensejar a possibilidade de o relator fixar prazo judicial, levando em conta a complexidade do tema, ou, não o fazendo, considerar-se o prazo de 5 (cinco) dias úteis para o pronunciamento das partes – sendo contado em dobro para o Ministério Público (artigo 180 do CPC), e para os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores de escritórios de advocacia distintos (artigo 229 do CPC) - se outro não estiver determinado no regimento interno do tribunal.

Escusado acrescentar que, no caso de o incidente vir a ser suscitado durante a sessão, caberá ao presidente do órgão converter o julgamento em diligência para permitir que se estabeleça o contraditório de que trata o artigo 948, do CPC. Assim, observado o contraditório, o passo subsequente não oferece dificuldades. Após o decurso do prazo, tendo ou não sido formalizada a manifestação dos interessados, o relator submeterá a questão prejudicial à turma, à câmara, à seção, ou ao grupo de câmaras ao qual competir o julgamento do processo principal, para o exame do cabimento do incidente.

No caso de Pernambuco, o Ministério Público será ouvido no prazo próprio de 30 (trinta) dias úteis, enquanto as partes terão o prazo comum de 15 (quinze) dias úteis, segundo dispõe o artigo 233, do Regimento interno do Tribunal de Justiça.

Note-se que o legislador empregou força imperativa ao preceito, quando compeliu o relator a submeter a questão prejudicial à superior consideração do órgão colegiado fracionário, o que torna insufragável o entendimento doutrinário segundo o qual o relator poderá rejeitar, por meio de decisão monocrática, o incidente de inconstitucionalidade¹³.

Daniel Amorim Assumpção Neves toma posição, quando admite que o relator rejeite, unipessoalmente, o incidente de

13 Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Editora Jus Podivm, 2016, Nota 3 ao artigo 948, pág. 1543.

arguição de inconstitucionalidade na hipótese estampada no artigo 949, parágrafo único, do CPC. É dizer, quando a questão constitucional agitada já houver sido apreciada pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial do tribunal local, ou, ainda, pelo plenário do STF.

Sem embargo do peso dos argumentos e do prestígio de quem os emprega, quer parece inaceitável a rejeição monocrática do incidente de arguição de inconstitucionalidade, por duas razões: (i) a norma é cogente quando impõe que o exame prévio da questão prejudicial seja realizado pelo Juízo natural, que é o órgão colegiado (Artigos 948, *caput*, e 949, parágrafo único, ambos do CPC); e porque (ii) os demais integrantes do órgão fracionário podem não ter o mesmo entendimento do relator, a eles competindo, inclusive, se disso for o caso, na sessão de julgamento, proceder à eventual distinção entre a questão já decidida anteriormente pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial, e a questão prejudicial provocada no incidente¹⁴

Deve-se ter presente, contudo, que, qualquer decisão monocrática exarada pelo relator, para inadmitir ou rejeitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade, dará ensanchas à interposição do recurso de Agravo interno, nos termos do artigo 1021 do NCPC, visando chamar a intervir os demais integrantes do órgão colegiado¹⁵

14 Em 09 de dezembro de 2010, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco acolheu arguição de inconstitucionalidade na apelação nº 0000722.88.2018.8.17.2480, da relatoria do Des. Erik de Sousa Dantas Simões, para, em consequência, dando interpretação conforme a Constituição, à luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia, declarar a inconstitucionalidade da expressão “retroagindo os efeitos a data da decisão concessiva”, contida no art. 16, da LC 35/2013, bem como do seu respectivo parágrafo único, além da expressão “que terá efeitos apenas após a decisão concessiva”, inserida no art. 1º da LC 26/2010, do Município de Caruaru. Entendeu-se, na oportunidade, que os aludidos dispositivos, ao elegerem a data da decisão concessiva como marco inicial dos efeitos jurídicos e financeiros do direito à progressão na carreira do servidor municipal, em detrimento da data do efetivo requerimento, vulneraram os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia, e, reflexamente, os princípios da moralidade e da razoabilidade (artigos 5º, *caput* e inciso LIV, e 37, *caput*, da Constituição da República).

15 Em 30 de maio de 2022, o Des. Mauro Alencar de Barros, integrante do Órgão Especial

9 FASES DO JULGAMENTO: ETAPAS DISTINTAS

9.1 REJEIÇÃO DO INCIDENTE PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO

Art. 949. Se a arguição for: I – Rejeitada, prosseguirá o julgamento; II – Acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Por força do disposto no inciso I do artigo 949 do NCPC, pode o órgão fracionário rejeitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Não seria desarrazoado aclarar que, por seis ordens de razões, poderá o órgão fracionário rejeitar ou inadmitir o incidente. A saber: (i) quando entender que a lei ou o ato normativo do poder público afrontado é constitucional; (ii) quando inexistir processo em tramitação no tribunal; (iii) quando concluir que a lei ou outro ato normativo acoimado de inconstitucional é desinfluyente para o julgamento da causa; (iv) quando a inconstitucionalidade indicada já houver sido apreciada pelo tribunal pleno, ou órgão especial, ou, ainda, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal; (v) quando o ato inquinado de inconstitucional não emanar do poder público; e, ainda (vi) quando a ausência de fundamentação verificada na arguição não for suprida por qualquer dos legitimados para a suscitação do incidente.

No particular, retenha-se o essencial: o órgão fracionário pode inadmitir ou rejeitar o incidente; não pode, todavia, em absoluto, declarar

do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, decidiu monocraticamente no sentido de inadmitir, com fundamento no parágrafo único do artigo 949 do CPC, o incidente de arguição de inconstitucionalidade na apelação nº 0009374-31.2017.8.17.2480, e assim procedeu porque a questão suscitada - idêntica à de que trata a nota anterior – já havia sido apreciada pelo Órgão Especial.

a inconstitucionalidade para deixar de aplicar a norma, no julgamento do caso concreto. Está autorizado – nunca será ocioso repetir – a reconhecer e declarar a constitucionalidade da norma para, rejeitando o incidente processual suscitado, julgar a causa principal. Neste último caso, a arguição de inconstitucionalidade poderá ser reexaminada, se disso for o caso, em outra latitude, a do Supremo Tribunal Federal, com a interposição do recurso extraordinário em face do acórdão que julgar o feito. Assim, rejeitado ou inadmitido o incidente de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário de origem, a prossecução do feito, com vistas ao julgamento da causa, é providência que se impõe (inciso I do artigo 949 CPC).

9.2 ACOLHIMENTO DO INCIDENTE PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO

Ao contrário, se o órgão fracionário entender pelo acolhimento do incidente, suspenderá o julgamento, e remeterá os autos para o tribunal pleno, ou para o órgão especial, onde houver, a quem competirá, por força do disposto no artigo 97 do CR, decidir sobre a conformidade ou não da norma com a Constituição (inciso II do artigo 949). Essas decisões do órgão fracionário, de admissão ou de inadmissão do incidente de inconstitucionalidade, proferidas por maioria simples de votos, não desafiam recurso algum, com a ressalva dos embargos de declaração.

Aqui, um aspecto relevante importa dar por assente: a decisão de mérito a ser proferida pelo órgão fracionário no recurso, na ação de competência originária ou no reexame obrigatório, está irremediavelmente condicionada à prévia e indispensável dilucidação, pelo órgão hierarquicamente superior (tribunal pleno ou órgão especial), da questão prejudicial inerente à inconstitucionalidade. Por isso é que se suspende o processo, no segundo grau de jurisdição, quando o julgamento do mérito da causa tiver por pressuposto o exame prévio de questão incidental de

inconstitucionalidade, embora não haja regra expressa a determinar a aludida suspensão.

Há, em bom rigor, uma vez admitido o incidente, uma divisão do julgamento em dois capítulos distintos, e muito bem delimitados: o primeiro, limitado à resolução da questão prejudicial do controle de constitucionalidade, a cargo, em exclusivo, do tribunal pleno ou do órgão especial; o segundo, que abrange o objeto da causa principal, incumbindo órgão fracionário, que não poderá afastar-se do que fora deliberado pelo órgão superior, quando do julgamento da questão atinente à inconstitucionalidade. Assim, a questão incidental esquematiza-se desta forma: ao órgão fracionário competente para julgar o recurso, a ação de competência originária ou a remessa necessária (Turma, Câmara, Seção ou Grupo de Câmaras), não é dado declarar a inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público. Isso porque, de acordo com o artigo 97 da CR, somente a maioria absoluta do tribunal pleno, ou do órgão especial, onde houver, poderá deliberar sobre a inconstitucionalidade apontada. Aliás, a propósito do assunto a Súmula vinculante nº 10 do STF, é de clareza solar, quando estabelece que: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Por seu turno, o tribunal pleno ou o órgão especial do tribunal limita-se a decidir a questão da inconstitucionalidade, não podendo julgar o recurso, o reexame necessário ou a causa de competência originária.

Numa síntese apertada, pois, pode-se dizer que, admitido o incidente, os autos serão trasladados para o órgão superior competente para julgar a questão incidental; enquanto isso, a questão principal ficará suspensa, à espera do julgamento da questão prejudicial pelo órgão colegiado superior. Julgado o incidente de arguição de inconstitucionalidade, os autos, necessária e obrigatoriamente, retornarão para o órgão de origem, com vistas à complementação do julgamento.

De fato, vê-se, para usar a expressão de José Carlos Barbosa Moreira, uma *cisão funcional da competência*¹⁶, em ordem a permitir a participação de dois órgãos distintos, do mesmo tribunal, no julgamento de um único feito. O capítulo da decisão alusivo à questão prejudicial, da competência exclusiva do tribunal pleno ou do órgão especial tem natureza constitutivo integrativa, porquanto, como se fosse um amalgama, albergará o capítulo principal da demanda, este de atribuição exclusiva do órgão fracionário para o qual foi distribuído o recurso, o reexame obrigatório ou a causa de competência originária do tribunal.

10 PROCESSAMENTO DO INCIDENTE NO PLENO OU NO ÓRGÃO ESPECIAL

Art. 950. Remetida cópia do Acórdão a todos os juizes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. §1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal. §2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto no regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. §3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecurável, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Admitido o incidente pelo órgão fracionário de origem, os autos serão remetidos ao Presidente do Tribunal, a quem caberá determinar a distribuição respectiva para um dos julgadores que compõem o tribunal pleno ou o órgão especial, de acordo com o regimento interno do tribunal,

16 MOREIRA. José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, 7ª edição, Forense, 1998, pág. 41.

observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade (artigo 930 do NCPC). Conhecido o relator, e recebidos os autos em conclusão, este passará a dirigir e ordenar o incidente processual no tribunal, inclusive recepcionando as eventuais manifestações das pessoas jurídicas de direito público, responsáveis pela edição do ato impugnado, e das partes legitimadas à propositura das ações previstas no artigo 103 da Constituição da República, às quais é assegurado o direito de apresentar memoriais e juntar documentos, observados os prazos e as condições previstos no regimento do tribunal. O relator poderá, também, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades, como *amicus curiae*.

No Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco há previsão expressa no sentido de que, *“quando a arguição se der, incidentalmente, por ocasião de julgamento no Órgão Especial, suspender-se-á o julgamento por sua conversão em diligência, retirando-se o processo da pauta para deliberação do relator sobre a aplicação ou não ao caso do disposto no art. 234, I, II e IV, bem como para tomada do parecer do Procurador Geral de Justiça no prazo de 30 (trinta) dias úteis”* (artigo 236, do RITJPE).

Ultrapassada essa primeira fase procedimental do incidente, o relator examinará a questão constitucional agitada – nada para além disso - e pedirá dia para julgamento, lançando relatório nos autos, e fazendo distribuir cópia integral do Acórdão proferido pelo órgão fracionário, por meio do qual restou admitido o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Ao presidente incumbirá, outrossim, designar dia para o julgamento, ordenando a inclusão do incidente na pauta respectiva, a ser publicada no órgão oficial, e afixada na entrada da sala em que se realizar a sessão de

juízo, com a observância do prazo mínimo de cinco (5) dias, entre a data de publicação da pauta e a da sessão do efetivo julgamento, tudo na conformidade com o que está disposto nos artigos 934, e 935, § 2º, do CPC.

Na sessão de julgamento, feita a exposição da causa pelo relator, o presidente oportunizará a sustentação oral às partes e ao Ministério Público, pelo prazo de 15 (quinze) minutos para cada um (artigo 937, inciso IX do NCPC). Findos os debates, o relator proferirá o seu voto, seguindo-se a discussão e a tomada dos votos dos demais componentes do colegiado, não sendo despidendo reafirmar, por importante, que a maioria exigida para a declaração de inconstitucionalidade é absoluta e não simples. Isso significa dizer que só se declara a inconstitucionalidade com o voto da metade mais um dos membros do tribunal ou do órgão especial, e não da metade mais um dos presentes na sessão de julgamento.

Observa-se, na orientação do sempre festejado José Carlos Barbosa Moreira, que, por maioria absoluta, “entende-se qualquer número de votos superior à metade do número total de juízes – **não necessariamente** ‘a metade mais um’, como às vezes se afirma: se o órgão se compõe de 15 juízes, por exemplo, haverá maioria absoluta desde que concordes 8 votantes”¹⁷

Não obtida a maioria absoluta, a inconstitucionalidade não será declarada. A propósito do assunto, o Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco previu que, não sendo “alcançada a maioria absoluta à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Desembargadores em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos ausentes, até que

17 MOREIRA. José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, 7ª edição, Forense, 1998, pág. 45.

se atinja o número necessário para a decisão válida” (artigo 244, parágrafo único).

11 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA: IMPOSSIBILIDADE DE DECISÃO SURPRESA

Louva-se em Barbosa Moreira¹⁸ o ensinamento segundo o qual o tribunal competente não está jungido, preso, atado ao fundamento expendido no incidente, pelo que pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou de outro ato normativo do poder público impugnado, por vulneração a outra norma de dignidade constitucional. Para tanto, contudo, há que se observar a regra peremptória prevista nos artigos 9º e 10 do CPC, que impedem o julgamento com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria regida por norma que tutele interesse público sobre a qual o tribunal deva decidir de ofício.

O princípio do contraditório não se limita a oportunizar ao réu o oferecimento da sua contrariedade, em face do que fora pedido pelo autor; mas mais, numa acepção moderna e mais abrangente do princípio do contraditório, sustenta-se que, durante todo o *iter* procedimental, em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, às partes é assegurado

18 Moreira, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, Vol. V, 11ª Edição, pág. 47. De fato, “*não está o plenário (ou o órgão especial) adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o outro ato e a determinada regra (ou as determinadas regras) da Constituição, com que o arguente afirma existir conflito. A arguição pode ter-se fundado na alegada incompatibilidade entre a lei ou ato e a regra x, e o tribunal declarar inconstitucional uma ou outro por incompatível com a regra y. Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta causa petendi, até porque a arguição não constitui “pedido” em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, ex officio, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva*”

o direito de manifestação em defesa dos seus interesses, de boa-fé (artigo 5º), com espírito de cooperação (artigo 6º), e em igualdade de tratamento (artigo 7º), **buscando influenciar a decisão.**

12 CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A arguição de inconstitucionalidade não é um processo autônomo incidental¹⁹. É um incidente processual, consoante restou definitivamente esclarecido na locução “DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, lançada no Capítulo IV do Título I do Livro III. O incidente não ocasionará autuação em apartado, devendo, ao contrário, ser arguido e processado nos próprios autos principais, e, embora possa provocar acréscimo de atividade jurisdicional, e alteração do procedimento, inclusive com deslocamento para outro órgão mais amplo, não haverá incidência de custas processuais, para além das que já foram recolhidas por ocasião da interposição do recurso ou da propositura da ação de competência originária. Todavia, em sendo suscitado o incidente de arguição de inconstitucionalidade em sede recursal, o órgão fracionário, ao julgar o recurso, poderá majorar a verba honorárias advocatícia fixada anteriormente, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, incluindo, para o cômputo do percentual ou do valor da majoração, a atividade acrescida, desenvolvida pelo advogado em razão do incidente processual agitado (artigo 85, § 11 do NCPC).

136

13 CONCLUSÃO DO JULGAMENTO

O pleno ou o órgão especial, por ocasião do julgamento da questão prejudicial, poderá, como visto anteriormente, adotar uma de

19 DIDIER JR Fredie. e CUNHA Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Editora JusPodivm, 19ª edição, 2022, pág. 868.

três conclusões diferentes: (a) inadmitir o incidente, já que há um duplo Juízo de admissibilidade (do órgão fracionário e do tribunal pleno ou do órgão especial); (b) acolher o incidente para, em consequência, declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do poder público, o que fará por decisão irrecorrível – admitidos apenas os embargos de declaração - que projetará os seus efeitos em ordem a vincular os órgãos fracionários inferiores; ou (b) rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, negando a existência da eiva, sendo certo que, em qualquer dos casos, os autos retornarão ao órgão fracionário de origem para o julgamento do recurso, da ação de competência originária ou do reexame necessário. Tal conclusão mais se justifica, quando se tem presente o disposto na Súmula 513, do STF, a teor da qual “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.

A propósito do assunto, e chamando à liça a circunstância de o incidente de arguição de inconstitucionalidade *compor o microsistema de precedentes obrigatórios*, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, aludindo ao disposto no enunciado nº 513 da súmula da jurisprudência predominante do STF, defendem que “é preciso rever o entendimento consolidado nesse enunciado da *súmula do STF para admitir o cabimento do recurso extraordinário contra a decisão que julgar esse incidente, mesmo que se trate de recurso apenas para discutir a tese jurídica da inconstitucionalidade*”²⁰

No caminho conducente à efetividade do processo, avulta a conveniência da não recorribilidade imediata. Nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas definitivas, o órgão maior

20 DIDIER JR Fredie. e CUNHA Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Editora JusPodivm, 19ª edição, 2022, pág. 874.

para o qual for deslocada a competência julgará a causa por inteiro, fixando a tese jurídica sobre a relevante questão de direito objeto da demanda. Já no incidente de arguição de inconstitucionalidade, não haverá decisão final, porquanto o seu único objeto é a questão prejudicial que consiste em saber se a norma jurídica tida por inconstitucional, apresenta ou não o vício indicado. Logo, ainda que ocasione uma cisão no julgamento da causa, com o deslocamento para o pleno ou para o órgão especial da questão prefacial e prejudicial relativa à inconstitucionalidade, com a decisão respectiva sendo capaz de produzir efeitos vinculantes para os órgãos fracionários do tribunal, nos termos do artigo 927, inciso V, do CPC²¹, o incidente não ensejará o julgamento definitivo do feito, e, bem por isso, não deve se submeter ao crivo imediato da revisão recursal.

Os julgamentos dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, desafiam, em tese, embargos de declaração, recurso especial e recurso extraordinário, conforme a hipótese versada. Todavia, o julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial, ressalvados os embargos de declaração, não comporta recurso, por força do que estabelece a prefalada Súmula nº 513, do STF.

Eis os motivos pelos quais não parece razoável a defesa da recorribilidade imediata. Admitir recurso do acórdão proferido pelo tribunal pleno ou pelo órgão colegiado no âmbito do incidente de arguição de inconstitucionalidade, seria contribuir para o diferimento da resolução definitiva do problema levado ao Judiciário.

21 DIDIER JR Fredie. e CUNHA Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Editora JusPodivm, 19ª edição, 2022, pág. 872

PRINCIPAIS SUGESTÕES BIBLIOGRÁFICAS PARA O DESENVOLVIMENTO DO ESTUDO

Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 7ª Edição. 2003.

DIDIER JR Fredie. e CUNHA Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Editora JusPodivm, 19ª edição, 2022.

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Tomo VI, 3ª Edição. Coimbra Editora, 2008.

Moreira, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense, 11ª Edição. Volume V, Rio de Janeiro, 2003.

Júnior, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. III, Gen/Forense, 47ª Edição, 2016.

Junior, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 16ª Edição, Revista dos Tribunais, 2016.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; e Mitidiero, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Revista dos Tribunais, 2015.

Neves, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Editora Jus Podivm, 2016.

Streck, Lênio Luiz, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Obra coletiva. Saraiva, 2016.

Leoncy, Léo Ferreira, *Controle de Constitucionalidade Estadual*. Editora Saraiva. São Paulo, 2007.

Jorge Américo Pereira de Lira

DOS LIMITES À FUNGIBILIDADE
ENTRE OS EMBARGOS À
EXECUÇÃO E A EXCEÇÃO DE
PRÉ-EXECUTIVIDADE: O PAPEL
DA JURISPRUDÊNCIA

DOS LIMITES À FUNGIBILIDADE ENTRE OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA

Jorge Américo Pereira de Lira

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)

RESUMO

O presente estudo propõe-se a analisar o contributo da jurisprudência na delimitação dos pontos de distinção entre a exceção de pré-executividade e os embargos à execução, mas, também, aqueles em que os institutos se tangenciam. A exceção de pré-executividade é um incidente processual e forma excepcional de defesa do executado na ação de execução fiscal, para situações em que não é requerida a produção de provas e podem ser verificados de plano os vícios da execução, tratando-se de matérias cognoscíveis de ofício pelo juízo. Por sua vez, a Corte de Uniformização da Jurisprudência Infraconstitucional continua a sustentar o entendimento de que é preciso garantir o juízo para o oferecimento de embargos à execução, o que também é um ponto de distinção em relação à exceção de pré-executividade. Pretende-se, por exemplo, examinar se os embargos à execução intempestivos poderiam ser recebidos como se fossem uma exceção de pré-executividade, o que traz implicações, inclusive, na fixação dos honorários de sucumbência. Ademais, será avaliado se a garantia do juízo é necessária mesmo quando os embargos veiculem matéria que poderia ser arguida por meio de exceção de pré-executividade, para que seja atribuído efeito suspensivo àqueles, nos termos do artigo 919 do CPC/2015. Para concluir a digressão acerca dos pontos de distinção e semelhança ou fungibilidade entre os institutos, será debatido se, mesmo se

sabendo inviável a oposição da exceção quando houver a necessidade de dilação probatória, seria possível, eventualmente, ser determinada a complementação de prova preexistente.

ABSTRACT

This study aims to analyze Jurisprudence's contribution in delimiting points of distinction between the motion for advance dismissal of enforcement and the motion to stay enforcement, but also those in which the institutes are tangential. The motion for advance dismissal of enforcement is a procedural incident and distinctive form of defense of the debtor in the action of fiscal enforcement; for situations in which the production of evidence is not required and the defects of execution can be verified in a plan, in the case of matters that are cognizant ex officio by the court. In turn, the Superior Court of Appeals (STJ) continues to uphold the understanding that it is necessary to guarantee the judgment for the provision of the motion to stay enforcement, which is also a point of distinction concerning the motion for advance dismissal of enforcement. It is intended, for example, to examine whether an untimely motion to stay enforcement could be received as if it was a motion for advance dismissal of enforcement, which also has implications for succumbing fees.

Moreover, it will be evaluated whether the guarantee of judgment is necessary even when the motion to stay enforcement deals with a matter that could be argued through the motion for advance dismissal of enforcement so that suspensive effect is attributed to that, under Article 919 of the Law 13.105/2015. To conclude the tour of the points of distinction and similarity or fungibility between the institutes, it will be debated whether, even if the opposition of the exception is not feasible when there is a need for evidential dilation, it would be possible, occasionally, to be determined to complement pre-existing evidence.

A exceção de pré-executividade, nos termos do Enunciado nº 393 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”¹. Configura-se, portanto, um incidente processual e forma excepcional de defesa do executado na ação de execução fiscal, para situações em que não é requerida a produção de provas.

Leonardo Carneiro da Cunha defende que deveria haver uma revisão do referido entendimento, desenvolvido ainda durante a vigência do CPC/1973, uma vez que os embargos à execução não dependeriam mais, na sua visão, de garantia do juízo, de modo que, qualquer questão surgida após o prazo para seu ajuizamento – que é processual, não obstante os embargos detenham natureza de ação,² – poderia ser suscitada, nos termos do artigo 518 do CPC/2015, por meio de simples petição³.

Acentua aquele autor que a Lei de Execuções Fiscais teria tão somente reproduzido regra geral antes prevista no CPC, de forma que, uma vez revogada essa exigência geral, não haveria mais que ser conservada a exigência de garantia na execução fiscal, de modo que não seria cabível o argumento, comumente suscitado, de que a regra geral posterior não derogaria a especial anterior.⁴

Tal entendimento é compartilhado por Cassio Scarpinella Bueno, segundo o qual:

Menos pelo “diálogo das fontes” e mais em decorrência do modelo constitucional do direito processual civil, penso que deve prevalecer, a despeito da clareza do 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980, o disposto no acaput do art. 914 do

1 STJ. Enunciado nº 393 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 07 dez. 2021.

2 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 616.

3 *Idem, ibidem*. p. 627.

4 *Idem, ibidem*. p. 621-622.

CPC, autorizando ao executado, destarte, que embargue antes mesmo da prévia garantia de juízo⁵.

A Corte de Uniformização da Jurisprudência Infraconstitucional e parcela da doutrina, no entanto, sustentam o entendimento de que é preciso garantir o juízo para o oferecimento de embargos à execução. Restaria mantida, portanto, a exigência contida no §1º do artigo 16 da Lei 6.830/1980, apesar do disposto no artigo 914 do CPC/2015, no sentido de ser dispensada a prévia garantia do juízo^{6 e 7}.

Desse modo, permanece útil a objeção de pré-executividade na execução fiscal – cujos principais traços distintivos são justamente a dispensa de garantia do juízo e a verificação de plano do vício na execução – para suscitar matérias cognoscíveis de ofício pelo juízo, desde que não haja necessidade de dilação probatória.

A propósito, Hugo de Brito Machado Segundo, citando Roberto Rosas, menciona que:

a exceção de pré-executividade é, a rigor, uma imposição do princípio da proporcionalidade, pois se apresenta como a forma mais adequada e menos gravosa de se demonstrar a presença de certos vícios na execução. Vícios que, porque demonstráveis de plano, tornam desnecessária, e excessiva, a exigência de penhora, e de oposição de embargos⁸.

5 BUNENO, Cassio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. 1.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 482-483.

6 A propósito, a 1ª Seção do STJ, no REsp repetitivo nº 1.272.827/PE (Tema 526), rel Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.05.2014, entendeu pela indispensabilidade da prévia garantia do juízo para viabilizar a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7 Entendendo pela necessidade de previa garantia do juízo para a propositura dos embargos à execução fiscal, confirmam-se: Paulo César Conrado. *Execução Fiscal*, p. 192/193; Rodrigo Dalla Pria. *Direito Processual Tributário*, p. 532-533; Arthur Moura, *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*, p. 352/353; Rita Dias Nolasco e Victor Menezes Garcia, *Execução Fiscal à luz da jurisprudência*, p. 796.

8 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 340.

Note-se que, no caso de matérias de ordem pública, também não há divergência jurisprudencial. Nesse sentido, vejamos os seguintes julgados,⁹ oriundos do STJ, ainda sob a vigência do antigo CPC/1973:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. INTEMPESTIVIDADE. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. HONORÁRIOS. CABIMENTO. CONDENAÇÃO.

1. Não obstante a intempestividade manifesta consignada pelo acórdão recorrido dos embargos à execução fiscal apresentados pela executada, confirma-se o entendimento adotado pela Corte a quo de que a matéria relativa a uma das condições da ação, no caso, a ilegitimidade, não se submete ao manto da preclusão, porque cognoscível em qualquer momento processual, podendo ser declarada, inclusive, de ofício pelo Juiz. A própria exequente reconheceu expressamente a ilegitimidade da executada tanto na impugnação como no recurso especial, o que torna o fato incontroverso.

2. É cabível a condenação em honorários advocatícios da Fazenda nos embargos à execução em decorrência das despesas da executada em constituir advogado para a sua defesa. Precedente.

3. Recurso especial improvido.

(Resp 327.168/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 292)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. Sendo a prescrição matéria de ordem pública, alegável por mera petição, e admitindo a Fazenda Pública, nos autos da execução, a sua ocorrência, deve ser reconhecida a perda de objeto superveniente dos embargos à execução, anteriormente opostos.

9 STJ. Inteiro teor disponível, respectivamente, em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100617349&dt_publicacao=27/09/2004, https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101940829&dt_publicacao=02/05/2005 e https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802570321&dt_publicacao=16/12/2013. Acesso em: 07 dez.2021.

2. A prevalência da Lei de Execuções Fiscais sobre a Lei Processual Civil, que impõe a verificação da intempestividade dos embargos à execução, não é suficiente ao provimento do recurso especial, na medida em que o reconhecimento da prescrição e da ilegitimidade passiva do recorrido nos autos da execução impede o prosseguimento dos embargos do devedor.

3. Consoante o princípio da causalidade, que apresenta estreita relação com o princípio da sucumbência, deve ser atribuída à Fazenda Pública a responsabilidade pelo pagamento das verbas de sucumbência, haja vista ter dado causa à perda de objeto dos embargos à execução.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 401.535/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2005, DJ 02/05/2005, p. 154)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONHECIMENTO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA PELA ORIGEM. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES DA AÇÃO EXECUTIVA.

1. Considerando os argumentos colacionados pela recorrente e o mais recente entendimento desta Corte sobre a matéria em discussão, o agravo regimental deve ser provido, para proceder à análise do recurso especial.

2. No caso específico dos autos, tanto a alegação de ausência de título de crédito, quanto a incerteza da dívida dizem respeito às condições da ação executiva, que, sendo matérias de ordem pública, podem ser analisadas de ofício pelo juiz. Assim, merece alteração o acórdão recorrido. É cediço que as matérias de ordem pública não se submetem a seus efeitos nas instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo juiz, enquanto estiver em curso a causa, ex vi do disposto no artigo 267, § 3º, do CPC.

3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial, com determinação de retorno dos autos à origem” (STJ, AgRg no REsp 1.104.765/RR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/12/2013).

Na situação em que os embargos à execução são intempestivos, entende o Superior Tribunal de Justiça que estes podem

ser recebidos como se fossem uma exceção de pré-executividade, desde que se circunscreva às hipóteses de cabimento desta, ou seja, quando se versar acerca de matéria que possa ser conhecida de ofício e que não dependa de dilação probatória.

O entendimento suprarreferido se mantém, como se infere de julgados mais recentes,¹⁰ em que os embargos foram recebidos como exceção de pré-executividade:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA, NA QUALIDADE DE CURADORA ESPECIAL DA PARTE EXECUTADA, CITADA POR EDITAL. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, NO CASO, INDEPENDENTEMENTE DA AUSÊNCIA DE GARANTIA DO JUÍZO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Embargos à Execução Fiscal, ajuizados pela Defensoria Pública, na qualidade de curadora especial da parte executada, citada por edital, de cuja petição inicial constam, como causas de pedir, quatro teses de defesa: (i) nulidade da citação editalícia, (ii) nulidade do Termo de Inscrição e da Certidão de Dívida Ativa, (iii) nulidade da execução fiscal e (iv) prescrição. Na sentença foi julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, por ausência de garantia do juízo, nos termos dos arts. 16, § 1º, da Lei 6.830/80 e 267, IV, do CPC/73. Interposta Apelação, o Tribunal de origem, por maioria, negou provimento ao recurso, por considerar inadmissíveis os Embargos à Execução opostos antes de garantido o juízo e incabível, ainda, o recebimento da ação de Embargos como Exceção de Pré-executividade. Opostos Embargos de Declaração, restaram eles rejeitados. No Recurso Especial, além de

10 STJ. Inteiro teor disponível, respectivamente, em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802987789&dt_publicacao=25/09/2020 e https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501132242&dt_publicacao=19/09/2016. Acesso em: 07 dez.2021.

divergência jurisprudencial, a Defensoria Pública apontou contrariedade aos arts. 256, I, II e III, 257, I, e 485, IV, § 3º, do CPC/2015, e sustentou, de um lado, a ocorrência de cerceamento de defesa, e, além disso, a nulidade da citação por edital e a aplicabilidade do princípio da fungibilidade, para efeito de recebimento dos Embargos à Execução como Exceção de Pré-executividade. Na decisão agravada, com base na jurisprudência do STJ, o Recurso Especial foi provido, de modo a determinar, ao Juízo de 1ª Grau, o prosseguimento do julgamento do mérito dos Embargos à Execução Fiscal, que devem ser recebidos como Exceção de Pré-executividade, ensejando a interposição do Agravo interno.

III. Na forma da jurisprudência desta Corte, as matérias de ordem pública apreciáveis de ofício, nas instâncias ordinárias, tais como as matérias suscitadas na petição inicial dos presentes Embargos à Execução Fiscal - (i) nulidade da citação por edital, (ii) nulidade do Termo de Inscrição e da Certidão de Dívida Ativa, (iii) nulidade da execução fiscal e (iv) prescrição -, possibilitam o recebimento dos Embargos à Execução, independentemente da ausência de garantia do juízo, como Exceção de Pré-Executividade. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.104.765/RR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/12/2013; REsp 280.779/CE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJU de 19/02/2001; AgRg no AREsp 712.750/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 19/09/2016.

IV. Ademais, a Corte Especial do STJ, ao julgar, sob o rito dos recursos repetitivos, o REsp 1.110.548/PB (Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 26/04/2010), consignou que, “ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos” (Súmula 196 do STJ), bem como que “é dispensado o curador especial de oferecer garantia ao Juízo, para opor embargos à execução. Com efeito, seria um contra-senso admitir a legitimidade do curador especial para a oposição de embargos, mas exigir que, por iniciativa própria, garantisse o juízo em nome do réu revel, mormente em se tratando de defensoria pública, na medida em que consubstanciaria desproporcional embaraço ao exercício do que se constitui um munus publico, com nítido propósito

de se garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa”
V. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1781045/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2020, DJe 25/09/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO RECEBIDOS COMO EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE DO EXECUTADO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA RECONHECÍVEL DE OFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A ilegitimidade do executado é matéria que pode ser conhecida de ofício pelo julgador, portanto, irrelevante se houve oposição de embargos, ou se houve pedido de conversão em exceção de pré-executividade. Consequentemente, não há julgamento extra petita.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 712.750/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

Ademais, é de se destacar que são devidos honorários advocatícios sucumbenciais pelo exequente em virtude do acolhimento total ou parcial de exceção de pré-executividade (REsp 664.078/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 29/04/2011¹¹). Poder-se-ia perquirir, desse modo, se, uma vez convertidos os embargos em exceção de pré-executividade, se estes seriam cabíveis. Em consideração do princípio da causalidade, entende-se que não há razão para seguir caminho diverso nessa hipótese, devendo ser, igualmente, fixados os devidos honorários de sucumbência.

Oportuno salientar, ainda, que, embora se revele uma possível fungibilidade entre os embargos à execução e a exceção de pré-executividade, não se pode perder de vista que são instrumentos processuais

11 STJ. Inteiro teor disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400741717&dt_publicacao=29/04/2011. Acesso em: 07 dez.2021.

distintos e possuem requisitos próprios e procedimentos específicos de cada um.

Nesse sentido, o STJ manifestou-se recentemente no sentido de que a garantia do juízo é necessária mesmo quando os embargos veiculem matéria que poderia ser arguida por meio de exceção de pré-executividade, para que seja atribuído efeito suspensivo àqueles, nos termos do artigo 919 do CPC/2015. Ora, de acordo com o referido artigo, a partir de requerimento do embargante, é possível atribuir efeito suspensivo aos embargos, desde que presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória, e se a execução já estiver garantida por penhora, depósito ou caução. No que se refere à exceção de pré-executividade, não há qualquer dispositivo normativo que contenha essa exigência. Como é sabido, a exceção é uma construção doutrinária e jurisprudencial, sem previsão legal. No entanto, a Corte de Uniformização da Jurisprudência Infraconstitucional defende que, opostos os embargos, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício – e que poderia, desse modo, ser suscitada por meio de exceção – deve haver a garantia do juízo para a concessão de efeito suspensivo:¹²

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. REQUISITOS ESSENCIAIS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DO JUÍZO. NECESSIDADE.

1. Agravo de instrumento interposto em 27/06/2017, recurso especial interposto em 26/09/2017 e atribuído a este gabinete em 24/09/2018.

2. O propósito recursal consiste em determinar se houve ilegalidade na decisão que conferiu efeito suspensivo a embargos à execução desacompanhado da respectiva garantia por penhora, depósito ou caução, nos termos do art. 919, § 1º, do CPC/2015. Além disso, o recorrente alega que não estariam preenchidos na hipótese os requisitos previstos no art. 300 do CPC/2015.

3. Não se conhece da alegação de violação ao art. 300 do

12 STJ. Inteiro teor disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802174500&dt_publicacao=11/05/2020. Acesso em: 07 dez.2021.

CPC/2015 na hipótese, pois ensejaria a necessidade de reexame do acervo fático probatório, o que é contrário à Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. “O art. 919, § 1º, do CPC/2015 prevê que o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) requerimento do embargante; (b) relevância da argumentação; (c) risco de dano grave de difícil ou incerta reparação; e (d) garantia do juízo”.

Precedentes.

5. A relevância e a possibilidade de a matéria arguida ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade não retira o requisito expressamente previsto para a concessão de efeito suspensivo dos embargos à execução.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1772516/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020).

Nesse mesmo diapasão, consosoante se extrai da ensinança de Rodrigo Dalla Pria:

a suspensão dos atos execução no âmbito dos feitos voltados à realização de débitos fiscais, processados sob o regime da Lei 6.830/80, estarão restritos a duas específicas situações, quais sejam: (i) a prestação de garantia por meio de depósito do montante integral do débito exequendo (art. 151, inciso II, do CTN), desde que seguido da oposição de embargos pelo executado; (ii) a concessão de efeito suspensivo por meio de tutela provisória exarada nos termos do art. 919, § 1º, do CPC¹³ e ¹⁴.

Por fim, interessa destacar que, embora seja inviável a oposição da exceção quando houver a necessidade de dilação probatória, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que isso não impede que seja determinada a complementação de prova documental,¹⁵ nos seguintes termos:

13 PRIA, Rodrigo Dalla. **Direito processual tributário**. 1. ed. São Paulo : Noeses, 2020, p. 595.

14 Ainda no mesmo sentido: BUNENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder Público em Juízo**. 1. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 483-484.

15 STJ. Inteiro teor disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003362569&dt_publicacao=20/05/2021. Acesso em: 07 dez.2021.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA PASSÍVEL DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. COMPLEMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto em 16/07/2020 e concluso ao gabinete em 07/014/2021.

2. O propósito recursal é dizer sobre a possibilidade de o juiz determinar a complementação da prova documental em sede de exceção de pré-executividade.

3. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, a exceção de pré-executividade tem caráter excepcional, sendo cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, a saber: (i) a matéria invocada deve ser suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (ii) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

4. Entre as matérias passíveis de conhecimento ex officio estão as condições da ação e os pressupostos processuais. Portanto, não há dúvida de que a ilegitimidade passiva pode ser invocada por meio de exceção de pré-executividade, desde que amparada em prova pré-constituída.

5. Com relação ao requisito formal, é imprescindível que a questão suscitada seja de direito ou diga respeito a fato documentalmente provado. A exigência de que a prova seja pré-constituída tem por escopo evitar embaraços ao regular processamento da execução. Assim, as provas capazes de influenciar no convencimento do julgador devem acompanhar a petição de objeção de não-executividade. No entanto, a intimação do executado para juntar aos autos prova pré-constituída mencionada nas razões ou complementar os documentos já apresentados não configura dilação probatória, de modo que não excede os limites da exceção de pré-executividade.

6. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1912277/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 20/05/2021)

O Superior Tribunal de Justiça entendeu, pois, que eventual complementação de prova preexistente ou mesmo juntada de “prova pré-constituída mencionada nas razões” não configuraria dilação probatória.

Nesse mesmo vértice, eis o magistério de Humberto Theodoro

Júnior:

Por outro lado, em face dos princípios modernos do processo civil, que autorizam o juiz a adotar uma conduta ativa no processo, não sendo mero expectador da disputa entre as partes litigantes, “estaria o juiz autorizado a determinar a complementação da prova apresentada pelo executado que, mesmo defeituosa, o convencesse das alegações”. De tal sorte, é dado ao próprio juiz investigar “a prova que poderá resultar no fim do processo executivo tributário”.

Esse entendimento ganha reforço com o novo Código de Processo Civil, cujo espírito é voltado à eficácia e efetividade da prestação jurisdicional, dando primazia ao julgamento de mérito. Assim, a preocupação do processo moderno com a composição definitiva do litígio, faz com que a meta da jurisdição se concentre nos julgamentos de mérito e supere, sempre que possível, os problemas formais. Destarte, em vez de simplesmente indeferir a exceção de pré-executividade por falta de prova, prolongando a execução fiscal que poderia ser extinta, o juiz poderá determinar a complementação da prova faltante para formar o seu convencimento¹⁶.

Conclui-se, dessas breves digressões acerca dos institutos dos embargos à execução e da exceção de pré-executividade, que, embora distintos e submetidos a requisitos próprios, há aspectos em que se tangenciam, cumprindo à jurisprudência, em seu papel evolutivo, defini-los com maior precisão e delimitar as possibilidades de uso de cada um.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 327.168/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17 agosto de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 set. 2004.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 330-331.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 401.535/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 02 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.104.765/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 12 dez.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1781045/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21 de setembro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 25 set.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 712.750/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13 de setembro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1772516/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 11 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1912277/AC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18 de maio de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 maio 2021.

BUNENO, Cassio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. 1.ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

CONRADO, Paulo César. **Execução fiscal**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MOURA, Arthur. **Lei de execução comentada e anotada**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

NOLASCO, Rita Dias; GARCIA, Victor Menezes. **Execução fiscal à luz da jurisprudência: Lei 6.380/1980 comentada artigo por artigo de acordo com o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRIA, Rodrigo Dalla. **Direito processual tributário**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Marcos Franco Bacelar

OS IMPACTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CPC

OS IMPACTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CPC

Marcos Franco Bacelar

Juiz Titular da Vara Regional da Infância e Juventude de Petrolina e Coordenador do Centro Judiciário de Conciliação (CEJUSC), do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professor na Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE), onde leciona a disciplina de Direito Processual Civil. Mestre em Educação pela Universidade de Pernambuco (UPE). Especialista em Direito Público e Direito Privado (UNEB)

RESUMO

No presente trabalho busca-se registrar os impactos do negócio jurídico no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, após a edição da Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015 (NCPC). Será realçada, inicialmente, a oportunidade do aludido Pergaminho ante às múltiplas demandas sociais surgidas a partir da Carta Cidadã de 1988. Em seguida, serão analisadas as posturas dos sujeitos na relação processual na perspectiva do novo Código de Ritos e, também, aspectos relativos aos elementos constitutivos do instituto negocial. Serão ainda promovidas considerações sobre o alcance das regras entabuladas em nosso Diploma Processual Civil (notadamente, arts. 190/191), sem perder de vista a importância dos preceitos fundamentais encartados em nosso texto constitucional e a efetividade estrutural do processo e do procedimento. Por fim, após o enfrentamento de todas essas questões, serão também pontuados os critérios de controle judicial para a validade e eficácia das convenções estabelecidas pelas partes (inclusive, com abordagem sobre os limites legais referentes ao princípio da autonomia da vontade), sempre com o escopo de evitar situações negociais caracterizadas pela nulidade e/ou abusividade do direito subjetivo concedido pelo sistema processual.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Negócio Jurídico Processual. Validade.

ABSTRACT

The present work seeks to register the impacts of the legal business within the scope of Brazilian Civil Procedural Law, after the enactment of Federal Law 13.105/2015 (NCPC). Initially, the opportunity of the aforementioned Parchment will be highlighted in the face of the multiple social demands that emerged from the 1988 Citizen's Charter. Then, the subjects' postures in the procedural relationship from the perspective of the new Code of Rites and, also, aspects related to the constitutive elements of the business institute. Considerations will also be promoted on the scope of the rules established in our Civil Procedural Diploma (notably, arts. 190/191), without losing sight of the importance of the fundamental precepts included in our constitutional text and the structural effectiveness of the process and procedure. Finally, after facing all these issues, the criteria for judicial control will also be pointed out for the validity and effectiveness of the conventions established by the parties (including an approach on the legal limits referring to the principle of autonomy of will), always with the scope of avoiding business situations characterized by the nullity and/or abusiveness of the subjective right granted by the procedural system.

Keywords: Code of Civil Procedure. Procedural Legal Business. Shelf life.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, o homem é um ente sociável com vinculação a regras de conduta e com limitações bem definidas quanto à satisfação dos seus instintos. Daí a assertiva que todas as atividades e circunstâncias factuais que lhe são apresentadas no cotidiano, passam por um processo valorativo de escalonamento e, em última análise, contribuem para a evolução do seu desenvolvimento. Sendo assim, a elaboração das normas gerais de conduta, nada mais é que o entrelaçamento entre as concepções observativa e axiológica dos seres humanos, no estabelecimento do convívio social.

A ciência do Direito expressa-se, pois, como um fenômeno dinâmico, que deve sempre expressar as reais carências da sociedade por ela regida; em outras palavras, quando da edificação da norma, o legislador deve sempre buscar a adequação do sistema jurídico a dois aspectos cruciais: o da necessidade social e o do respeito aos direitos fundamentais.

Seguindo essa trilha evolutiva, também o processo civil vem vivenciando grandes transformações desde meados do século passado. E várias foram as mudanças na tentativa de torná-lo mais célere e mais eficiente; algumas, com disciplinamento diferenciado sobre os poderes e deveres estabelecidos para os sujeitos que participam do processo; outras versando sobre o “*modus*” pelo qual os atos se perfilham no tempo e dentro da relação jurídica processual.

E todo esse quadro transformativo tornou-se ainda mais agudo com a postura de socialização dos direitos adotada pela nossa Carta Cidadã de 1988. Ali, não apenas se elevou os valores sociais da coletividade, como ainda, pontuou-se com destaque o registro de alguns princípios tipicamente processuais, caracterizando-os como viés plausíveis à consecução de uma justiça sedimentada em valias constitucionais. Sem dúvidas, essa postura inovadora do texto constitucional impactou diretamente na aplicação prática do processo civil, na medida em que, permitiu ao Judiciário um maior controle das ações administrativas estatais assegurando com altivez a tutela dos direitos fundamentais expostos no art. 5º do aludido texto constitucional. Com efeito, a efetivação da norma ao caso concreto visando a pacificação dos conflitos sociais, passou a ter obediência direta ao conteúdo principiológico da Constituição, com o desiderato específico de garantir direitos atrelados à dignidade humana.

A proteção dos interesses individuais e coletivos impôs, portanto, aos processualistas, um dever hermenêutico diferenciado: objetivando maior eficácia da ordem jurídica, os operadores do Direito Processual passaram a ter que interpretá-la com dinâmicas variadas e de aplicação conjunta. Em

outras palavras, às regras gerais de interpretação das relações processuais (normalmente consubstanciadas em métodos teleológico, sistemático e gramatical) somaram-se outros, específicos da interpretação do Direito Constitucional, notadamente, o de atendimento aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum, os da proporcionalidade e adequação, e o do efeito integrador das normas superiores da constituição. Afora isso, houve a inserção no texto constitucional de normatização específica quanto à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), assegurando a todos os cidadãos, celeridade na tramitação dos feitos, quer judiciais, quer administrativos. Essa previsão, sem dúvidas, se chocou frontalmente com os contornos formais do processo civil vigente à época.

Nessa esteira, o Código Processual Civil de 1973, apesar de confeccionado com aprimorada técnica jurídica, teve que se adequar a essa nova postura, via de consequência, veio a suportar inovações profundas que lhe produziram a perda da essência original. O citado *Códex* tornou-se uma compilação repleta de remendos, na tentativa de acompanhar os avanços supracitados e, com isso, permitir a realização dos chamados direitos fundamentais da sociedade. Em verdade, essa realidade imposta pelo então Estado Democrático de Direito, fez com que surgisse a necessidade de uma sistematização processual mais harmonizada com as reais necessidades do mundo globalizado; uma legislação que melhor pudesse atender às múltiplas demandas surgidas, a partir da aproximação ditada pelo texto constitucional entre o Poder Judiciário e a sociedade. Enfim, uma “*lex*” que não concentrasse nas mãos do Juiz, o poder exclusivo de condução do processo, atribuindo também às partes envolvidas no conflito processual, posturas mais compatíveis com os propósitos estatais de promoção do bem comum e de pacificação social.

A Lei Federal nº 13.105/15 foi assim editada com o desiderato específico de aplicação das regras processuais civis à luz dessas novas exigências circunstanciais. Desse modo, o novel texto legal buscou, em

linhas gerais, promover significativa abreviação do rito procedimental, além de enaltecer duas questões essenciais à boa dinâmica do processo civil: *a*) a necessidade de vinculação da norma processual aos princípios constitucionais, como forma de respaldar a efetivação dos valores essenciais à vida; *b*) e o prestígio da autonomia quanto à vontade das partes na condução do processo, com o reconhecimento expresso do instituto do *negócio jurídico processual*.

Quanto à primeira dessas *quaestiones*, o NCP/15 foi taxativo em dizer que o processo civil sempre será disciplinado e interpretado com supedâneo nas normas fundamentais estabelecidas em nossa CF/88. E para tanto o legislador processual, já na parte vestibular do Código, invocou sequencialmente o registro de cinco princípios constitucionais: o da *hierarquia das normas* (art. 1º); o de *acesso à justiça* (art. 3º); o *direito à razoável duração do processo* (art. 4º); o *da igualdade* (art. 7º); e o do *efetivo contraditório* (art. 9º). Somado a tudo isso, determinou que na aplicação do ordenamento jurídico, o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, mostra-se como necessidade flagrante para se alcançar o respeito à dignidade humana.

Já no que concerne ao *negócio jurídico processual* (alvo de estudo do presente trabalho), veio ele previsto expressamente em diversos artigos da Lei sob comento. Com o escopo deliberado de promover a solução mais rápida e satisfatória dos conflitos de interesses, o legislador atribuiu realce especial às participações das partes na trilha processual; assim, por exemplo, estabelece que, nas relações que versem sobre direitos que admitam autocomposição será lícito aos desavindos estipularem mudanças no procedimento, obviamente, com o intuito de ajustá-lo às peculiaridades da causa (art. 190). Como decorrência disso, as partes passam a poder convencionar sobre ônus, poderes e faculdades processuais, antes ou durante a querela judicial, cabendo ao Magistrado, em princípio, a mera função fiscalizatória quanto às exigências legais para

a sua ocorrência prática. Nessa trilha, podem ainda as partes negociar o calendário referente ao exercício dos atos do processo, passando os sujeitos da relação a ficarem vinculados à avença estabelecida (art. 191); apresentar ao Juiz os contornos das questões de fato, sobre as quais deva recair a atividade probatória e de direito (art. 357, §2º); e, ainda, promover perícia consensual, em substituição à perícia judicial (art. 471).

Nesse sentido, leciona o Professor Marcelo Ribeiro:

Trata-se de disposição que em muito valoriza a autonomia das partes, em aparente (e apenas aparente) detrimento das regras processuais, previstas inicialmente para atender a um interesse público [...]. A inovação, advirta-se, não entrega às partes competência legislativa para criar procedimentos, vez que a hipótese traduz exercício privativo da União, previsto no art. 22, I da CF, mas sim a possibilidade de convencionarem sobre as regras já existentes, em função do melhor exercício da jurisdição. (RIBEIRO, 2015, p. 230).

De se frisar que, neste particular, a previsão do negócio jurídico processual pelo NCPC/15, termina de vez com a discussão clássica externada pelos processualistas pátrios, quanto à possibilidade (ou não) de se promover avenças negociais dentro da relação processual, quando não prevista com especificidade pela Lei de Ritos. A matéria era debatida durante a vigência do CPC/73, com postura majoritária no sentido de que a negociação jurídica dentro do processo, somente produziria efeitos quando permitida expressamente pela Lei Processual. Assim, em hipóteses pontuais como às referentes as convenções sobre os prazos dilatórios ou sobre a suspensão do processo, por haver o permissivo legal (inclusive, com o devido limite prático estampado no próprio fragmento legal), a negociação jurídica era plenamente permitida na lei velha; em situações outras, onde não havia tal previsão, ela não poderia, em regra, ser aceita por ferir a natureza pública da relação processual.

Contudo, em que pese a resolução dessa dualidade de

entendimentos doutrinários, a inovação legislativa do NCPC/15 continua palpitante e a merecer uma oportuna e aprofundada reflexão; só que, agora, com os holofotes direcionados para o alcance da norma comentada (inclusive, com respeito à sua validade e eficácia), haja vista, a natureza intrínseca do Direito Processual Civil. Não se pode deslembrar que estamos a tratar de um ramo do Direito Público caracterizado por conter normas e princípios que visam à concretude de um objetivo estatal: a pacificação social; e, a *contrário sensu*, o negócio jurídico é instituto tipicamente de caráter privado, tendo no Direito Material o seu campo maior de aplicação. Logo, a inovação deve ser bem compreendida, justamente para se poder aplicá-la de forma correta e de modo a evitar situações de manipulação processual.

Destarte a inserção do instituto negocial de modo expreso no NCPC/15, força aos processualistas um estudo mais aprofundado sobre a temática, inclusive, como dito anteriormente, com a utilização de procedimento hermenêutico que associe não apenas aspectos sistêmicos e teleológicos informativos do processo civil, mas também, regramentos do Direito Civil e da própria Constituição Federal, de modo a se poder mais claramente explorar o instituto sob comento – conseqüentemente, compreender o seu alcance dentro do nosso ordenamento processual. E é justamente isso que se tentará promover nos itens que se seguem.

1 OS SUJEITOS PROCESSUAIS NO NCPC/15

É fato incontroverso que, com a globalização as mudanças no Direito Processual se tornaram mais evidentes nas duas últimas décadas, com especial relevância aos *múnus* que se têm doado aos profissionais que nele atuam, posturas mais compatíveis com o propósito estatal de promoção do bem comum. Somado a isso está o princípio da probidade processual (art. 77), fazendo exigir de todos os sujeitos do processo,

comportamentos sedimentados na ética e na moral.

Aos *Magistrados*, por exemplo, se tem cobrado condutas que se assemelhem a de verdadeiros agentes de transformação social, conseqüentemente, garantidores dos direitos fundamentais dos seres humanos. Desse modo, ao aplicar o ordenamento jurídico, o Juiz deverá promover atenção especial tanto à questão relativa aos fins sociais que o informam, quanto às exigências da pacificação comum da coletividade. Nessa senda, com base nos princípios constitucionais, aos quais está vinculado o sistema processual, o Judiciário deve buscar amplo acesso à sociedade para a postulação da tutela jurisdicional, inclusive, de cunho preventivo. Isso significa que não se poderá excluir da apreciação judicial, qualquer alegação de ameaça ou de efetiva lesão a direito. De outra banda, os novos regramentos processuais atribuem ênfase ainda maior à solução consensual dos conflitos, demandando do Juiz um cuidado especial quanto ao fenômeno da autocomposição e de todas as nuances relativas à autonomia da vontade. Em verdade, o tema já era tratado no Código de 1973 (art. 125, inc. IV), porém, o realce pontuado no NCPC/15, fez exigir do Magistrado, conduta muito mais próxima das partes, ratificando a estrutura angular do processo civil.

Finalmente, a nossa nova legislação impõe a todos que, de alguma forma participa do processo, o dever de boa-fé (art. 5º). Sem dúvidas, essa previsão impacta também na esfera subjetiva de atuação do Juiz. Veja-se que o dispositivo não se limita a estipular tal cláusula geral para as partes; ao contrário, a direciona para aqueles que atuam, de algum modo, na relação processual. Conseqüência lógica disso é não poder o Juiz menoscabar a importância de manifestação das partes, em nenhum estágio procedimental. Logo, a condução do processo exige agora do Magistrado, não apenas a garantia de tratamento isonômico às partes com preservação de seus direitos processuais, mas, essencialmente, o respeito às suas intervenções em toda e qualquer hipótese, independentemente

de tratar-se de matéria de ordem pública ou de caráter privado, conforme inteligência dos arts. 9º e 10, do NCPC/15.

E essa mudança de paradigmas, também atingiu ao *Ministério Público*, o qual, passou a figurar na relação processual como verdadeiro defensor da ordem jurídica e da sociedade. Assim, aquela roupagem outrora existente no Código de 1973, de mero *fiscal da lei*, não mais existe. Desde a edição da Carta Cidadã de 1988 que o Ministério Público é protagonista na efetivação dos direitos essenciais das pessoas, caracterizando-se como instituição necessária à própria subsistência da justiça. Suas atribuições no nosso Estado Democrático decorrem de normas constitucionais e infraconstitucionais e, justamente por isso, ultrapassam os interesses individuais da coletividade e desembocam em outros campos não menos importantes, *v.g.*, dos direitos difusos, coletivos e até individuais homogêneos. Destarte, sua intervenção nos processos que envolvam o interesse público ou social, é questão indispensável para a própria validade da relação jurídica. Precisamente por essa razão, qualquer que seja a sua condição no processo, terá o Promotor de Justiça prazo em dobro para manifestar-se nos autos (art. 180), salvo quando a lei estabelecer expressamente prazo próprio.

Ao seu turno, o *Advogado*, por força de disposição constitucional, tornou-se indispensável à administração da Justiça. Na condição de legítimo defensor dos interesses das partes, assume papel de extrema relevância no processo moderno, garantindo o seu disciplinamento e a sua interpretação à luz das normas fundamentais. Outrossim, a sua presença na relação processual promove o cumprimento de, pelo menos, quatro princípios fundamentais: dois de ordem constitucional, quais sejam, o devido processo legal e o contraditório/ampla defesa; e outros dois de caráter processual, isto é, o da cooperação e o da probidade.

Finalmente, até às *partes* envolvidas na querela, o legislador também impôs novos direitos e deveres, com o objetivo claro de tornar

a relação processual mais propícia à solução autocomposta. Manteve como regra geral a iniciativa do processo por ação exclusiva da parte; porém, realçou que a sua participação deve ser pautada nos parâmetros da lealdade e da solidariedade processual, sob pena de se sujeitar às sanções previstas nos arts. 79/81 do Código sob comento. Ademais disso, o novo ordenamento jurídico previu, expressamente, o direito de as partes celebrarem acordo, antes ou durante o processo, modificando as dinâmicas procedimentais – situação jamais permitida, salvo casos específicos delineados na própria lei processual.

Pois bem. Afora essas concepções inovadoras e relativas aos sujeitos do processo civil, há de ser levado em conta ainda que, como assinalado acima, o Direito Processual historicamente se harmoniza com o Direito Privado, o que faz exigir dos profissionais que se dedicam a esses campos técnico-jurídicos, a devida capacitação para melhor instrumentalizá-los. Nesse compasso, o estudo do negócio jurídico na atualidade deve buscar um entrelaçamento coerente entre os regramentos de ambas as Ciências – e é o que se passa a aqui ressaltar nas seções seguintes.

2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Como já foi citado na parte introdutória, o instituto do *negócio jurídico* tem sua origem fincada no Direito Privado e, em linhas gerais, é definido pela doutrina como um acordo de vontades que tem por objetivo a constituição, modificação ou extinção de um direito. Contudo, em que pese essa considerável harmonia dos civilistas, no tocante aos limites conceituais do ato negocial, as digressões acerca de suas modalidades e caracteres são variáveis e se distanciam da pacificidade. De qualquer sorte, considerando o direcionamento sugerido neste trabalho (qual seja, o de sua aplicação no campo processual), despidiendá qualquer análise mais

profunda sobre essas importantes discussões doutrinárias, merecendo apenas aqui, o cuidado em verificar dois aspectos fundamentais:

- a) o relativo à teoria da invalidade e, com isso, as questões ligadas à nulidade e à ineficácia dessas avenças negociais; e
- b) o atinente ao alcance das disposições contidas no NCPC/15.

Como sabemos, o processo civil funciona como instrumento estatal das pretensões resistidas buscando a aplicação do direito material aos casos concretos, com vistas à pacificação social e às garantias das pretensões subjetivas; daí, o fundamento de sua localização no campo do Direito Público. Por outro lado, em que pese estarem as regras de cunho material marcadas por uma evidente autonomia (e, conseqüentemente, sedimentadas no Direito Privado) forçoso é asseverar que vários são os traços comuns que lhe tocam ao Direito Processual, ainda mais, após edição do NCPC/15 que, expressamente, promove a valorização do negócio jurídico processual. Logo, o exame do ato negocial pelo aplicador do direito produz-lhe a necessidade de uma pontuação paralela entre os regramentos desses dois ramos do Direito: o Material e o Processual.

2.1 VALIDADE E EFICÁCIA DO ATO NEGOCIAL

Sem dúvidas, a análise sobre a aplicação prática de qualquer instituto jurídico passa, inexoravelmente, por uma dinâmica crítica detalhada acerca dos aspectos relativos à sua validade e eficácia.

É sabido que no Direito Civil, ao lado do negócio jurídico, temos também os fatos e atos que, de alguma forma, possuem repercussão jurídica. Quanto aos primeiros, são geralmente definidos como acontecimentos naturais ou humanos, capazes de criar, modificar ou extinguir direitos; já os atos jurídicos seriam apenas as condutas humanas lícitas praticadas também com os objetivos de criação, modificação ou extinção de um direito.

No Processo Civil, esses institutos são igualmente reconhecidos e com o devido respeito às suas conceituações originárias, contudo, com a exigência de que tenham repercussão direta no processo. Em assim sendo, havendo agora de forma expressa na lei, a possibilidade do ato jurídico negocial poder produzir efeitos em uma relação tipicamente processual, o exame sobre sua regularidade se mostra como questão pertinente e que merece um maior aprofundamento técnico. E, para que isso ocorra, mister se faz uma identificação prévia acerca de seus elementos constitutivos.

Nesse diapasão, o primeiro elemento lógico formador do negócio jurídico é, justamente, a expressão da *vontade*. Com efeito, a observação preliminar relativa à validade e eficácia do negócio jurídico processual deve associar-se a uma apreciação rigorosa quanto à ausência dos chamados vícios de consentimento (erro, dolo, coação, etc.). Em outras palavras, uma vez exteriorizadas as vontades das partes negociantes, quer por instrumento escrito, quer de forma oral, e estando elas direcionadas para um determinado objetivo jurídico-processual (constituição, modificação ou extinção de um direito em litígio) a consciência e a voluntariedade revelam-se como critérios subjetivos indispensáveis para a consecução do desiderato avençado.

Nesta direção, o ensinamento de Venosa (2005):

A declaração de vontade é elemento essencial no negócio jurídico. É seu pressuposto. Quando não existir pelo menos aparência de declaração de vontade, não podemos sequer falar em negócio jurídico. A vontade, sua declaração, além de condição de validade, constituem elementos do próprio conceito e, portanto, da própria existência do negócio jurídico. (VENOSA, 2005, p. 397)

Excetue-se, todavia, quanto à disposição supra, a hipótese que venha a se amoldar à regra restritiva descrita no art. 111 do nosso Código Civil 2002, segundo a qual, *o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária*

a *declaração de vontade expressa*. Sob outro prisma, preconiza a mesma Lei Civil (art. 104) que se somam a este primeiro elemento subjetivo, outros não menos importantes, isto é: *a)* agente capaz; *b)* forma prescrita ou não proibida por lei; *c)* e objeto lícito, possível e determinado.

Sem dúvidas, a *capacidade* negocial é também atributo que deve ser analisado, com o objetivo de se aquilatar o grau de aptidão do agente, para a exteriorização de sua vontade, conseqüentemente, para o exame sobre a validade ou não dos efeitos do avença dentro da relação processual. Sobre tal ponto, o NCP/15 estabelece como condição para se estar em juízo (e, conseqüentemente, para poder celebrar negociação processual), que a pessoa se encontre no exercício de seus direitos, ou seja, detenha capacidade de exercício ou de fato. Ainda sobre o tema, a Lei Processual eleva expressamente a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, como requisito essencial e que, acaso descumprido, pode gerar sanções graves: extinção do processo ou declaração da revelia, sendo a providência correspondente ao autor ou ao réu, respectivamente – inteligência dos arts. 70 e 76.

Do mesmo modo, a *forma* é exigência a ser observada no campo das invalidades, sendo que, na seara processual, a regra é da liberdade das formas, salvo quando expressamente a lei a exigir; nesse sentido é a disposição do nosso Código de Processo Civil (art. 188) que considera válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial e não estejam maculados por outros vícios – frise-se, essa regra é também expressa no Código Civil (art. 107).

Finalmente, exige-se a idoneidade, a licitude e a determinação do *objeto negocial*. Com isso, a pretensão almejada pelos agentes do negócio jurídico, necessariamente, deve ter como caracteres: o abrigo por parte do nosso ordenamento legislativo; a possibilidade física e jurídica da pretensão nele descrita; não ofender à moral e aos bons costumes; além de possuir, em regra, critérios de liquidez e de determinação. Esse

regramento da Lei Civil é também previsto no NCPC/15, o qual, traça normas específicas sobre o pedido processual (arts. 322 *usque* 329), ratificando as determinações constantes do Direito Material.

Pois bem, após a verificação sobre o atendimento de tais elementos constitutivos do negócio jurídico, deve o aplicador do direito direcionar seus olhares para os regramentos processuais atinentes às invalidades do ato processual civil *lato sensu*. E, nesse particular, promover análise criteriosa sobre a existência de vícios que possam determinar sua nulidade ou até ineficácia.

Discorrendo sobre o tema relativo às imperfeições do ato processual, o Professor Gonçalves (2017), após fazer referência à categoria das meras irregularidades que podem ocorrer durante o curso do processo e que nenhuma repercussão mais danosa trará para a relação jurídica, assim se manifesta:

Todo ato processual é realizado com uma determinada intenção. Busca-se por meio dele obter determinados efeitos no processo, e a ineficácia é a inaptidão do ato para produzi-los [...]. Não existe no Processo Civil a figura do ato jurídico anulável, tão característica do direito material. No Direito Civil, distingue-se o ato nulo do anulável: aquele não produz efeitos desde o momento em que praticado (ineficácia *ex tunc*), enquanto este só deixa de produzir efeitos depois de anulado por sentença. No Processo civil, porém, os atos nulos e até ineficazes podem produzir efeitos, sendo sempre indispensável uma decisão judicial que os declare ineficazes. (GONÇALVES, 2017, p. 288).

Sem dúvidas, na seara do processo civil, todo ato praticado traz em si uma pretensão jurídico-processual, a qual, para que possa produzir os efeitos almejados, deve atender intrinsecamente seus elementos essenciais; além disso deve se exteriorizar em sintonia com as normas legais, sob pena de ser taxado como *nulo* ou *ineficaz*.

No caso da *nulidade*, vale dizer, estará presente quando desatendidos os requisitos mínimos necessários para a validade do ato.

É sabido que no nosso sistema processual vigente, o processo civil deve ter tramitação regular com atendimento aos pressupostos ali taxativamente elencados. Assim, questões ligadas ao atendimento das exigências dos arts. 319, 320 e 330 do CPC/15, quando da formulação da peça inicial da demanda, além da obediência a critérios fundamentais, como o da competência e imparcialidade do órgão julgador e capacidade processual, são de importância crucial, para que se possa dar fluência regular ao processo que discuta a validade de um negócio jurídico, conduzindo-o a um julgamento meritório.

Aduza-se ainda que, no tratamento dessa nulidade, duas outras circunstâncias jurídicas são fundamentais no campo da relação processual, quais sejam: aquilatar o grau da nulidade verificada; e examinar sobre a conveniência de aplicação do princípio processual da instrumentalidade. Quanto ao primeiro aspecto, deve o hermeneuta observar se a natureza da nulidade é relativa ou absoluta. Sendo ela relativa, deve ser invocada pelo interessado, na primeira oportunidade que puder se manifestar no processo, sob pena de preclusão; já sendo de natureza absoluta, em princípio, não haverá que se falar em preclusão temporal, podendo a invocação ocorrer até dois anos após o trânsito em julgado da decisão (conforme estabelecem os arts. 966 e 975 da Lei Processual), assim como, pode ser declarada de ofício e a qualquer tempo pelo Magistrado. Quanto à segunda circunstância citada, a observância do caráter instrumental do processo civil é, aqui, condição fundamental.

Assim, a correlação da nulidade jurídica analisada em um dado negócio jurídico com a questão relativa à capacidade de gerar efeitos dentro da relação processual, é matéria obrigatória para a boa solução do problema. Frise-se, pelo princípio da instrumentalidade das formas, existe uma atenuação à consequência natural da invalidade e o ato viciado passa a produzir efeitos regulares, desde que, alcançada a sua finalidade sem prejuízo para as partes. Compulsando as regras dos arts. 188 e 277 do

NCPC/15, a nossa doutrina assevera que as formas estabelecidas na Lei para a prática dos atos jurídicos em geral, servem apenas como garantias e, assim, não podem sobrepor ao objeto maior da ciência processual, qual seja, de solução dos conflitos de interesses.

Nesse sentido, o magistério do Professor Neves (2016):

Não havendo prejuízo para a parte contrária, tampouco ao próprio processo, e percebendo-se que o ato atingiu sua finalidade, é excessivo e indesejável apego ao formalismo declarar o ato nulo, impedindo a geração dos efeitos jurídicos-processuais programados pela lei. Fundamentalmente, esse aproveitamento do ato viciado, com as exigências descritas, representa o princípio da instrumentalidade das formas, que naturalmente tem ligação estreita com o princípio da economia processual. (NEVES, 2016, pág. 14)

Já no que concerne, porém, à *ineficácia*, as regras processuais a serem aplicadas destoam da normatização sancionatória descrita acima para o *negócio jurídico nulo*. Aqui, não se pode buscar a inovação do caráter instrumental do processo civil, ante a gravidade do vício jurídico que o macula. Destarte, não obedecidos os pressupostos relativos à ineficácia da relação negocial obtida no processo civil, a consequência imediata será de se poder deduzir pretensão declaratória de inexistência da relação jurídica pela parte interessada, independentemente do fator tempo; ou seja, mesmo depois do transcurso do prazo previsto no citado art. 975.

Questões negociais que, por exemplo, tenham sido produzidas no curso de uma determinada relação processual, com chancela de quem não tenha investidura na função jurisdicional; ou mesmo, situações praticadas no processo, em desacordo com a imposição contida no §2º do art. 104 da nossa Lei Processual (capacidade postulatória) são hipóteses claras de ofensa aos requisitos de eficácia negocial e, que, por consequência, lastreiam a chamada “*querela nullitatis insanabilis*”.

Nessa trilha, o ato negocial estará eivado com vício jurídico

insanável e que não permite seu aproveitamento, independentemente, de questões subjetivas como ocorre no campo da nulidade. Como dito, a instrumentalidade processual não encontra campo fértil em tais casos e a consequência inexorável será sempre a permissão legal de se buscar a cessação dos seus efeitos, posto que, não há possibilidade de convalescimento pelo tempo.

Feita, pois, essa abordagem acerca das invalidades no campo processual, importante se mostra verificar aqui, com mais especificidade, o alcance das disposições inovadoras proclamadas nos arts. 190/191, da nossa Lei Processual Civil.

2.2 ALCANCE JURÍDICO DAS ESTIPULAÇÕES NEGOCIAIS

Como é sabido, o Processo Civil condensa em linhas gerais, as normas e os princípios que tendem à resolução dos conflitos de interesses. Destarte, considerando a natureza pública desse ramo do Direito, tais regras e princípios devem ser interpretados e aplicados não apenas com olhares técnicos, mas também, com respeito ao conteúdo marcadamente social que o informa. Assim, o primeiro requisito a ser cumprido pelo aplicador do direito é justamente o de respeito às normas estruturais do processo, cuidando de não incidir em condutas contrárias aos limites expostos para os poderes, direitos e deveres dos atores processuais, como visto no capítulo anterior. Essa postura é fundamental na medida em que, contribui para o devido processo legal e o auxilia na instrumentalização que dele se espera para a solução das querelas.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que a positividade de um determinado ramo do Direito está intimamente ligada com a sua eficácia. Não por outra razão, o nosso NCPC/15 foi peremptório em ressaltar a efetividade como uma das primeiras

questões a ser buscada pelo processo civil. Através do processo, deve-se alcançar o objetivo para o qual foi ele materializado podendo, por um lado, refletir a necessidade desejada pela parte à luz do regramento material e, por outro, espelhar pertinência e adequação procedimentais. Somente quando presentes tais dinâmicas poderá o Judiciário verdadeiramente apresentar uma resposta de mérito à pretensão deduzida. Logo, a conformidade do rito é aspecto que se condensa na própria finalidade do processo civil, fazendo com que, diante de invalidades formais, tenhamos a extinção precoce do processo, obviamente sem o conhecimento do *meritum causae*.

E somente com o atendimento a esse binômio regularidade e efetividade é que também poderemos promover a invocação prática do negócio jurídico processual e, por conseguinte, trilhar pelas exigências específicas da Lei Processual, com o desiderato de pôr fim ao processo por meio de cooperação recíproca e com a devida prestação jurisdicional.

1. MOMENTO DA CELEBRAÇÃO E EFEITOS DO ATO NEGOCIAL

O negócio jurídico processual pode ser ultimado tanto no decorrer da relação processual, quanto em período antecedente. Neste particular, não há divergência da doutrina, já que o instituto, como dito alhures, decorre da autonomia da vontade e com repercussão direta em direitos que admitam a autocomposição; ademais, tal regra está formalmente descrita no *caput* do art. 190, *in fine* do nosso Diploma de Ritos.

Contudo, essa mesma harmonia não ocorre quanto à estipulação do seu alcance, havendo duas posturas distintas externadas pelos processualistas brasileiros: 1) uma corrente mais conservadora e legalista que entende por uma interpretação mais restritiva dos fragmentos legais do

NCPC/15 e que dispõem sobre a matéria sob enfoque; 2) e uma outra, que defende um processo hermenêutico mais ampliado, onde o ordenamento jurídico se associe de modo sistêmico e sem qualquer tipo de restrições, observando-se apenas os requisitos genéricos do próprio instituto negocial.

Advogando essa última tese, alguns doutrinadores chegam a asseverar que a efetividade dos direitos essenciais atribuídos aos seres humanos está atrelada à possibilidade de autogestão do seu agir, com respeito apenas às vedações expressamente constantes do ordenamento jurídico; dessa maneira, o autorregramento quanto aos seus interesses jurídicos (e, conseqüentemente, quanto à estipulação do negócio jurídico processual) não deve sofrer restrições fulcradas apenas na natureza pública do procedimento processual, já que, tal fato por si só, não possui o condão de se sobrepor ao princípio da liberdade.

Porém, em que pese os argumentos invocados pelos ilustres processualistas que se filiam a essa corrente doutrinária (mais progressista) prevalecem, hoje, os fundamentos daqueles que defendem a negociação processual, com limitações correlatas à própria natureza privada do instituto. Destarte, pensamentos de que a autonomia da vontade, em situações como tais, estaria acima do próprio caráter publicista do Direito Processual Civil, ainda não têm encontrado ressonância nos Tribunais Superiores do nosso país. Com efeito, o negócio jurídico processual – tanto produzido no curso do processo, quanto em fase a ele anterior – enfrenta limitações claras e expostas na lei, para a devida chancela judicial; vale dizer, deve ele obrigatoriamente estar vinculado a questões procedimentais e/ou aspectos relativos a faculdades das partes dentro da relação jurídica.

Discorrendo sobre o tema relativo ao alcance do negócio jurídico, o festejado Daniel Amorim Assunção Neves (2016), assim se manifesta:

O Novo CPC, seguindo tendências do Direito Inglês (*case management*) e Francês (*contrat de procédure*) cria uma cláusula geral de negociação processual, que pode ter como objetivo as situações processuais das partes, o

procedimento e a fixação de um calendário procedimental. O acordo nesse caso terá como objeto as situações processuais das partes (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais). Ainda que o dispositivo não mencione expressamente o procedimento, é natural que a convenção sobre as situações jurídicas elencadas possa, ainda que indiretamente, influenciar o procedimento. (NEVES, 2016, p. 171).

Desse modo, a validação do negócio jurídico processual, de acordo com as regras do NCPC/15, deve sempre passar por exame criterioso do Juiz, não somente no que se refira aos seus elementos constitutivos (abordados no capítulo anterior e fixados no âmbito do Direito Material), mas, ainda, aos limites a ele impostos pela legislação processual. O vezo ressaltado no Direito Privado de que as partes são autônomas na composição dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, na formulação dos possíveis efeitos (obedecidos os requisitos do art. 104 do C.C.), no campo processual tem aplicação limitada, podendo o Julgador verificar sobre aspectos outros, que digam respeito tanto às regras procedimentais, quanto às normas estruturais do processo e que tratem das relações jurídicas entre os sujeitos da causa.

Comentando sobre o conteúdo da direção do processo pelo Juiz, Nelson Nery Junior (2015), registra que:

Dirigir o processo significa fiscalizar e controlar a sequência dos atos procedimentais e a relação processual entre as partes, o juiz e seus auxiliares, fazendo com que o processo se desenvolva regular e validamente. Deve decidir quem permanece e quem sai da relação processual; quais os atos e em que ordem, que devem ser praticados. Edita comandos de natureza cogente, que devem ser suportados pelos sujeitos do processo (partes, MP, intervenientes), bem como, pelos auxiliares da Justiça. (JUNIOR, 2015, p. 583).

Nesse diapasão, as faculdades estabelecidas nos arts. 190/191 do CPC/15, no sentido de modificação do procedimento processual

adequando-o às peculiaridades do caso concreto, não podem ser vistas como um cheque em branco concedido às partes. Na realidade, trata-se de um atributo vinculado que, somente produzirá os efeitos devidos, acaso cumpra com os delineamentos impostos da lei.

Aliás, é esta a prescrição do *parágrafo único* do artigo 190, realçando que de ofício ou a requerimento, o Juiz controlará a validade das convenções estabelecidas pelas partes, de modo a extirpar situações de nulidade ou mesmo de abusividade do direito subjetivo concedido. Logo, o exame de premissas ligadas à regularidade (intrínseca e extrínseca) do ato negocial, bem assim, de respeito aos princípios informativos do processo, são fundamentais.

E, dentre essas premissas legais, a primeira condição imposta pelo NCPC/15 é, exatamente, a de estarmos no campo dos direitos que admitam *autocomposição*. Neste particular, o legislador processual encampando a postura moderna de distinção entre direitos disponíveis e direitos que admitem a autocomposição, optou – e de forma correta – por essa última categoria, por ser mais ampla e coerente com o espírito da técnica de solução de conflitos exposta na Resolução nº 125/10 do C.N.J., inspiradora do novel Diploma Processual.

Desse modo, a regra geral é no sentido de que, não estando o direito abrangido pela indisponibilidade (v.g. direito à vida, à saúde, etc.), obviamente, estará no campo dos interesses passíveis da autocomposição e, via de consequência, poderá absorver as mudanças permitidas pelo aludido fragmento legal. O alcance, pois, dessa disposição é não apenas para as relações cujo direito material conflituoso possua conteúdo econômico, mas, ainda, todo e qualquer direito que possa o seu titular sobre ele negociar, por não estar inserido na indisponibilidade legal. Por fim, é oportuno registrar que, excepcionalmente, tem-se admitido, na avaliação do caso concreto, a possibilidade da negociação do “*iter*” processual, mesmo em hipóteses em

que haja a caracterização da indisponibilidade do direito material. Inclusive, a matéria é alvo de previsão pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (Enunciado 135).

De outra banda e seguindo os ditames da lei, podemos ainda realçar como condição essencial a ser examinada pelo Juiz para a validação do acordo, a questão relativa à preservação dos direitos objetivos e subjetivos das partes dentro da relação processual. E seguindo o contexto definido no multicitado art. 190, três aspectos importantes devem ser sopesados: *a)* o relativo à distribuição dos ônus, direitos e deveres das partes; *b)* o referente à situação de vulnerabilidade a que algum dos sujeitos/negociantes possa vir a incidir; *c)* e, por fim, o respeito à relação de pertinência entre o interesse material conflituoso e os sujeitos do processo. Assim, considerando a importância de cada uma dessas circunstâncias legais, a matéria passa a ser destacada com especificidade, em seção própria.

2. DIREITOS A SEREM OBSERVADOS NA EDIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Pertinente ao primeiro aspecto, isto é, o respeito relativo aos *direitos e encargos das partes*, é cediço que o processo civil pátrio se sedimenta no princípio da ampla defesa, exatamente com o escopo de estabelecer a comprovação real dos fatos articulados pelas partes. E, vale dizer, essa circunstância toma maior relevo em nosso Direito, ante a adoção pelo NCPC/15 da teoria da substanciação, que eleva os fatos à condição de autêntico delimitador objetivo da lide – “*ex facto oritur ius*”.

Logo, a amplitude do direito à produção da prova se identifica com a postura democrática e isonômica almejada pelo nosso legislador e deve permear toda a relação processual de conhecimento. Ao mesmo tempo, essa demonstração probatória atribuída às partes se reflete em

suas esferas subjetivas, não como um simples direito, mas sim, como um verdadeiro encargo, um ônus; ou seja, caso não logre êxito em produzi-la tempestivamente e de forma cabal, o insucesso na pretensão meritória será a tendência natural da causa. Com efeito, a regra geral exposta em nossa lei processual é a do art. 373, segundo a qual, ao autor caberá demonstrar o fato constitutivo do seu direito; ao passo que, ao réu incumbe provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor.

Excepcionalmente, diante de situações onde seja flagrante a dificuldade de cumprimento a tal disciplinamento, poderá o Juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, obviamente, por meio de decisão fundamentada. Todavia, essa hipótese especial prevista no §1º do fragmento legal acima invocado, tecnicamente não se confunde com o princípio de inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, inciso VIII, e que tem aplicação nas relações consumeristas onde se verifique aspectos de verossimilhança das alegações do autor ou de hipossuficiência do mesmo. Na previsão do NCPC/15, o que ocorre é uma possibilidade concedida ao Juiz, de promover distribuição da prova de forma mais dinâmica e coerente com a realidade apresentada no processo.

Em assim sendo, a regra facultativa do aludido art. 190 deve ser interpretada com atenção aos parâmetros estabelecidos acima. A distribuição de ônus ou deveres às partes, dentro de um negócio jurídico processual, jamais poderá ferir princípios basilares e informativos do processo civil, a exemplo, dos princípios da isonomia, da cooperação e da regularidade processuais. Não se pode deslembrar que a motivação legal para a distribuição do “*ônus probandi*” com critérios rígidos lastreados em norteamientos superiores, se justifica ante a sua finalidade dentro do contexto processual.

Comentando sobre o tema, Luiz Rodriguez Wambier, após enfatizar sobre a importância da prova nos autos, assim registra:

Assim, mediante a distribuição do ônus da prova, estabelecem-se regras destinadas a nortear a atividade do julgador e sistematiza-se o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis. Então, as normas sobre ônus probatório, por um lado, são “regras de julgamento”, in *st*o é, são dirigidas ao julgador, no momento de sentenciar. Por outro, fornecem parâmetros para as partes previamente estabelecerem sua estratégia probatória: autor e réu primeiramente se concentrarão em provar os fatos sobre os quais recaem os seus respectivos ônus da prova. (WAMBIER, 2006, págs. 400/401).

Por outro lado, a análise sobre a validade da negociação processual também passa por um olhar cuidadoso acerca da *vulnerabilidade das partes* contratantes, conforme inteligência do parágrafo único, *in fine*, do art. 190. É que, como dito em linhas anteriores, na seara contratual, qualquer vício que possa desvirtuar a autonomia da vontade importa invalidação do instrumento negocial. Note-se que, o art. 421 do nosso Código Civil dispõe de modo taxativo que a liberdade das partes na estipulação do negócio jurídico deve atender à função social do contrato. Essa regra, a despeito de se encontrar entalhada no Direito Privado, propicia não apenas um controle jurisdicional acerca do atendimento (ou não) aos princípios informativos da ordem pública, como também, vem a cumprir com o espírito social da nossa Carta Cidadã de 1988.

Sobre a matéria, discorre o Professor Caio Mário da Silva Pereira:

A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. Como princípio novo ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiar-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior. (PEREIRA, 2012, p. 13).

Logo, a boa-fé contratual é decorrência lógica dessa regra principiológica e impõe aos agentes do negócio jurídico condutas que

se aproximem do princípio da cooperação, com respeito aos ditames que embasam a ordem econômica e social do nosso país. E o conceito de vulnerabilidade se encaixa perfeitamente nessa garantia legal, já que, sedimentado não apenas em tais regramentos, mas ainda, no próprio princípio isonômico, que busca equilibrar situações destoantes e que, dentro da relação jurídica examinada, demonstrem fragilidade de um dos seus sujeitos, quer de ordem técnica, quer de ordem social, quer, finalmente, de ordem econômica.

Em assim sendo, ocorrendo inserção de cláusula abusiva na estipulação negocial ou, simplesmente, se encontrando alguma das partes em manifesta situação de debilidade frente às condições estruturantes da avença, a possibilidade de controle judicial (de ofício ou a requerimento da parte prejudicada) tem agasalho expresso na nossa Lei Processual Civil.

Destarte, a natureza bilateral do negócio jurídico processual faz exigir, à toda evidência, condições semelhantes (não necessariamente iguais) quanto à exteriorização da vontade dos seus partícipes. Logo, situações atentatórias a essa regra, com manejo de posturas procedimentais que venham a ferir direitos fundamentais da relação jurídica entabulada no processo, serão obstadas sob o argumento de engendrarem manipulações não permitidas pelo ordenamento.

Por fim, o controle de validade das convenções e alterações do procedimento deve levar em conta a questão da “*legitimatío ad causam*”. É certo que, ao promover uma demanda judicial, a parte autora deve, em tese, possuir a titularidade do interesse material conflituoso; ao seu turno, no seu polo passivo deve estar quem resiste ao reconhecimento de tal direito, produzindo-lhe algum tipo de lesão ou ameaça de lesão. Desse modo, o respeito a esse regramento deve estar presente na construção do negócio jurídico processual.

É sabido que o nosso NCPC/15 retirou do seu bojo o termo “condições da ação” gerando na doutrina, discussão acalorada sobre a atual natureza jurídica dos institutos da *legitimidade* e do *interesse de*

agir. Para alguns, os institutos passaram para o campo dos pressupostos processuais, com o acolhimento da *teoria abstratista pura*; para outros, mantêm-se, eles, como verdadeiras condições da ação, conforme preceitua a *teoria eclética* (vigente também no Código de 73). Certamente a matéria é merecedora de uma reflexão mais profunda, o que, por certo, ocorrerá com as dinâmicas dos nossos Tribunais Superiores. Por conta disso, considerando a natureza deste trabalho (e seguindo a corrente ainda hoje majoritária: da *teoria eclética*) vê-se que, realmente, a correlação das partes contratantes do negócio jurídico com os sujeitos da relação processual (autor e réu) é uma exigência basilar para a chancela judicial ao acordo proposto no curso de uma demanda judicial.

Como já dito, o princípio da autonomia, em que pese o seu caráter fundamental para o reconhecimento e afirmação do “*iure obligatio*”, deve aqui no campo processual, sofrer temperamentos, de forma a cumprir com a essencialidade reclamada pelo devido processo legal. Sendo a legitimidade caracterizada como uma das condições indispensáveis para se poder alcançar a resposta de mérito (finalidade pública do processo civil), obviamente, que o negócio jurídico não pode ter a força de se sobrepor à regra processual e, assim, orquestrar uma espécie de legitimidade extraordinária, fruto de convenção lastreada na ideia de liberdade que permeia o Direito Privado.

De se frisar que a exigência do art. 18 do nosso Código de Ritos é no sentido de não permitir a figura da substituição processual voluntária; ao revés, registra que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo nosso ordenamento jurídico. E, com uma visão globalizada do sistema processual, não parece ser a vontade do legislador, colocar nas mãos das partes a faculdade de contrariar essa norma de caráter cogente.

Nesse sentido, a lição exposta pelo festejado Nelson Nery Júnior, “o direito brasileiro só permite a substituição processual legal, não a voluntária, sendo inválida cláusula contratual que a estipular fora dos casos

expressos na lei ou decorrentes do sistema”. (NERY JUNIOR, 2015, pág. 254). A compreensão devida sobre as mudanças trazidas pelo NCPC/15 e tendentes à promoção de soluções de conflitos com participação direta das partes, exige do hermeneuta, atenção quanto às normas estruturais do processo; e, sem dúvidas, o respeito aos princípios informativos da “ação” é questão “*sine qua non*” para a sua total validação e regularidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia trazida pelo NCPC/15, de um processo atualizado com as reais necessidades do mundo moderno e com lastro nos valores e normas fundamentais estabelecidos na nossa Carta Magna de 1988, sem dúvidas, é merecedora de elogios e depõe, de forma positiva, com a promoção da dignidade humana. Não podemos deslembrar que a norma processual tem por finalidade primeira a aplicação da lei aos casos concretos e, via de consequência, concretizar a pacificação dos conflitos de interesses. A jurisdição civil por ela regida deve, pois, estar ancorada em posturas participativas e caracterizadas pelo espírito conciliatório.

Assim, as previsões da Lei Processual que tratam do negócio jurídico processual (quer promovendo reais alterações no procedimento, quer assegurando a fixação de um calendário específico para as dinâmicas dos atos processuais, quer, enfim, dinamizando a fase instrutória do feito) mostram-se, pois, nessa linha evolutiva e precisam ser implementadas à exaustão pelos operadores do direito, por se coadunarem com o caráter instrumental do processo.

Frise-se, por oportuno, que a participação efetiva das partes na solução das lides, não somente propicia uma maior rapidez na prestação jurisdicional, como tornam mais satisfatórios os contornos do *Decisum*.

Com efeito, disposições como tais, refletem-se como desdobramentos do espírito legislativo da autocomposição e, por isso,

assumem um destaque considerável nesse processo transformativo ditado no novel Pergaminho Processual. A ideia conciliatória encampada pelo legislador de 2015, nos oferta a possibilidade real de efetivar uma política diferenciada no tratamento dos conflitos de interesses que chegam às barras do Judiciário. Com isso, os direitos sociais de acesso à justiça e de resolução célere dos litígios, revelam-se presentes no exercício jurisdicional, inclusive, construindo um caminho de respeito às garantias dos direitos subjetivos previstos no nosso texto constitucional.

Contudo, torna-se mister que o Juiz condutor do processo exerça controle proativo quanto aos requisitos essenciais do ato negocial, examinando não apenas seus elementos constitutivos, como também, fiscalizando o cumprimento rigoroso das normas que sustentam a estrutura do Direito Processual Civil. É necessário que a chancela judicial esteja, por um lado, fundamentada no cumprimento das normas processuais/procedimentais e, por outro, espelhe a vontade das partes, à luz dos limites impostos pelo direito material.

REFERÊNCIAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva 1977. v. I.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.
Acesso em: 21 maio 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**. 5.ed. Salvador: Podivm, 2005. V. I.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. I.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIBEIRO, Marcelo. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. I.

Teodomiro Noronha Cardozo
Jaqueline Micaelly Galindo

JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL:
PROTEÇÃO TRANSNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS

JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: PROTEÇÃO TRANSNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Teodomiro Noronha Cardozo.

Doutor em Direito. Professor Universitário.

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Jaquelinne Mickaelly Galindo.

Mestra em Direito. Advogada. Professora Universitária.

RESUMO

O presente artigo investiga a relação entre o tratamento internacional dos Direitos Humanos, e a formação da Justiça Penal Internacional, e tem por objeto o posicionamento de referidos direitos enquanto limites de atuação do Direito Internacional Penal. A pesquisa transita do desdobramento histórico-internacional dos Direitos Humanos até os problemas atualmente lançadas ao Direito Penal, em especial no plano internacional, confrontando a legitimidade de sua atuação à luz da racionalidade que alicerça seu desenvolvimento: a dignidade humana enquanto fundamento do embate entre os valores humanísticos e o aspecto político de seu tratamento.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Proteção de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article investigates the relationship between the international treatment of Human Rights, and the formation of International Criminal Justice, and its object is the positioning of these rights as limits of action of International Criminal Law. The research moves from the historical-international unfolding of Human Rights to the problems currently posed to Criminal Law,

especially at the international level, confronting the legitimacy of its action in the light of the rationality that underlies its development: human dignity as the foundation of the clash between the humanistic values and the political aspect of their treatment.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. International Criminal Court. Protection of Human Rights.

INTRODUÇÃO

A importância da pesquisa avulta-se na ênfase aos mecanismos de promoção e proteção dos Direitos Humanos por meio da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. São analisadas as formas de tutela internacional dos Direitos Humanos e destacada a necessidade de reafirmação desses direitos, enquanto meio de delimitação da atuação da Jurisdição Penal Internacional.

O Decreto Legislativo nº 4.388 de 2002, trouxe para o ordenamento jurídico-brasileiro as normas referentes ao Tribunal Penal Internacional: a investigação acerca dos limites de legitimidade de atuação tornou-se ainda mais relevante pela diferente construção epistemológica do Direito Penal, paradigma que concebe o “sujeito de direito” sob uma perspectiva individual e seu pertencimento a um determinado Estado, que detém soberania na tutela de bens jurídicos, partir do exercício do *ius puniendi* do Estado-Juiz. O Tribunal Penal Internacional retoma a proteção internacional de bens jurídicos que tutelam toda a humanidade, porquanto o indivíduo passa a ter personalidade jurídica internacional. Esse é o grande giro do Direito Internacional Penal.

Os primeiros passos dados pela humanidade, rumo ao desenvolvimento de um sistema internacional de direitos foram

impulsionados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (*rectius* humanidade), pós-revolução francesa. O Direito Internacional Penal, ramo do Direito Internacional Público, foi idealização do século XX, representando grande avanço do Direito Internacional, especialmente no próprio sistema do ordenamento jurídico-penal dos Estados. Ele corporifica o processo de internacionalização da tutela dos bens jurídicos e, portanto, corresponde a um instrumento de defesa universal dos direitos da humanidade. Compreender como se deu a gênese do tratamento internacional dos Direitos Humanos corresponde à marcha paulatina de reafirmação e proteção desses direitos na perspectiva internacional.

2 AFIRMAÇÃO HISTÓRICO-INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Em 1998 os Estados-partes instituíram o Tribunal Penal Internacional, órgão permanente e competente para julgar os indivíduos responsáveis pela prática de crimes contra a humanidade: crimes de guerra, de genocídio e de agressão. Antes de discorrer sobre o tratamento normativo dos Direitos Humanos, discorrer-se-á sobre seus precedentes. Para Fábio Konder Comparato:

[...] a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.¹

Progressivamente o reconhecimento e reafirmação da igualdade entre os seres humanos, sem qualquer distinção, brotou instrumentos normativos que defendem, principalmente, a dignidade inerente a cada

1 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 480.

ser humano, como fundamento dos textos constitucionais do Ocidente. A concepção de um conceito ideal que abrange toda a humanidade, pelo reconhecimento da condição de igualdade, é algo recente na história dos Direitos Humanos.

Como afirma Konder Comparato:

foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.’²

Por meio de tratamento normativo dar-se-á afirmação de respeitabilidade, em razão da condição humana inerente a todos os povos. Os primeiros passos dados pela humanidade para o desenvolvimento de um sistema internacional de direitos foram impulsionados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem como precedente que influenciou a construção internacional de tutela universal.

Os principais motivos para a criação de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos está na necessidade premente de as Nações coibir as práticas de sofrimento do ser humano constatadas com os resultados das duas grandes Guerras Mundiais.

O Direito Humanitário Internacional, como direito voltado para as práticas de Guerra – ou o Direito dos Conflitos Armados – compõe a gênese do Direito Internacional Moderno. A importância desses diplomas legais, oriundos de um período anterior a I Guerra, possibilitou a constatação de que esses documentos não possuíam efetividade, porquanto a aderência dos Estados ficava ao encargo de sua conveniência, por não existir, àquela altura, força normativa suficiente para cumprimento de instrumentos internacionais de proteção a Direitos Humanos. O reconhecimento de uma ideia de “guerra justa” ou de tratamento humanitário a prisioneiros de guerra ainda não havia prosperado.

² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 480 e 24.

Para Comparato o Direito Humanitário correspondia ao conjunto de leis e costumes de guerra e objetivava a minorar o sofrimento dos soldados prisioneiros de guerra, doentes, feridos e da própria população atingida pelo conflito bélico. Os documentos normativos compreendidos nesses episódios são: Convenção de Genebra (1864), Comissão Internacional da Cruz Vermelha (1880), Convenção de Haia (1907) e a revisão da Convenção de Genebra para tutela dos prisioneiros de guerra (1929).³

Com o desfecho da I Guerra Mundial passou-se, então, a discutir seriamente a responsabilização pelos crimes de guerra dos Estados beligerantes. Até então eram responsabilizados tão somente os Estados e pouco alcance teria a responsabilização em termos de efetividade da tutela internacional dos Direitos Humanos.

No período entre guerras passaram a existir limitações ao recurso beligerante, ainda não havia a responsabilização de sujeitos pelas práticas atrozes e perversas empreendidas contra os povos, responsabilização que somente passa a ser cobrada com o desfecho da II Guerra Mundial, e encontra na Declaração dos Direitos Humanos seu maior expoente.

Flávia Piovesan argumenta que sob a ótica contemporânea dos Direitos Humanos, esses direitos foram introduzidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e acrescenta que referida concepção é fruto do processo de internacionalização dos Direitos da Humanidade, enquanto movimento recente na história, relativamente ao período posterior a II Guerra, como uma exigência de responsabilização pelos horrores empreendidos, provocando a morte de milhões de pessoas.

A reconstrução dos Direitos Humanos, sob orientação internacional, passa por mudanças importantes. Piovesan afirma que se o nazismo significou a ruptura dos Direitos Humanos, o período posterior ao nazismo representa um marco para a reconstrução desses Direitos.⁴

3 *Passim*, p. 480 e 67.

4 PIOVESAN, Flávia. Sistema internacional de Proteção dos direitos humanos: inovações,

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem a doutrina da soberania absoluta dos Estados foi superada, não somente em razão da reformulação de obrigações internacionais do Estado, mas também em decorrência da recepção das doutrinas de perfis jusnaturalistas sobre a natureza do ser humano, e seus direitos inalienáveis, oponíveis até contra o próprio Estado.⁵

O Estatuto da Declaração Universal dos Direitos do Homem desempenha um papel importante na afirmação histórica dos Direitos da Humanidade no plano internacional. Após sua consagração, alguns infortúnios atentam contra seus preceitos. Segundo Flávia Piovesan fortalece-se a ideia de que a salvaguarda dos Direitos Humanos não pode ser reduzida ao domínio reservado do Estado, porque se revela um tema de legítimo interesse internacional.

A ideia de soberania do Estado sofre um processo de relativização ao admitir intervenções em prol da tutela dos direitos humanos. Admitem-se formas de responsabilização internacional dos Estados e dos sujeitos que em nome dele empreenderam comportamentos atentatórios aos direitos humanos.⁶ Com a instituição do Tribunal Penal Internacional ganha força a repressão universal às práticas atentatórias aos Direitos Humanos, instituindo a personalidade jurídica internacional do indivíduo no cometimento de crimes de Jurisdição Penal Internacional.

avanços e desafios contemporâneos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 288-289.

5 HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24-25.

6 PIOVESAN, Flávia. Sistema internacional de Proteção dos direitos humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 290-291.

A Declaração Universal concretiza o tratamento internacional dos Direitos da Humanidade pela adoção de inúmeros tratados internacionais, destinados à proteção de direitos fundamentais.⁷ Bobbio descreve que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais; desenvolvem-se como direitos positivos particulares, como ocorre quando cada Estado os incorpora ao seu texto da Constituição, e, finalmente, encontram sua plena realização nos direitos positivos universais.⁸

Robert Alexy argumenta que existe união inseparável, apesar das tensões, entre direitos humanos, direitos fundamentais, Democracia e Estado Constitucional Democrático. A relação de tensão fica clara na assertiva de Pagliarini ao comentar que se é verdade que o direito interno cede espaço ao direito internacional, também é verdade que o direito das gentes deve ceder espaço ao consentimento, proveniente da ordem jurídica interna, conforme estabelece a Constituição.⁹

Alexy afirma que, por meio da teoria do discurso dos direitos humanos, é possível não apenas a fundamentação dos direitos fundamentais, mas do próprio Estado Democrático de Direito e da Democracia. O trânsito das regras do discurso para o discurso dos direitos humanos perpassa por três argumentos: autonomia, consenso e Democracia.

O fundamento dos Direitos Humanos perpassa dois problemas: o primeiro, relaciona-se com o conteúdo desses Direitos; o segundo, remete à forma que exige a transformação do conteúdo em direito positivado, para que dessa maneira referidos Direitos se desenvolvam plenamente.¹⁰ A Democracia somente se torna possível por meio do exercício igualitário e

7 *Ibidem*, p. 29.

8 BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 30.

9 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional**: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

10 PRACUCHO, Davi Marcucci. A Fundamentação dos direitos humanos segundo Alexy. **Revista de direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijui, n. 13, jan./jun. ano 7, 2019, p. 90-105.

efetivo dos Direitos Humanos e políticos, que por sua vez, somente podem ser exercitáveis em face da garantia de Direitos Humanos e fundamentais, não políticos, como o direito à vida e ao mínimo existencial.

Acertada a relação de proximidade entre citados Direitos - humanos e fundamentais – sustenta Alexy: “as normas de direito fundamental determinam os conteúdos constitucionalmente necessários e outros que são impossíveis”¹¹. Virgílio Afonso da Silva argumenta que a exigência de que os direitos fundamentais encontram fundamentação constitucional é parte da ideia de que todo direito fundamental é restringível. O autor observa que a necessária relativização desses Direitos, como exigência própria do Estado Democrático, estabelece diferenciação entre eles.¹²

Os direitos fundamentais significam respeito à tutela interna, operada pelo próprio Estado e previstos – de forma explícita ou implícita na Constituição do país. Direitos Humanos – direitos das gentes conforme Pagliarini – são tutelados no plano internacional.¹³

A salvaguarda da ordem internacional estabelecida universalmente possibilita a responsabilização dos Estados perante a prática de violações aos Direitos Humanos, mesmo que referidas práticas sejam operadas contra sujeitos que estejam sob a jurisdição do Estado a ser responsabilizado.

Argumenta Gabriela Maciel Lamounier: “os Estados têm o dever de proteger e promover os Direitos Humanos, reconhecendo-os em seus ordenamentos jurídicos, em suas Constituições como direitos fundamentais.”¹⁴ Celso Duvivier de Albuquerque Mello esclarece que a

11 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 463.

12 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 253-254.

13 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5 *et sequi*.

14 LAMOUNIER, Gabriela Maciel. A corte interamericana de direitos humanos: estudo de casos contenciosos. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 7, n. 12, jan./jul,

Constituição incorpora ao direito interno os tratados internacionais sobre Direitos Humanos. O que para o autor corresponde a uma redundância, quando se observa que os tratados de que o Brasil faz parte são “obrigatórios.” Ele descreve, ainda, que na realidade, os Direitos Humanos têm *status* especial na ordem jurídica internacional e deve prevalecer sempre.¹⁵ Mas, como adverte Cançado Trindade: “Não mais há pretensão de primazia de um ou outro [...]. Este e aquele interagem em benefício dos seres protegidos.”¹⁶

O Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, relator para o acórdão o Emin. Ministro Gilmar Mendes, nos autos do HC 349.703/RS, de 03/12/2008, reconheceu a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, Decreto nº 911/ 69, que trata da alienação fiduciária em garantia. Argumentou o Min. Gilmar Mendes que o Brasil é signatário, desde 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, sem oposição de reservas.

Entendeu o Excelso Pretório que a prisão civil de depositário fiel viola o art. 7º, nº 7 do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. No voto o Min. Gilmar Mendes discorre que o tratado internacional em matéria de direitos humanos possui *status* de supralegalidade: ocupa, no ordenamento jurídico brasileiro lugar de destaque; acima da legislação infraconstitucional e abaixo da Constituição.¹⁷

2016, p. 37-81.

15 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 203.

16 TRINDADE, Cançado Antonio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *In: Arquivos do Ministério da Justiça*. ano 46, n. 182, jul/dez, 1993, p. 49.

17 Decreto foi recepcionado no texto da CF/88 como lei ordinária – art. 88 da CF. A tese de supralegalidade dos tratados internacionais em direitos humanos foi reafirmada no STF nos RE 466.343/SP e 90.172/SP. O art. 5º, § 3º, da CF, incluído pela EC 45. 2004, tem a seguinte dicção: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. É

A Emenda Constitucional 45/2004, alterando o art. 5º, §3º, da Constituição da República brasileira equiparou os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos às emendas constitucionais, observados o rito e o *quórum* de votação, em cada Casa do Congresso Nacional (art. 60, § 2º, CR/88).

Häberle, na perspectiva jurídico-internacional, argumenta que a cooperação entre Estados ocupa o lugar de mera coordenação e de mera ordem de coexistência pacífica, reconhecendo-se tendências no campo do Direito Constitucional nacional que evidenciam a diluição do estrito esquema interno/externo, a favor de uma abertura ou amabilidade do Direito internacional. Reconhece Häberle que a realização dos direitos fundamentais é a tarefa do Estado constitucional, cooperativo, nas suas relações externas, de criar uma medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais.¹⁸

Mutatis mutandis, os contornos da relação entre direitos humanos e direitos fundamentais deverá ser objeto de investigação no sentido de compreender como ocorreu a construção da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, posteriormente, do Tribunal Penal Internacional, enquanto instituições voltadas à tutela efetiva dos Direitos Humanos.

3 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: IMPLEMENTAÇÃO E MECANISMOS NO SISTEMA DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948, desde sua origem, destina-se à complementação por outras pautas internacionais. É assim que, após sua concepção, surgem pactos igualmente direcionados aos Direitos do ser humano, como o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais; Pacto de São José da Costa Rica; Pacto Internacional

dizer: incorpora-se à força normativa do texto constitucional.

18 HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 47-66.

sobre direitos civis e políticos, dentre outros. Esses Pactos exploram outras preocupações, além das já previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os quais surgem no curso do fenômeno de coletivização dos Direitos Humanitários.

A Declaração Universal expressa Direitos do indivíduo; não se dirige ao Estado. Os pactos, ressalvada a competência do Tribunal Penal Internacional, dirigem-se aos Estados, que se obrigam à salvaguarda dos preceitos neles estabelecidos.¹⁹

No período que permeia a metade do século XX houve um movimento ascendente de cooperação regional de tutela dos Direitos Humanos, transitando na concepção anterior de soberania absoluta do Estado nacional, para a formação de sistemas regionais formados, especialmente, por blocos, para estreitar as relações entre os países e assegurar a tutela dos Direitos Humanos. Embora tenham sido instituídos os sistemas europeu, americano e africano, com particularidades locais, orientam-se ao mesmo objetivo: a salvaguarda e promoção dos Direitos Humanos.

Correia trata da existência de tratamento de organismos internacionais voltados à tutela dos direitos humanos, a partir da fundação das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos e do Conselho da Europa instaurando-se um verdadeiro sistema internacional de salvaguarda dos Direitos Humanos, objeto de vários tratados internacionais e, por meio de órgãos de diversas naturezas, destinam-se a cumprir as finalidades dessas organizações. Por seus órgãos compreendem as instituições da promoção dos Direitos Humanos e à proposição das medidas necessárias à superação das deficiências, existentes nos Sistemas de Direitos Humanos. Em termos de sistema global, tem-se a ONU e os sistemas de atuação regional, antes referidos.²⁰

19 BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 47, jan./abr. São Paulo, 2003, p. 224-236.

20 CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de direitos humanos**: repercussão jurídica das opiniões consultivas. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69.

Para a preservação do Estado Democrático baseado na Dignidade Humana, ao longo do século XX, nos Continentes Americano, Europeu e Africano foram criados sistemas de proteção e promoção dos Direitos Humanos a nível regional. Na perspectiva de cooperação internacional, na salvaguarda dos Direitos Humanos, foi concebida a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1996, por meio do Pacto de São José da Costa Rica. Afirma-se que um dos maiores frutos do referido diploma foi a criação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos responsável pela apreciação de violações aos Direitos Humanos pelos países que integram a OEA (Organização dos Estados Americanos).

Durante a conferência da OEA (Organização dos Estados Americanos), de 12 de fevereiro de 1969, os países integrantes adotaram o Pacto de São José da Costa Rica, também intitulado de Convenção Americana de Direitos Humanos, instrumento constitutivo de maior relevância do sistema interamericano.²¹

O Pacto estabelece, em seu preâmbulo, o propósito de consolidar no Continente Americano, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos Direitos Humanos essenciais, que não derivam do Estado, mas, sim, dos atributos próprios da pessoa humana, fundamento que justifica a proteção internacional complementar do direito interno dos Estados americanos.

Acerca da composição da Corte Interamericana dos Direitos Humanos Lamounier assevera que ela é composta por 7 (sete) juízes, nacionais de Estados membros da OEA, eleitos pela maioria absoluta dos Estados-partes da Convenção Americana, e que somente caberá à aludida Corte analisar e julgar um caso de violação dos Direitos Humanos se um

21 PIOVESAN, Flavia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia. (orgs.) **O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

Estado membro da OEA ou a própria Comissão Interamericana dos Direitos Humanos provocar a sua atuação.²²

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos possui competência consultiva e contenciosa. A competência consultiva volta-se à interpretação e emissão de pareceres sobre normas presentes na Convenção e em tratados dos Direitos Humanos, dos quais sejam signatários os Estados integrantes da OEA sem que haja litígio suscitado.

Para Sidney Guerra, nesta hipótese, poderá a Corte Interamericana coibir um Estado a proceder à derrogação de um dispositivo legal, que esteja em desacordo com os Direitos Humanos vinculados à Convenção dos Direitos Humanos.²³ Ainda sobre esse aspecto, em face da proibição de regresso, não poderá o Estado retroceder; diminuir seu âmbito de proteção aos Direitos Humanos em relação ao estágio em que referida tutela se encontra.

A competência contenciosa é de natureza jurisdicional. Previamente deve haver a submissão; a concordância de o Estado submeter-se de forma categórica à Corte. Ausente referida manifestação de consentimento expresso não haverá atividade jurisdicional empreendida pela Corte. No plano da jurisdição contenciosa a Corte está circunscrita ao recebimento e trâmite de casos específicos de violação aos Direitos Humanos, após o trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre o envio ou não do caso para a Corte, procedimento de caráter discricionário.²⁴

A Corte, como todo órgão detentor de funções jurisdicionais, tem o poder de determinar o alcance de sua competência. Os instrumentos de aceitação da cláusula facultativa na jurisdição obrigatória, previstos no

22 LAMOUNIER, Gabriela Maciel. A corte interamericana de direitos humanos: estudo de casos contenciosos. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 7, n. 12, jan./jul, 2016, p. 37-81.

23 GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 174.

24 CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de direitos humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 125.

artigo 62, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, pressupõem a admissão por parte do Estado de submeter-se à jurisdição da Corte.²⁵ Acerca do esgotamento prévio dos recursos internos, para que a Comissão possa conhecer de uma petição, a Corte procurou afastar a costumeira defesa dos Estados de que infringiam as regras de tratamento dos Direitos Humanos, em razão da morosidade da justiça.²⁶

A Corte Interamericana de Direitos Humanos julga apenas Estados. O julgamento e responsabilização de pessoas é de competência do Tribunal Penal Internacional, quando houver a prática de crimes previstos no rol de tutela do Estatuto de Roma. Conforme o Direito Internacional Geral, a Corte Interamericana não detém a qualidade de tribunal de apelação; sua atribuição está adstrita ao trato das violações a Direitos Humanos previstas no Pacto de São José da Costa Rica.²⁷ A Comissão Interamericana recebe denúncias de atos de violação aos Direitos Humanos, em razão da falta de reconhecimento ou tratamento adequado por parte dos Estados. As denúncias serão apreciadas pela própria Comissão, que em havendo juízo de admissibilidade de das denúncias, procede a recomendações aos Estados e decide por apresentar ou não o caso à Corte. A Comissão representa um órgão processual na região americana, em matéria de Direitos Humanitários.²⁸

Pode-se recorrer a um exemplo de amplo conhecimento para ilustrar a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: o caso da brasileira Maria da Penha cuja conclusão é a seguinte:

25 MATUTE, Javier Dondé. **La jurisprudencia de la Corte Interamericana y su relevancia en el Derecho Penal Internacional**. Colección investigación, México: INACIPE, 2006, p. 35.

26 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 385 e 480.

27 MATUTE, Javier Dondé. **La jurisprudencia de la Corte Interamericana y su relevancia en el Derecho Penal Internacional**. Colección investigación, México: INACIPE, 2006. p. 37.

28 BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estudos Avançados**. v. 17 n. 47, jan./abr. São Paulo, 2003. p. 224-236.

O Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Conclui também que essa violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.²⁹

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou a criação de normas para a proteção contra a violência doméstica. Ocorre que na hipótese de o Brasil não obedecer à aludida recomendação do parecer consultivo, a Comissão remeterá o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgamento do caso e, eventualmente, poderá o país sofrer, dentre outras imposições: correção, ruptura das relações diplomáticas e até exclusão da OEA (Organização dos Estados Americanos). Reconhece-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um relevante mecanismo no âmbito das relações exteriores para a defesa dos Direitos da pessoa humana.

A exemplo da Corte Europeia, a Corte Interamericana não corresponde a um Tribunal Penal e, conseqüentemente, não substitui eventuais ações penais afetas às violações cometidas pelos Estados. O

29 CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 54/01**, Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

que a Corte faz, é tão somente julgar a responsabilidade do Estado em casos de violações de previsões da Convenção Americana, hipóteses em que o Estado pode ser responsabilizado pela obrigação de cessar a violação e proceder a indenizações à vítima ou seus herdeiros. A sentença da Corte, embora judicial, não é punitiva, porquanto objetiva assegurar, apenas, ações corretivas para as deficiências, no âmbito dos sistemas jurisdicionais nacionais.³⁰

O tratamento da tutela dos Direitos Humanos, sem embargo, precisa constar da pauta de discussão dos Estados para que ter efetividade. A concepção de um sistema global é reconhecida como de fundamental importância para a adoção de práticas por parte dos países de mecanismos que proibam violações a Direitos Humanos, como ocorreram durante a II Guerra Mundial. Consequência dessa pauta de exigência humanitária foi instituição do Tribunal Penal Internacional.³¹

4 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA LEITURA DAS INFLUÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A Corte Internacional de Justiça tem sua jurisdição restrita aos Estados. Já o Tribunal Penal Internacional exerce sua jurisdição sobre os indivíduos (art. 1º, do Estatuto).

O texto do Estatuto de Roma - Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, estabelece que o Tribunal é uma instituição de caráter permanente,

30 CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de direitos humanos**: repercussão jurídica das opiniões consultivas. Curitiba: Juruá, 2008, p. 132.

31 SCHWINN, Simone Andrea; GÖSSLING, Luciana Manica. Para além da proteção global: a Organização dos Estados Americanos OEA e a proteção aos Direitos Humanos. In: ANAIS DA 10ª SEMANA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO - ENTRE/MENTES FADISMA - FACULDADE DE DIREITO DE SANTA MARIA; Santa Maria, 2013. p. 28-51.

destinada a exercer a jurisdição sobre os indivíduos, em relação aos crimes mais graves de ascendência internacional, excluindo-se de sua jurisdição as pessoas jurídicas (art. 25) e os menores de 18 (dezoito) anos de idade (art. 26).

O Tribunal supranacional tem sua competência estabelecida no artigo 2º do referido Estatuto para julgar:

- a) crime de genocídio;
- b) os crimes contra a humanidade;
- c) os crimes de guerra; e
- d) o crime de agressão.³²

O Estatuto define os tipos penais, acima mencionados, nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º, do Tratado de Roma, e no artigo seguinte, estabelece os elementos definidores de crimes, como a tipicidade, que auxiliarão o Tribunal a interpretar e aplicar estes artigos, em votação da maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados-Partes (art. 9º).

Dentre os vários princípios gerais do Estatuto releva-se o da complementaridade (arts. 1º e 17, 1. Alíneas “a” e “b”). O artigo 20 trata do *ne bis in idem*, impossibilidade de um novo julgamento por crimes pelos quais o agente já foi condenado ou absolvido pelo Tribunal Penal Internacional ou por outro tribunal, por conduta prevista, igualmente, nos arts. 5º, 6º e 7º, a menos que o procedimento do tribunal nacional tenha sido realizado com o firme propósito de subtrair o agente de sua responsabilidade por crimes de competência do Tribunal Penal Internacional

32 O crime de agressão, tipo proibitivo da “guerra de agressão”, foi codificado na Primeira Conferência de revisão do TPI, ocorrida em 31 de maio e em 11 de junho de 2010, em Kampala, Uganda, alterando o art. 8º *bis* do Estatuto de Roma para incluir o tipo penal de crime de agressão. Com isso, resolve-se a antiga discussão entre *o ato ilegal de agressão (proibição)* e *o crime de agressão*. AMBOS, Kai *et. al.* **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha** AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (coords.) 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p.190-208.

ou se o julgamento não foi conduzido de forma independente e imparcial, em conformidade com o devido processo legal de direito internacional (art. 20, 1, 2 3, alíneas “a” e “b”).

O art. 22 estabelece o princípio da legalidade *nullum crimen sine lege*, vedando a utilização da analogia (item 2). Para Feuerbach toda cominação de pena tem como pressuposto uma lei penal (*nulla poena sine lege*). A imposição de pena está condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimine*) e o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado por uma pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).³³

Estabelece o art. 11 do Estatuto de Roma a ressalva de jurisdição do Tribunal para julgar os crimes praticados após a entrada em vigor do Estatuto. Se um Estado – que não seja parte do multicitado Estatuto – decidir aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional este somente poderá exercer a jurisdição, unicamente, sobre os crimes cometidos após a vigência do Estatuto de Roma (item 2 do art. 11), a menos que o Estado tenha feito uma declaração de aceitação, depositando-a junto ao Secretário, anuindo que o Tribunal exerça a jurisdição sobre os crimes previstos no art. 5º do Estatuto, em conformidade com o § 3º do art. 12 (vide artigo 11.2).³⁴

Algumas delegações de Estados, presentes na convenção de Roma, especialmente, as de origem do *common law*, incluindo a Grã-Bretanha, apresentaram propostas para constar do Estatuto uma norma esclarecendo os elementos integrantes de vários crimes de competência do Tribunal, na medida em que a total liberdade conferida à Corte causava preocupação acerca de possíveis violações aos princípios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*.³⁵

33 FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1989. p. 63.

34 CARDOZO, Teodomiro Noronha. O Tribunal Penal Internacional e o princípio da legalidade. **Revista da Esmape**, v. 10, n 22, jul./dez, p. 377-397, 2005.

35 SUNGA, Lyal S. **A competência ratione materiae da corte internacional criminal: arts. 5º a 10 do estatuto de Roma**. In: Fauzi Hassan Choukr, Kai

Os arts. 59 e 89 do Estatuto de Roma dispõem sobre a solicitação de prisão preventiva ou de detenção e entrega por parte do Estado-Parte cujo procedimento de entrega de indivíduos ao Tribunal será de acordo com a lei nacional. O Tribunal Penal Internacional só age se a justiça interna dos Estados-Partes falhar.³⁶ O TPI não seria uma jurisdição estrangeira, mas uma *extensão* do sistema jurídico nacional dos Estados-partes.

O Tribunal Penal Internacional possui competência para julgar os crimes de: genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. Não consta do rol do Estatuto de Roma (*numerus clausus*), em face do princípio da legalidade, o crime de terrorismo, de repercussão reconhecidamente internacional. Por ocasião de revisão não está excluída a possibilidade de inclusão do crime de terrorismo e de outros crimes no Estatuto, a exemplo do crime de agressão.³⁷

Para Cassese as agressões terroristas podem caracterizar crime internacional em sentido próprio: “*Um tratto distintivo ulteriore è che gli atti terroristici possono costituire un crimine internazionale in senso proprio* “[...].³⁸ Todavia, essa afirmação esbarra no princípio reitor da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CR) no Estado Democrático de Direito, máxime porque os Estados-Partes não ignoram o problema do terrorismo, mas depois de longo debate não houve consenso entre eles.

Em uma perspectiva histórica constata-se que o século XX foi marcado por graves infrações à humanidade, e, mesmo com a consolidação do Tribunal Penal Internacional, sobretudo em razão da multiplicidade de

(orgs.).Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.191-219.

36 Princípio da complementaridade art. 11 do Estatuto de Roma – Decreto 4.388/2002.

37 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.**

7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 465. Primeira Conferência de revisão do TPI, ocorrida em 31 de maio e em 11 de junho de 2010, em Kampala, Uganda, alterando o art. 8º bis do Estatuto de Roma para incluir o tipo penal de crime de agressão.

38 CASSESE, Antonio. **Lineamenti de diritto Internazionale penale.** I. Diritto sostanziale. Bologna: Società editrice il Mulino, 2005. p. 168.

práticas contemporâneas, que representam graves violações aos Direitos Humanos, pode-se afirmar que a criminalidade de âmbito internacional exige uma delimitação mais adequada. A ordem mundial globalizada representa um momento histórico e absolutamente oportuno, para o progresso da efetiva tutela dos Direitos Humanos.³⁹

É sob essa racionalidade que surgiu o Tribunal Penal Internacional, como uma proposta de sistema adicional, para assegurar os Direitos Humanos, voltado a repelir a impunidade dos autores de crimes de maior gravidade, dos quais têm sido vítimas milhões de crianças, homens e mulheres, o que revela atrocidades que chocam profundamente a consciência humana e constituem ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade.⁴⁰

Margarida Cantarelli afirma que o caminho para o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos e sua garantia tem sido intenso e se podem colher resultados importantes em algumas partes do mundo, entretanto, reconhece que há um longo caminho a percorrer.⁴¹ O “longo caminho a percorrer”, levantado pela autora, encontra na contemporaneidade uma forte justificativa.

A consolidação do Tribunal Penal Internacional permanente representa uma conquista aos Direitos Humanos, ao ascender o indivíduo no primeiro plano do Direito Internacional Público. No entanto, atentar à observação de que “no campo dos direitos humanos vivemos uma mudança de paradigma ético e político na medida em que os valores gerais da vida

39 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corte Criminal Internacional e a tutela dos direitos humanos. **Revista da FDV**, Valença, v. 2, n. 2, dez, 1999, p. 19-32.

40 BERNARDES, Marcelo di Rezende. A importância para a humanidade do Tribunal Penal Internacional. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 6, n. 31, ago./set, 2009, p. 28-52.

41 CANTARELLI, Margarida. Os tratados internacionais dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 127-134.

humana passam a ser tutelados em escala mundial nos mais variados ramos do direito, inclusive do direito penal internacional.”⁴²

Surgem, pois, expressões como bens jurídicos universais, “formados a partir de interesses e valores que representam o sentimento comum da humanidade.”⁴³ Ocorre que esse posicionamento importa em uma postura jurídico-penal temerária, capaz de conduzir a discursos repressivos que defendem que o direito penal, sob a perspectiva da justiça universal, deve deixar de ser, como já afirmava Franz von Liszt⁴⁴, “a magna carta do delinquente”, na busca por eficiência, sob o argumento da necessidade de tutela efetiva da própria humanidade; macular princípios irrenunciáveis como o da legalidade e do próprio fundamento material do delito, como o é o bem jurídico, sobretudo, no exercício de sua função crítica de impor limites ao arbítrio Estatal, não seria uma postura recomendável.

A temática do bem jurídico desperta um aspecto relevante de legitimidade à atuação do Tribunal Penal Internacional, afinal, quando se afirma que sua função é “em escala planetária, sancionar a prática de atos que lesam a dignidade humana”⁴⁵ na realidade se deve afirmar, sob uma ótica garantista, que a função primeira dessa Corte Penal Internacional é a tutela da Dignidade Humana, núcleo axiológico do qual irradiam os demais Direitos inerentes ao ser humano.

Avulta-se a necessidade de impor arestas e contenções a um discurso, que empreende uma leitura universal do bem jurídico, que acaba

42 BODNAR, Zenildo. A justiça penal internacional como instrumento de proteção aos direitos humanos no mundo globalizado. **Novos estudos jurídicos**. NEJ, Itajaí, v. 9, n. 3, set./dez, 2004, p. 533-571.

43 *Ibidem*, p. 559.

44 ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 33. *Según expresa confesión de Liszt, protege no a la comunidad, sino al individuo que “se rebela contra ella”, garantizándole al derecho de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales”. Idem, Ibidem.*

45 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 458.

por caminhar na contramão dos postulados de garantias, inerentes a esse instituto, desde sua formação epistemológica. Mesmo em matéria dos Direitos Humanos, não se pode tratar de bens jurídicos universais postos, como adverte Ruth Gauer: “os Direitos Humanos são etnocêntricos, a sua universalização é uma violência, pois partem da igualdade jurídica, não reconhecendo as diferenças culturais e históricas.”⁴⁶

Como afirma Comparato:

Na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, vai-se firmando hoje, na doutrina e na jurisprudência, o princípio da prevalência da regra mais favorável à dignidade humana dos sujeitos de direito, quer se trate da vítima, quer do agente violador da norma.⁴⁷

Na atualidade a tendência é idealizar um Direito Penal apto à tutela de novos bens jurídicos, resultante do reconhecimento de novos valores, geralmente de cunho coletivo e transindividual. A construção do Tribunal Penal Internacional representa uma pretensão de universalização de valores.⁴⁸

Reafirma-se a delimitação de legitimidade da atuação do Tribunal Penal Internacional, sob a perspectiva dogmática, e principiológica, e de ofertar os mecanismos necessários ao discurso de tutela dos Direitos Humanos, para que estes cumpram seu papel não somente sob a ótica da igualdade formal, mas principalmente material.

46 GAUER, Ruth Maria Chittó. O trânsito da modernidade para a contemporaneidade e os direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103-110.

47 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 480.

48 MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A teoria dos bens jurídico-penais e o direito penal moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito**, 12 (2), jul./dez, p. 166-179, 2016.

CONCLUSÕES

O tratamento histórico dos Direitos Humanos, no plano internacional, revela um movimento de reafirmação da dignidade inerente ao ser humano. O Tribunal Penal Internacional corresponde a um importante fruto na afirmação da necessidade de fortalecimento das práticas de promoção e tutela dos Direitos Humanos, que representam um tema de legítimo interesse internacional, uma vez que importam em atributos próprios da pessoa humana, fundamento justificador de sua proteção a nível internacional.

O estabelecimento de uma Jurisdição Criminal Internacional representa um importante ganho em termos de combate à criminalidade internacional atentatória aos Direitos Humanos. Os precedentes históricos de sua instituição desenharam um movimento de busca por maior efetividade na tutela dos direitos inerentes ao ser humano. A experiência obtida com a instituição dos Tribunais Penais Internacionais – estes criados por tratados internacionais - e *ad hoc* (instituídos por Resolução do Conselho de Segurança da ONU) reforça a necessidade e importância do mantimento de um Tribunal Penal Internacional de natureza permanente, que opera a função de garantia dos direitos humanos.⁴⁹

A consequência jurídica do Direito Internacional Penal é a pena; significa dizer que a violência do sistema penal tradicional também está presente naquele direito. A investigação dos mecanismos que objetivam limitar a violência da pena é algo da mais alta relevância. Infere-se que os Direitos Humanos não só representam objeto de tutela da Jurisdição Penal Internacional, mas também, o limite e a contenção de sua atuação.

Avulta-se que a função precípua do Tribunal Penal Internacional é a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Significa que a atuação da Corte Penal Internacional é legitimada para a persecução dos atos

49 Tribunais Penais Militares Internacionais *ad hoc*: Runda e ex-Iugoslávia.

atentatórios aos Direitos Humanos, aqueles que configuram o núcleo existencial, a essência inerente a toda humanidade.

Sugere-se uma leitura de natureza material e concreta dos Direitos Humanos, que reconheça as peculiaridades histórico-culturais para além do tratamento formal-abstrato. Assim, ainda que a atuação do Tribunal Penal Internacional importe em uma tendência de universalização de valores, impõe-se uma leitura material e concreta dos Direitos Humanos, instrumentalizando a regra mais favorável à luz da dignidade humana.

O Tribunal Penal Internacional constitui um dos grandes avanços da comunidade internacional na promoção e tutela dos direitos da pessoa humana, afinal, deve atuar enquanto Tribunal justo, garantindo um processo igualmente justo, evitando a impunidade,⁵⁰ contudo, não no sentido de evitar a impunidade a qualquer preço, afinal, ao desrespeitar os direitos inerentes ao acusado que lhe é apresentado, acabaria desrespeitar seus direitos, e, portanto, infringir seu maior preceito: a tutela e respeito à dignidade humana, núcleo axiológico que orienta a problemática levantada de investigação da atuação da Jurisdição Penal Internacional, cuja atuação viabiliza a proteção universal dos direitos humanos, como bem jurídico de reconhecimento supranacional, e, ao mesmo tempo, encontra nessa função limite e legitimidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMBOS, Kai *et. al.* **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha** AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (coords.) 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

50

BERNARDES, Marcelo di Rezende. A importância para a humanidade do Tribunal Penal Internacional. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, ago./set. p. 28-52, 2009.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estudos Avançados**. v. 17, n. 47, jan./abr. São Paulo, p. 224-236, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BODNAR, Zenildo. A justiça penal internacional como instrumento de proteção aos direitos humanos no mundo globalizado. **Novos estudos jurídicos**. NEJ, Itajaí, v. 9, n. 3, set./dez. p. 553-571, 2004.

CANTARELLI, Margarida. Os tratados internacionais dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. O Tribunal Penal Internacional e o princípio da legalidade. **Revista da Esmape**, Recife, v. 10, n. 22, jul./dez. p. 377-397, 2005.

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 54/01**, Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de direitos humanos**: repercussão jurídica das opiniões consultivas. Curitiba: Juruá, 2008.

CASSESE, Antonio. **Lineamenti de diritto Internazionale penale**. I. Diritto sostanziale. Bologna: Società editrice il Mulino, 2005.

FEUERBACH. Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989.

GAUER, Ruth Maria Chittó. O trânsito da modernidade para a contemporaneidade e os direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corte Criminal Internacional e a tutela dos direitos humanos. **Revista da FDV**, Valença, v. 2, n. 2, dez, p. 19-32, 1999.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel. A corte interamericana de direitos humanos: estudo de casos contenciosos. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 7, n. 12, jan. /jul, p. 37-81, 2016.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A teoria dos bens jurídico-penais e o direito penal moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito**, 12 (2), jul-dez, p. 166-179, 2016.

MATUTE, Javier Dondé. **La jurisprudencia de la Corte Interamericana y su relevancia en el Derecho Penal Internacional**. Colección investigación, México: INACIPE, 2006, p. 35.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Sistema internacional de Proteção dos direitos humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos. In: BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.) **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flavia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flavia. (orgs.) **O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRACUCHO, Davi Marcucci. A Fundamentação dos Direitos Humanos Segundo Alexy. **Revista de direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí, n. 13, jan./jun, ano 7, p. 90-105, 2019.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SCHWINN, Simone Andrea; GÖSSLING, Luciana Manica. Para além da proteção global: a Organização dos Estados Americanos OEA e a proteção aos Direitos Humanos. In: ANAIS DA 10ª SEMANA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO. ENTRE/MENTES FADISMA. Faculdade de Direito de Santa Maria; Santa Maria, p. 28-51, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNGA, Lyal S. **A competência ratione materiae da corte internacional criminal: arts. 5º a 10 do estatuto de Roma**. In: Fauzi Hassan Choukr, Kai Ambos (orgs.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TRINDADE, Cançado Antonio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 46, n. 182, jul/dez, p. 49, 1993.

Thiago Tristão Lima

ACESSO À JUSTIÇA: VISÃO
SISTÊMICA PARA RACIONALIZAR
E FOMENTAR ESSA GARANTIA
CONSTITUCIONAL

ACESSO À JUSTIÇA: VISÃO SISTÊMICA PARA RACIONALIZAR E FOMENTAR ESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Thiago Tristão Lima

Mestrando Profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

RESUMO

O presente trabalho versa sobre uma análise do acesso à justiça como direito fundamental expressamente consagrado na Constituição Federal, bem como o papel do Poder Judiciário em fomentar a racionalização e democratização dessa garantia. Propõe-se o seguinte problema de pesquisa: qual é o papel do Poder Judiciário para concretizar de forma efetiva o acesso à justiça no Brasil, fazendo uma análise sistêmica do sistema de justiça? Inicialmente, realizou-se breves considerações sobre a teoria do conflito e o acesso à Justiça no Brasil para posteriormente fazer uma análise de como a efetiva aplicação do modelo da quinta disciplina de Peter Senger contribui para que as decisões referentes ao sistema de justiça sejam tomadas de forma sistêmica, garantindo assim concretude a norma constitucional de acesso à justiça. Buscou-se, ainda, compreender como o conceito de Learning Organization (LO), pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, garantido eficiência na sua atividade - fim e contribuindo para dar efetividade a norma constitucional de acesso à justiça. Conclui-se que o acesso à justiça precisar ser observado de forma constante pelo Poder Judiciário, sendo que contribui para atingir a observância efetiva dessa garantia constitucional a análise sistêmica do sistema de justiça.

Para responder a discussão proposta no presente trabalho, aplicou-se o método de abordagem indutivo, procedimento comparativo e técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Sistema de Justiça no Brasil. Learning Organization - Cinco Disciplinas

ABSTRACT

The present work deals with an analysis of access to justice as a fundamental right expressly enshrined in the Federal Constitution, as well as the role of the Judiciary in promoting the rationalization and democratization of this guarantee. The following research problem is proposed: what is the role of the Judiciary to effectively implement access to justice in Brazil, making a systemic analysis of the justice system? Initially, there were brief considerations about the theory of conflict and access to justice in Brazil to later make an analysis of how the effective application of Peter Senger's fifth discipline model contributes to making decisions regarding the justice system in a systemic way, thus guaranteeing the concreteness of the constitutional norm of access to justice. It was also sought to understand how the concept of Learning Organization (LO) can be applied by the Judiciary, guaranteeing efficiency in its activity - end and contributing to give effect to the constitutional norm of access to justice. It is concluded that access to justice needs to be constantly observed by the Judiciary, and the systemic analysis of the justice system contributes to achieving the effective observance of this constitutional guarantee. To answer the discussion proposed in the present work, the inductive approach method, comparative procedure and bibliographic research technique were applied.

Keywords: Access to justice. Justice System in Brazil. Learning Organization - Five Discipline.

1 INTRODUÇÃO

A discussão no tocante ao acesso à justiça no Brasil deve ser pauta constante dos debates jurídicos e sociais no Brasil, visto que apesar dos avanços legislativos e das inovações criadas pelo Sistema de Justiça os números crescentes de demandas judiciais aumentam em progressão geométrica, conforme dados do Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e inversamente acabam afastando os jurisdicionados da garantia constitucional de acesso à justiça de forma efetiva.

A estrutura do Poder Judiciário no Brasil é complexa e exige conhecimentos e técnicas de gestão para não haver um colapso da prestação de serviço aos jurisdicionados. Outrossim, não basta apenas abrir novas unidades do Poder Judiciário para garantir o cumprimento da norma constitucional de acesso à justiça ou mesmo adotar visão cartersiana para solução dos problemas, sendo necessário haver o enfrentamento da problemática através de decisões que sejam sistêmicas e assim venham a proporcionar o efetivo acesso à justiça daqueles que buscam a tutela jurisdicional.

Nesse contexto, a teoria da quinta disciplina defendida por Peter Senge apresenta ferramentas para possibilitar a visão do todo e não apenas as partes isoladas de cada problema que venha a ser enfrentado pela organização privada ou mesmo instituição pública, no caso em estudo o Poder Judiciário. Assim, observando as regras do pensamento sistêmico, materializada em 11 Leis da Quinta Disciplina, os administradores/gestores possuem ferramentas para identificar de forma mais eficaz os erros e dificuldades e dessa forma alcançar a solução que seja mais adequada.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende enfrentar o seguinte problema de pesquisa: qual é o papel do Poder Judiciário para concretizar de forma efetiva o acesso à justiça no Brasil, fazendo uma análise sistêmica do sistema de justiça? Sem a pretensão de esgotar o tema, busca-se

definir o acesso à justiça de forma efetiva e justa, repensando o papel do Poder Judiciário ao adotar medidas de gerenciamento através de análises sistêmicas dos problemas a serem enfrentados.

Inicia-se pela compreensão do que é o conflito e o acesso à justiça, para posteriormente analisar eventuais dificuldades para concretude dessa garantia constitucional. Por fim, será abordado o papel do Poder Judiciário para concretizar o acesso à justiça de forma através de decisões em que a visão sistêmica seja observada. A metodologia usada é o método de abordagem indutivo, procedimento comparativo e técnica de pesquisa bibliográfica, sendo que a coleta dos dados foi por documentos institucionais.

2 TEORIA DO CONFLITO E ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, cabe fazer algumas considerações sobre a teoria do conflito para entender o que significa o acesso à Justiça. É sabido que o conflito é inerente ao ser humano e sempre existiu, sendo que já no simples ato de nascer, a criança já tem que lidar com pretensões diferentes, ou seja, o nascimento acarreta o primeiro conflito real daquele que está vindo ao mundo sendo demonstrado através do choro do infante.

Assim, as pessoas sempre estarão envolvidas em conflitos, aos quais dão causa ou não, podendo ser provocados pela ação ou omissão de terceiros ou por fatos alheios ao controle humano. Torna-se pertinente entender as teorias que envolvem os conflitos para que possam ser adotadas as medidas cabíveis com o escopo de superar de maneira menos traumática essas adversidades.

Além disso, quando a pessoa consegue compreender de forma mais racional o conflito, ainda que lhe atinja diretamente, acaba desenvolvendo competência capaz de fazer daquela situação, que

a princípio lhe causa transtorno e incômodo, uma oportunidade de crescimento pessoal com a experiência vivida, ou mesmo evita que o diálogo seja rompido de forma perene ou mesmo temporária com o terceiro causador ou envolvido no conflito.

Observa-se que os conflitos podem ser vistos sobre o aspecto negativo, ou seja, a existência deles apenas acarretaria consequências às pessoas envolvidas e poderiam promover rompimento de laços, ainda que constituídos por longos anos sob as bases de afeto. Contudo, hodiernamente, quando bem se compreende as teorias que estão relacionados aos conflitos e às consequências negativas, estas podem ser anuladas e ainda potencializar transformações com aspectos positivos decorrentes daquele conflito. Nesse contexto, ao buscar o lado positivo da existência do conflito, Donato (p.16, 2016) apresenta o seguinte entendimento:

Essa passagem de uma forma negativa de se ver o conflito para uma forma positiva de avaliá-lo tem representado uma verdadeira reviravolta na teoria do conflito. A partir do momento que o conflito é visto de forma positiva e comum nas relações humanas, ele poderá ser utilizado com ferramenta para solução de litígios.

Além disso, muitas vezes, os conflitos nas relações humanas do cotidiano somente ocorrem porque são potencializados, ou seja, pequenos desentendimentos ou mesmo incompreensões apresentam proporção não desejadas em decorrência do fenômeno denominado espiral do conflito, que pode ser compreendido nos ensinamentos de Azevedo (p. 32, 2018):

Há uma progressiva escalada, em relações conflituosas, resultante de um círculo vicioso de ação e reação. Cada reação torna - se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma questão ou ponto de disputa. Esse modelo, denominado de espirais do conflito, sugere que com esse crescimento (ou escalada) do conflito, as suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos se

mostram mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação.

Assim, proceder a uma escuta ativa ou mesmo simplesmente silenciar-se antes de retrucar eventuais inverdades ou mesmo ofensas acaba sendo uma atitude que muitas vezes surpreende e desestimula o interlocutor a continuar a verbalização ou suas atitudes. Além disso, não é incomum que aqueles que buscaram instaurar o conflito retratarem-se por conseguir analisar de plano a desproporcionalidade ou mesmo excessos de suas ações.

Com efeito, é imprescindível possuir conhecimento e recorrer aos instrumentos legais a disposição das pessoas para que eventual conflito que venha a depender da intervenção direta ou mesmo auxílio indireto de terceiros não envolvidos emocionalmente possam ser resolvidos, pois muitas vezes o interessado depende de outra percepção para que questões pendentes adjacentes existentes sejam resolvidas.

Realizadas breves considerações sobre a teoria do conflito, torna-se necessário compreender os meios de tratamento adequado de conflito, ou seja, quando os interessados não conseguem resolver de forma autônoma e recorrem aos auxílios de particulares ou do poder público.

No tocante ao Poder Público, cabe ao Poder Judiciário a missão constitucional de solução de conflitos e da busca pela almejada paz social. No Brasil, os Tribunais são órgãos cuja finalidade é a pacificação, em que os cidadãos confiam para a solução de seus conflitos. Assim, são muito demandados, conforme demonstram os números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Cabe destacar que o Poder Judiciário no Brasil possui um acervo de processos ativos que hodiernamente já ultrapassou a barreira dos 78

milhões de demandas pendentes de julgamento, conforme Relatório da Justiça em Números 2019, publicado pelo CNJ¹.

Desse modo, buscas incessantes do Poder Judiciário, mesmo com demanda de processos que ultrapassa a capacidade dos juízes brasileiros de prestação da tutela jurisdicional com eficiência, acabam sendo fonte de desestímulo e descrédito do sistema de justiça nacional, pois a solução definitiva da controvérsia acontece de regra após vários anos, quando a situação de fato inicial pode ter deixado de existir ou mesmo transmudou-se pela dinâmica da vida. Assim, sobre essa realidade do sistema de justiça no Brasil, cabe colecionar os ensinamentos de Campos (p. 109, 2008)

Grosso modo, o acesso a instituições responsáveis pela Justiça é dificultoso e custoso para parcela significativa da sociedade, que não consegue fazer com que as violações de seus direitos sejam apreciadas. E, mesmo quando consegue acessar essas instituições, parcela importante da sociedade depara-se com serviços jurisdicionais morosos, parciais e incertos, que não propiciam a efetiva reparação daquelas violações. Como consequência, as instituições que zelam pela justiça no Brasil não dispensam os cuidados necessários aos direitos que encarnam a cidadania e a dignidade, bem como a liberdade, a justiça e a solidariedade, previstas na Constituição de 1988. Em alguma medida, isso ajuda a explicar a diminuta confiança depositada no Poder Judiciário, na polícia e na advocacia.

Observa-se que a litigiosidade verificada no Brasil acaba mitigando a garantia constitucional de acesso à justiça prevista na Constituição Federal, pois não resta dúvida que apenas garantir que as portas do Poder Judiciário estejam abertas para atender aos cidadãos não contempla esse direito fundamental, sendo necessário, ainda, que a prestação jurisdicional seja célere e eficaz. Nesse sentido, cabe transcrever os ensinamentos do professor Watanabe (p. 4, 2019):

1 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: dez.2021.

(...) venho sustentando que o conceito do direito de acesso à justiça vem passando por uma atualização, não significando mais mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário para a solução de controvérsias. Significa acesso à ordem jurídica justa: a) que propicie aos cidadãos solução adequada dos conflitos, por instituições e pessoas plenamente qualificadas; b) que informe e oriente apropriadamente os cidadãos sobre seus direitos e problemas jurídicos que estejam dificultando o pleno exercício da cidadania; c) e remova todos os obstáculos que se anteponham à plena realização do acesso à ordem jurídica justa.

Portanto, para compreender o papel do Poder Judiciário no compromisso social com a observância da garantia do acesso à justiça de forma efetiva, é fundamental a ciência da realidade em que ele se insere sendo que o administrador necessita de ferramentas de gestão e visão do sistema de justiça de forma sistêmica, superando a impressão de que o simples fato de estar no cargo de direção não garante que haverá êxito na condução do Poder Judiciário com a experiência acumulada em razão do exercício do cargo.

3 A QUINTA DISCIPLINA – ORGANIZAÇÕES QUE APRENDEM

Não obstante o presente trabalho analisar a atuação do Poder Judiciário para concretização da garantia constitucional de acesso à justiça, deve ser observado que o administrador pode valer das técnicas e instrumentos que foram desenvolvidos pensada inicialmente para as organizações privadas, tudo com o escopo de alcançar o interesse público com mais eficiência e menor dispêndio ao erário.

Nesse sentido, cabe observar que nas últimas décadas está havendo uma constante a difusão dos temas correlacionados com as

organizações de aprendizagem, através da observância das denominadas disciplinas, tudo conforme ensina Senge (p.21, 2012):

(...) as organizações estão criando mais redes, o que enfraquece as hierarquias tradicionais da administração e potencialmente abre novos espaços para o aprendizado, a inovação e a adaptação constante. (...) Esse ritmo louco e esse caos também solapam a construção de culturas de administração baseada em valores e abrem as portas para o golpe de oportunistas em busca do poder individual ou de dinheiro.

Assim, a quinta disciplina trata-se de observar as dificuldades e problemas que surgem na gestão das organizações, instituições públicas e privadas aplicando o pensamento sistêmico. Nesse sentido, são abandonadas velhas regras como por exemplo deixar de observar o horizonte, o que está no entorno bem como as consequências antes de tomar qualquer decisão, materializando o pensamento sistêmico.

Não pode deixar de ser observado, que ao apresentar as diretrizes do pensamento sistêmico como centralizador das demais disciplinas, Senge menciona a necessária observância de cautelas a serem observada pelo administrador ou gestor, que ficaram conhecidas como 11 Leis da Quinta Disciplina, cabendo tecer breves comentários sobre as mesmas.

A primeira lei intitulada “Os Problemas de hoje vêm das soluções de ontem”, onde menciona Senge (p.15, 2012):

Sempre ficamos intrigados com as causas de nossos problemas quando, na verdade, deveríamos recordas as soluções que demos paraoutros problemas no passado. (...). Soluções que transferem problemas de uma parte do sistema para outra frequentemente não são detectadas(...)

Ainda, a segunda lei intitulada “Quanto mais você empurra, mas o sistema empurra de volta”, onde menciona Senge (p. 15, 2012):

O pensamento sistêmico tem um nome para esse fenômeno: “feedback de compensação” - ou seja, as intervenções bem – intencionadas provocam respostas do sistema que eliminam os benefícios da intervenção. Todos sabem o que é enfrentar um feedback de compensação – quanto mais você empurra, mais o sistema empurra de volta.; quanto mais você se empenha para resolver os problemas, maior parece ser o esforço necessário para solucioná-los.

A terceira lei intitulada “O comportamento melhor antes de piorar”, sendo ensinado por Senge (p.16, 2012):

As respostas que melhoram antes de piorar de muitas intervenções gerenciais são o que tornam o processo decisório político contraproducente. Chamo de “processo decisório político” as situações nas quais têm influência outros motivos além dos méritos intrínseco dos cursos de ações alternativas – fatores como o objetivo de desenvolver uma base pessoal de poder ou a intenção de parecer bom ou “agradar ao chefe”. Em um sistemas humanos complexos, sempre há várias alternativas para melhorar as coisas a curto prazo. Porém, o feedback de compensação pode voltar depois para assombrá-los.

A quarta lei intitulada “A saída mais fácil normalmente nos leva de volta para dentro”, sendo que no tocante a essa lei da quinta disciplina ensina Senge (p.16, 2012), *in verbis*:

Todos gostamos de utilizar soluções conhecidas para resolver as dificuldades, optando por aquilo que conhecemos melhor. As vezes as chaves estão no mesmo sob a luz do poste, mas frequentemente estão no meio da escuridão. Afinal, se a solução fosse fácil de chegar ou óbvia a todas as pessoas, já teria sido encontrada.

A quinta lei intitulada “A cura pode ser pior do que a doença”, sendo que no tocante a mencionada lei cabe transcrever os ensinamentos de Senge (p.16, 2012):

A longo prazo, a consequência mais perigosa da utilização de soluções não sistêmicas é a crescente necessidade de doses cada vez maiores de solução. É por isso que as intervenções governamentais mal concebidas não são apenas ineficazes, mas “viciam”, estimulando a dependência cada vez maior, diminuindo a capacidade das pessoas de resolver os próprios problemas.

A sexta lei intitulada “Mais rápido significa mais devagar”, sendo que ensina Senge (p,17, 2012):

A verdadeira consequência da perspectiva sistêmica não é a inatividade, mas um novo tipo de atitude baseado em uma nova forma de pensar – o pensamento sistêmico é mais desafiador e, ao mesmo tempo, mais promissor do que os mecanismos usuais de lidar com os problemas.

A sétima lei denominada “Causa e Efeito não estão próximo no tempo e espaço” pode ser compreendida no entendimento de Senge (p.18, 2012):

Existe uma diferença fundamental entre a natureza da realidade nos sistemas complexos e a forma predominante de como pensamos a respeito dessa realidade. O primeiro passo para corrigir essa desigualdade é abandonar a ideia de que a causa e efeito estão próximos no tempo e espaço.

Cabe mencionar, ainda, que a oitava “Pequenas mudanças podem produzir grandes resultados - mas frequentemente as áreas de maior alavancagem são as menos óbvias”, ensina Senge (p.17, 2012), *in verbis*:

Em geral, a solução de um problema difícil é uma questão de descobrir onde está a maior alavancagem, uma mudança que – com o mínimo de esforço – resultaria em melhorias duradoura e significativa. O único problema é que as mudanças de alta alavancagem não são óbvias para a maioria dos envolvidos no sistema. Não estão próximas o “tempo e espaço” dos sintomas óbvios do problema. É isso que torna a vida tão interessante.

A nona lei, qual seja: “Você pode assobiar e chupar cana- mas não ao mesmo tempo”, sendo que ensina Senge (p. 18, 2012):

As vezes, os dilemas mais complexos, quando analisados do ponto de vista sistêmico, não são absolutamente dilemas. São resultado do raciocínio “instantâneo” e não do pensamento baseado em “processo”, e podem ser vistos de forma diferente quando você analisa conscientemente as mudanças ao longo do tempo.

A décima lei, ou seja, “Dividir um elefante no meio não produz dos pequenos elefantes, que pode ser compreendido segundo Senge (p.17, 2012), *in verbis*:

Os sistemas vivos têm integridade. Seu carácter depende do todo. O mesmo ocorre com as organizações, para compreender as questões gerenciais mais complexas é preciso ver o sistema inteiro responsável pelo problema. (...) Quase sempre as pessoas insistem em dividir um elefante ao meio. O resultado não são dois pequenos elefantes – o resultado é uma confusão. Quando falo assim, refiro-me a um problema complicado no qual não se consegue identificar pontos de alavancagem, pois está nas interações, que não podem ser identificadas quando se analisa apenas a parte que está se segurando.

Por fim, cabe transcrever a última lei da quinta disciplina, qual seja: “Não existem culpados”, que pode ser compreendida no entendimento de Senge (p. 18, 2012):

Nossa tendência é culpar as circunstâncias externas pelos nossos problemas “Alguém” lá fora - os concorrentes, a imprensa, as mudanças do mercado, o governo – fez isso ou aquilo a nós. O pensamento sistêmico mostra-nos que não existe “lá fora”, que você e a causa de seus problemas fazem parte de um único sistema. A cura está no seu relacionamento com o seu “inimigo”.

Verifica-se que os “conselhos” do autor Peter Senge servem para os gestores e administradores exercerem as funções de lideranças as quais aliadas com a ideia de pensamento sistêmico certamente vão acarretar benefícios significativos, com ganhos e resultados para as instituições a quais pertencem.

Observa-se que essas estratégias inicialmente voltadas para iniciativa privada podem e devem ser aplicadas pelos servidores públicos na condução da administração pública, em especial no Poder Judiciário, que constantemente tem que buscar solução para garantir o acesso dos jurisdicionados a tutela jurisdicional, quando existe ameaça ou lesão a direitos, concretizado dessa forma a garantia constitucional de acesso à justiça.

4 VISÃO CARTESIANA X SISTÊMICA – IMPACTOS NO ACESSO À JUSTIÇA

A iniciativa privada utiliza técnicas e recursos de gestão para aumentar a eficiência com o menor custo sendo que essa cultura aos poucos vai sendo sedimentada no setor público não obstante as resistências que são naturais a todas as mudanças quando se iniciam.

Contudo, antes de pensar em mudar as instituições é necessário mudar as pessoas que são suas gestoras. Nesse sentido, com bastante propriedade ensina Senge (p. 179, 2012), *in verbis*:

O domínio pessoal ou capacidade individual é a aptidão fundamental para que uma pessoa possa ampliar seus próprios valores e não se deixar levar pelas circunstâncias. Para tanto, são primordiais, uma percepção clara da realidade e a firmeza dos próprios propósitos. É o conhecimento de si mesmo, que vai muito além das habilidades e da competência, apesar de se basear nelas. Vai além da revelação e da abertura espiritual, embora exija crescimento espiritual.

Quando se refere ao Poder Judiciário, uma instituição onde seus atos e tradições exigem formalidades em todos os sentidos, a palavra mudança causa desconforto entre aqueles que estão na gestão bem como aos seus pares, sendo que toda mudança de paradigma geralmente acontecem de forma paulatina.

Contudo, tendo a visão gerencialista de metas conforme aquelas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a mudanças do Poder Judiciário devem acontecer na velocidade e de forma concomitante que a sociedade muda, tudo com o escopo de estar conectado as realidade sociais do momento. Pensar ou atuar de forma diferente acaba fazendo que decisões cartesianas e conseqüentemente desconectas com a realidade sejam adotadas acarretando prejuízos a sociedade e especial aqueles que buscam a tutela jurisdicional

Nesse sentido, observa-se que os gestores no exercício da administração judicial com o escopo de resolver a questão do acesso à justiça, quando começa a haver insatisfações dos jurisdicionais e operadores do direito, busca abrir novas unidades judiciais, sendo que através dessa decisão consegue no primeiro momento resolver o problema apresentado de dificuldade de acesso a justiça especialmente nos rincões do país.

Não pode ser esquecido, porém, que para manter uma unidade judicial funcionado são necessários recursos humanos e materiais permanentes, sendo que com o passar dos anos ambos começam a faltar nas unidades que são criadas nas áreas mais remotas do país como de regra (remoções, promoções, assistência técnica que deixar de ser feita, envio de material ineficiente, etc), sendo que quando isso ocorre não são supridas as referidas faltas de forma satisfatória, voltando a origem do problema que motivou no passado a criação das mencionadas unidades judiciais.

Assim, para o gestor que criou a referida unidade judicial o mesmo atuou com o escopo de promover o acesso à justiça para aquelas pessoas que reivindicavam a presença do Poder Judiciário, sendo que de fato, no curto prazo, o problema foi solucionado. Contudo, a solução foi cartesiana, ou seja: qual o problema? Falta de unidade judicial naquela localidade. Solução imediata e simplista? criação da unidade judicial.

Contudo, deixou de ser observado que numa visão sistêmica do problema não basta criar a unidade judicial como foi feito, mas o real desafio estar em prever que a mesma continuará a prestar serviços jurisdicionais a longo prazo, atendendo de forma efetiva os anseios daquela comunidade.

Assim, sem observar as Leis da Quinta Disciplina deixou o gestor de atuar de forma eficiente e ainda causou gasto ao erário. Buscou uma solução simples para um problema, sendo que a médio prazo a referida comunidade voltou com o problema inicial de falta de acesso efetivo a justiça.

De fato, com a modernidade promovida pela tecnologia são desnecessários haver estruturas físicas do Poder Judiciário em todos os municípios do país, sendo que essa medida não mitiga o acesso à justiça como num primeiro momento pode parecer. Pelo contrário, em havendo estrutura física do Poder Judiciário onde os serviços jurisdicionais não são prestados de forma eficiente e regular para aqueles que buscam a tutela jurisdicional é que de fato causa prejuízos irreparáveis aos jurisdicionados.

Nesse sentido, pode o gestor com visão sistêmica e observando as diretrizes apresentadas pelas Leis da Quinta Disciplina promover a criação de polos especializados da justiça que atenda remotamente os mais afastados lugares do país, possibilitando que todos aqueles que venham a necessitar da tutela jurisdicional tenha uma rápida resposta para as suas pretensões. Assim, estará o gestor garantindo uma administração do Poder Judiciário de excelência (eficiência e economia ao erário) e ainda dando concretude a garantia constitucional de acesso à justiça.

5 CONCLUSÃO

O acesso à justiça é uma garantia constitucional muito cara para o sistema de justiça bem como para preservação do estado democrático de

direito, pois somente com a população tendo acesso a tutela jurisdicional de forma efetiva é que a ordem jurídica estará de fato sendo preservada.

Contudo, o excesso de demanda do Poder Judiciário nos últimos anos têm provocado uma mitigação do acesso efetivo à justiça, pois não bastas as portas do poder judiciário estarem aberta para receberem a demanda, sendo fundamental ainda que haja uma célere resposta estatal as pretensões apresentadas em juízo.

Nesse sentido, os gestores têm que adotar providências que tenham visão sistêmica para os problemas do sistema de justiça bem como aqueles que estão diretamente ou mesmo indiretamente relacionados com acesso dos jurisdicionados de forma plena ao Poder Judiciário.

Assim, cabe a administração pública observar os conceitos constante nas Leis da Quinta Disciplina que orientam de forma segura o gestor/administrador a adotar decisões que venham a trazer benefícios a instituição e sendo essa o Poder Judiciário, a sociedade como um todo, evitando ainda o gastos desnecessários de recursos públicos.

Por fim, observa-se que o Poder Judiciário, rompendo os paradigmas do formalismo exacerbado que tradicionalmente ainda impera no sistema de justiça do Brasil e adotando lideres que sejam gestores e observem as Leis da Quinta Disciplina poderá garantir o acesso à justiça aos jurisdicionados respeitando a norma constitucional e possibilitando que todos que busquem a tutela jurisdicional tenha uma reposta efetiva do Estado para suas pretensões.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acesso em: 05 nov. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Contínua. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?indicador=1&id_pesquisa=153. Acesso em: 08 out. 2018.

FISHER, Roger; URY, William. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

DONATO, Pedro. **Teoria do conflito**. 2016. Disponível em: <https://pcdonato.jusbrasil.com.br/artigos/330332981/teoria-do-conflito>, Acesso em: 01 jan. 2021.

CAMPOS, André Gambier. **Sistema de Justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade**. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/Tds/td_1328.pdf Acesso em: 12 ago. 2014.

SENGE, P.M. **A quinta disciplina: a arte e prática da organização que aprende**. São Paulo: Best Seller, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Acesso a ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) Processos coletivos e outros estudos**. São Paulo: Del Rey, 2019.

Âni Medeiros Alves de Queiroz

O CONCEITO DE DIREITO DOS
POVOS NA CARTA DE BANJUL E
SUA POSSÍVEL INCORPORAÇÃO NO
CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA

O CONCEITO DE DIREITO DOS POVOS NA CARTA DE BANJUL E SUA POSSÍVEL INCORPORAÇÃO NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA

Âni Medeiros Alves de Queiroz

Servidora pública. Advogada e mestranda em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduada em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Analista de registro empresarial na Junta Comercial de Pernambuco.

RESUMO

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi original ao invocar um enfoque coletivista, adotando a ideia inédita de direitos dos povos ao lado dos direitos humanos e elencando um rol de direitos autônomos referentes ao novo instituto. Na construção desse conceito, as tradições e ideologias africanas foram valorizadas ao se situar o indivíduo como parte de um grupo. Contudo, a Carta em nenhuma passagem traz a definição de “povos”, os titulares dessa nova categoria de direitos. O presente trabalho intenta compreender o novo conceito a partir da análise do entendimento de diversos juristas africanos. E, por perceber semelhanças entre o contexto africano e o latino-americano, busca-se também refletir sobre possibilidades de incorporação da ideia de direito dos povos ou de um conceito similar no Sistema Interamericano.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Internacional. Direitos dos Povos.

ABSTRACT

The African Charter on Human and Peoples' Rights was original in invoking a collectivist approach, adopting the unprecedented idea of peoples' rights alongside human rights and listing autonomous rights referring to the new institute. In the construction of this concept, African traditions and ideologies were valued when placing the individual as part of a group. However, the Charter in no passage contains the definition of "peoples", the holders of this new category of rights. The present work intends to understand the new concept from the analysis of the understanding of several African jurists. And, by perceiving similarities between the African and Latin American contexts, it is also sought to reflect on possibilities of incorporating the idea of peoples' rights or a similar concept in the Inter-American System.

Keywords: Human Rights. International Law. Peoples' Rights.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Africano de proteção dos direitos humanos é o mais recentemente formado entre os sistemas internacionais. Por essa e outras razões de ordem política, econômica e cultural, ainda enfrenta dificuldades em institucionalizar a proteção dos direitos humanos e estabelecer sua eficácia. Por outro lado, a elaboração de seu principal instrumento, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta Africana ou Carta de Banjul) inovou ao prever de forma original os direitos dos povos ao lado dos já consagrados direitos humanos, com menção no título, artigos específicos e um elenco de direitos autônomos. O ineditismo da adoção do instituto rompeu com a tradição individualista dos documentos regionais do direito internacional dos direitos humanos, trazendo um enfoque coletivista.

Entretanto, tal originalidade e a falta de um conceito expresso do que seriam esses “povos” na Carta dificulta a compreensão e aplicação das suas disposições, além de suscitar inúmeros questionamentos e críticas. Por esse motivo e por acreditarmos na importância que os referidos direitos podem assumir no âmbito do direito internacional, pretendemos buscar algum aprofundamento na temática.

Ainda, entendemos que o diálogo entre sistemas de proteção pode ser muito enriquecedor. Nos contextos específicos do Continente Africano e da América Latina, logram ser percebidas diversas semelhanças, o que poderia favorecer possibilidades de aplicação da ideia de direitos dos povos na América.

Nessa conjuntura, o trabalho busca entender de forma mais concreta os direitos dos povos na Carta de Banjul e pensar em possíveis aproximações entre os Sistemas Interamericano e Africano. Para tanto, intenta-se, inicialmente, analisar o caminho da valorização dos direitos coletivos na seara do direito internacional dos direitos humanos. Em seguida, procura-se estabelecer a definição do termo “povos” na Carta Africana. E, por fim, avaliar as similaridades entre África e América Latina e refletir sobre a viabilidade de incorporação do aludido instituto na América.

O presente estudo enquadra-se no campo da pesquisa qualitativa (NEVES, 1996), porque possibilita desenvolver uma análise interpretativa e ampla do histórico dos direitos coletivos e da ideia de direitos dos povos. Com esse objetivo, a pesquisa foi realizada por documentação indireta, através da revisão de dados bibliográficos existentes sobre o assunto, focando principalmente, sempre que possível, na produção de autores africanos.

2 UMA POSSIBILIDADE DE ENFOQUE COLETIVISTA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

É inegável a importância do direito internacional dos direitos humanos, que, desde o pós Segunda Guerra Mundial, é uma ferramenta na busca por garantir a proteção à dignidade de indivíduos por todo o globo ou, ao menos, tentar punir violações a seus direitos fundamentais e direcionar estratégias nesse sentido.

Todavia, também não se pode olvidar que a base que sustenta todo esse sistema parte de uma perspectiva europeia e nasceu em um contexto político e histórico específico. O iluminismo teve papel fundamental nesse processo, com o argumento da universalidade, de direitos intrínsecos dos indivíduos e de coparticipação desses em um único projeto comum. Tal discurso foi essencial para o surgimento da ideia tradicional de direitos humanos, fundamentado em uma ótica individualista (HUNT, 2009).

The sacralization of the individual and the supremacy of the jurisprudence of individual rights in organized political and social society is not a natural, “transhistorical,” or universal phenomenon, applicable to all societies, without regard to time and place. The ascendancy of the language of individual rights has a specific historical context in the Western world. The rise of the modern nation state in Europe and its monopoly of violence and instruments of coercion gave birth to a culture of rights to counterbalance the invasive and abusive state (MUTUA, 1995, p. 341-342).

Como ensina Santos (CHAUI e SANTOS, 2013, p. 58), “o que consideramos hoje como universal é o fundacional do ocidente transformado em universal (...) um localismo globalizado”. Essa imposição do olhar de mundo europeu sobre o resto do planeta também serviu como alicerce dos processos de colonização.

“the implied duty on Westerners to impose the concept of human rights on non-European cultures and societies because it is a universal from other cultural perspectives, such a view barely masks the historical pattern by the West-first realized through colonialism - to dominate the

world by remaking it for the benefit and in the image of Europe (MUTUA, 1995, p. 356-357).

Por conseguinte, para uma ideologia que se pretende neutra e civilizada, o outro é visto como inferior que deve ser dominado:

O lugar distorcido do outro se constrói na relação de alteridade, no olhar evolucionista e classificatório, como as imagens distorcidas dos índios, e difundidas nos relatórios de viajantes europeus do período colonial, ou na correspondência oficial entre colônias e metrópole. Pelas imagens se inventa o “outro” e desenha os limites e a natureza da “relação de alteridade”. Tratam-se de processos de dominação política e ideológica por meio da construção de imagens e de sua naturalização (CASTRO, 2018, p. 32).

E nesse sentido, percebe-se que próprios movimentos de descolonização não foram capazes de realmente cortar os laços com as estruturas de dominação. Na verdade, as interiorizaram e absorveram em seus sistemas (FANON, 2008). A estrutura colonial foi, pois, mantida. Assim, até as perspectivas que temos sobre os direitos humanos merecem uma análise crítica para que possam apresentar caráter emancipatório. Por isso o tema suscita tantos debates (DEMBOUR, 2010; CHAUI e SANTOS, 2013; BENVENUTO, 2015).

Ao longo do século XX, o paradigma da proteção ao indivíduo passou a dar lugar ao reconhecimento da existência de direitos coletivos tanto no direito internacional como nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Nessa tendência, a compreensão do justo sofreu modificações, impulsionadas pela relevância do caráter empírico de justiça.

Dessa forma, na busca do sistema jurídico por justiça, grandes demandas da coletividade foram postas em destaque, o que abriu espaço para um processo de ampliação conceitual dos direitos humanos. O reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, com mais força em países do Sul global e de inclinação socialista, e também dos denominados como de fraternidade ou de solidariedade determinou que

fossem integrados a diversos ordenamentos jurídicos, como no Brasil. Entretanto, o simples reconhecimento em instrumentos de proteção do direito internacional e a positivação dos referidos direitos pelos Estados não são suficientes para sua concretização.

É nesse contexto que a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, adotada em 1981, em Nairobi, no Quênia, pela então Organização da Unidade Africana (OUA), e que entrou em vigor em 1986, rompeu expressamente com a tradição individualista dos documentos regionais do direito internacional dos direitos humanos. Prevendo de forma inédita os direitos dos povos ao lado dos já consagrados direitos humanos e lhes concedendo espaço relevante, com menção no título, artigos específicos e um elenco de direitos autônomos, primou por um enfoque coletivista.

O cenário africano, que em tanto se distingue do europeu/ocidental, merecia uma perspectiva de direitos que fizesse mais sentido com relação às suas culturas, filosofias e tradições, que remontam aos séculos pré-coloniais. A respeito desse contexto:

Os direitos e obrigações do indivíduo naquela época devem ser vistas neste contexto colectivo e em termos de obrigações tradicionais da família e da aldeia. Questões humanitárias, direitos humanos e direitos do indivíduo naquele tempo não podem ser entendidos fora do contexto do grupo. Eles eram sempre de uma natureza colectiva ou de “direitos humanos em geral” (NJOYA, 1988, p 5-6, apud GARCIA, 2014, p. 31).

Assim, em geral, as diversas culturas africanas, ainda que compreendidas em sua diversidade e idiosincrasias, enxergam o indivíduo não como um ente isolado, mas como um membro do corpo: o indivíduo funda-se no grupo, absorvido pelo arquétipo do totem, do gênio protetor ou do antepassado comum (ALMEIDA, 2010, p. 9). A ideia de direito, portanto, não é algo que deveria ser usado pelo indivíduo contra o grupo, mas em proteção dessa comunidade (M'BAYE, 1985, p.186, apud INSALI, 2010, p. 89).

Deste modo, pode-se enfatizar que o homem na sociedade tradicional africana é essencialmente do grupo e, como tal, advoga e vive com base num conjunto de valores como solidariedade, respeito e obediência aos mais velhos, submissão à vontade dos antepassados, resolução dos seus problemas pela conciliação e aceitação de deveres para com a família e com o grupo (INSALI, 2010, p. 89).

Por tudo isso, tão simbólica e rica em potencial é a referida abordagem dos direitos coletivos.

Pode-se dizer que foi criado um instrumento único em muitos aspectos, com identidade própria com relação aos dos outros sistemas regionais, que prevê uma particular agenda de direitos humanos, unindo direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais aos civis e políticos e contemplando direitos dos povos e deveres do indivíduo na sociedade, conjuntamente aos tradicionais direitos individuais (PIOVESAN, 2007, p. 145).

É importante perceber que a concepção individualista tradicional de direitos humanos não inviabiliza um enfoque coletivista, isso porque, se considerados como ideias convergentes, têm potencial de proporcionar papel de protetor ao direito internacional, tanto da individualidade humana como dos grupos humanos (GARCIA, 2009, p. 19).

One of the main characteristics of humanity is that human beings are social creatures. Consequently, most individuals belong to various units, groups, and communities; they are simultaneously members of such units as a family, religious community, social club, trade union, professional association, racial group, people, nation, and state. It is not surprising, therefore, that international law not only recognizes inalienable rights of individuals, but also recognizes certain collective rights that are exercised jointly by individuals grouped into larger communities, including peoples and nations. These rights are still human rights; the effective exercise of collective rights is a precondition to the exercise of other rights, political or economic or both. If a community is not free, most of its members are also deprived of many important rights (SOHN, 1982, p.48).

Por esse ângulo, a Carta de Banjul, quando distingue direitos dos povos de direitos humanos, os enxerga não em competição, mas em cooperação. O direito dos povos pode ser entendido mesmo como uma condição para a própria proteção dos direitos individuais, os quais seriam inatingíveis sem uma solidariedade entre o indivíduo e a sociedade (MUTUA, 1995, p. 377-378).

Em contrapartida, além do estranhamento que o ineditismo da expressa previsão à aludida categoria de direitos causa no âmbito do direito internacional, o que tem causado muitas dúvidas e questionamentos é a falta de uma definição do conceito de “povos” no instrumento africano.

3 CONCEITO DE POVOS NA CARTA AFRICANA

É de suma importância definir um conceito de povos adequado à Carta Africana, já que são eles os titulares dos direitos consagrados nos artigos 19 a 24 do instrumento. Uma definição concreta poderia explicar se houve a intenção de criar novos sujeitos de direito, além de demonstrar que os direitos dos povos são direitos positivos com exigibilidade, e não simples intenções morais dos Estados (ALMEIDA, 2010, p. 11).

Ao longo do tempo, o termo “povos” tem sido usado em contextos e com significados variados. Na maior parte dos casos, o direito internacional refere-se a dois sentidos para a palavra. O primeiro seria para exprimir a ideia de Estado ou sua população. Já o segundo seria usado para explicar povos como “entidade social de territórios não autônomos, submetida a jugo colonial ou racial, caso em que a própria entidade titularizaria um direito de autodeterminação que lhe assegurasse alcançar a independência” (ALMEIDA, 2010, p. 13).

Visto que não há conceito ou interpretação autêntica para povos na Carta de Banjul, a definição há de ser buscada levando-se em consideração

as singularidades do continente, com as circunstâncias históricas e políticas de seu surgimento. O passado de escravidão e colonialismo devem ser considerados, bem como o contexto de combate ao neocolonialismo e de ênfase à autodeterminação, além da grande instabilidade e conflituosidade do momento.

The modern African state was imposed on ethno-political communities by European imperialists and did not result from the natural progression or evolution of those societies. Only a handful of modern African states bear any territorial resemblance to the political formations which existed prior to penetration and subjugation by European states. The majority of states were contrived overnight, often dismantling existing ethno-political communities and their organizational structures. Communities that lived independently of each other were coerced to live together under the newly created colonial state. Most of these new citizens lacked any instinctual or nationalistic bond to the colonial state. (...) The imposed colonial state, and its successor, the post-colonial state, stand as moral and legal nullities, entities whose salvation partially lies in new map-making in the context of self-determination for Africa's many nationalities, democratization, and, most importantly, historical reconnection with certain pre-colonial ideals (MUTUA, 1995, p. 341-343).

Além disso, é importante refletir que a concepção de povos está intimamente ligada à articulação entre direitos e deveres prevista na carta. Tais ideias incorporaram ao instrumento a filosofia africana de que mulheres e homens são primordialmente seres sociais e partes do corpo da comunidade. Nessa lógica, direitos individuais só poderiam ser justificados no contexto de direitos da própria comunidade, o que levou à adoção dos direitos dos povos (MUTUA, 1995, p. 376).

Expressamente, a Carta Africana previu que os povos são titulares de direito à liberdade (art. 19), à existência e à autodeterminação (art. 20), à livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais (art. 21) ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, e ao gozo igual do

patrimônio comum da humanidade (art. 22), à paz e à segurança (art. 23), e a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento. Nesse caminho, muitos juristas africanos empreendem a difícil tarefa de interpretar o sentido de quem seriam os povos titulares desses direitos.

Marcolino Moco, por exemplo, entende que a interpretação deve ser dividida em três linhas de orientação. A primeira seria de que povos podem ser entendidos como populações que se sentem discriminadas pelos respectivos Estados. Já a seguinte trataria das minorias étnicas ou raciais. E a terceira, por seu turno, englobaria os grupos com especificidades civilizacionais não absorvidos pelos novos Estados (MOCO, 2008, p. 75-82, apud ALMEIDA, 2010, p. 15). Observa-se que, de certa forma, todas as categorias elencadas tratam da proteção aos grupos sociais minoritários, vítimas de exclusão. Entretanto, pela leitura dos direitos conferidos aos povos na Carta de Africana, percebe-se que eles não se pretendem endereçar apenas a minorias, visto que incluem os direitos à livre disposição de riquezas e recursos naturais, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à paz, à segurança e ao meio ambiente. E toda a população do Estado deles depende, não só as parcelas excluídas (ALMEIDA, 2010, p. 17).

De maneira distinta, Richard Kiwanuka aponta quatro usos possíveis para o termo “povos” no instrumento. O primeiro seria referente aos possuidores de direito à autodeterminação política, ou seja, diferentes comunidades que vivem em territórios específicos e têm direito à independência política, mas ainda não atingiram tal objetivo. O autor destaca que, quando alcançada a independência, não seria permitida uma nova, mas os distintos grupos existentes no mesmo território devem ser protegidos como minorias.

O segundo tipo de interpretação possível seria justamente o entendimento de povos como as diferentes minorias. O jurista enfatiza que a secessão em casos de minorias de Estados independentes não seria

permitida, mas que o direito à autodeterminação deve ser realizado pelo reconhecimento e proteção dessas comunidades.

A terceira possibilidade seria a ideia de povo como Estado, no que se refere à autodeterminação econômica externa. Isso porque o Estado representaria o seu povo em relações externas, como intermediário. Apenas o Estado poderia exercer o direito ao desenvolvimento no âmbito internacional. O problema dessa visão na Carta seriam os casos em que os direitos e interesses do povo não fossem respeitados pelo Estado. A intenção aqui não é retirar da comunidade a titularidade do direito aos recursos naturais e ao desenvolvimento, mas tornar viável esse exercício em benefício do povo. Já o último sentido para povo seria o de todas as pessoas de um Estado, que têm direito coletivo frente ao Estado, o qual deve cumprir seus deveres previstos na Carta. Dentre os direitos, salienta-se o da autodeterminação, que protege os povos de opressão e exploração. O autor ressalta que há direitos na Carta de Banjul referentes a mais de uma dessas acepções elencadas, como os de desenvolvimento, paz e meio ambiente (KIWANUKA, 1988, p. 88-101).

252

Similarmente, Fatsah Ouguergouz também enxerga o termo “povos” como “camaleônico”, cujo conceito depende da função do direito por eles titularizado. Um sentido seriam os cidadãos do Estado. Outro significado referido pelo jurista seria o da população do Estado. Uma terceira acepção refere-se a comunidades sob dominação colonial ou racial. E ainda um quarto conceito visível seria o de grupos étnicos e linguísticos (OUGUERGOUZ, 2003, apud ADDIS, 2004, p. 880; OUGUERGOUZ, 2003, p. 206-209, apud ALMEIDA, 2010, p. 20).

De todo modo, os direitos dos povos devem ser interpretados sempre como “interesses intrinsecamente indivisíveis, de fruição coletiva, essenciais à sobrevivência da comunidade e com uma inegável projeção no futuro — portanto, grandezas metaindividuais, metageracionais e até metaestatais” (GOMES, 2017, p. 899).

4 SIMILARIDADES ENTRE ÁFRICA E AMÉRICA LATINA: POSSIBILIDADE PARA ADOÇÃO DA IDEIA DE DIREITO DOS POVOS

Por acreditarmos que o diálogo entre sistemas de proteção de direitos humanos é enriquecedor, trataremos de observar possibilidades de aplicação da ideia de direitos dos povos na América, ante as semelhanças existentes entre o Continente Africano e a América Latina especificamente. Necessidades e particularidades, bem como o tratamento legal aplicado em um contexto podem ser úteis em cenários aproximados.

Obviamente, as culturas de África têm aspectos únicos que lhe concedem uma identidade, ainda que formada por comunidades muito diversas entre si. Entretanto, mesmo que não tão comparáveis às populações majoritárias da América Latina, não se pode esquecer o significado que a coletividade também tem nas formas de ver o mundo dos variados povos indígenas do continente, bem distintas do pensamento ocidental. Aqui igualmente se encontra a ideia de mulheres e homens como partes do grupo, cujos direitos dependem do respeito e do reconhecimento aos direitos da comunidade em que estão inseridos.

Anteriormente à colonização e também após o início desse processo, mas então como forma de resistência, o continente americano, inclusive o Brasil (MEDEIROS, 2002; ATHIAS, 2005; CUNHA, 2012), é cenário de povos muito diversos entre si, com culturas, lógicas, formas de pensar, estruturas linguísticas e de comunicação diferentes. Entretanto, tais especificidades seguem um curso de apagamento essencial à ideia de colonização. A própria existência dos povos é negada e suas idiosincrasias, ignoradas. Ataques a direitos humanos já reconhecidos desses povos, como a autodeterminação e o direito aos territórios tradicionais, por exemplo, são um tema sempre atual (SANTOS, 2009; CUNHA e SOUZA, 2018; CUNHA e BENVENUTO, 2019).

Tanto alguns aspectos das comunidades pré-coloniais quanto o histórico da colonização em si são, pois, semelhanças entre os dois continentes, da mesma maneira que muitas de suas consequências, como estruturas de desigualdade e pobreza, posição dependente na arena da economia mundial, conflitos e violações às populações originárias.

Por outro lado, em décadas recentes, iniciaram-se tentativas por criar bases próprias de pensamento, apartadas de certo modo da ideologia dominante ocidental. Nesse contexto, emergiu a Carta Africana, com suas particularidades, e também os variados estudos subalternos, pós-coloniais e decoloniais. O foco dessas linhas de pensamento é “romper com o evolucionismo, e alterar as narrativas dominantes na medida que reconhece que o saber é parte da práxis e da experiência coletiva” (CASTRO, 2018, p. 26).

Em inúmeros países latino-americanos, a pesquisa comprometida com o que se passa no local, tem revelado as tensões internas e os processos de resistência vindos da diversidade de saberes enquanto sistemas organizados de conhecimento e com eficácia na vida cotidiana. Mas sistematicamente negada e obscurecida por macro narrativas dominantes, em particular da ciência (razão), da política (lógica da ação), e da religião (a fé), articuladas por dimensões subjetivas e do imaginário. Por isso o embate teórico decolonial requer pensar na perspectiva da crítica ao capitalismo, associada a questões de classe, raça, gênero e etnia. (CASTRO, 2018, p. 27).

No mesmo sentido, explicita Ballestrin (2013, p. 104) que “a diferença colonial epistêmica é cúmplice do universalismo, sexismo e racismo”. Assim, podemos observar que a estrutura que fundamenta a ideia tradicional de direitos humanos, uma ideologia que se pretende universal, neutra e civilizada, é a mesma que, no Sul global, fortalece suas violações.

Diversos estudiosos de perspectiva decolonial utilizam o conceito de colonialidade do poder (QUIJANO, 2005), que revela “a continuidade das formas coloniais de dominação após o fim das administrações

coloniais, produzidas pelas culturas coloniais e pelas estruturas do sistema-mundo capitalista moderno/colonial” (GROSFOGUEL, 2008, p. 126). Mas além do próprio poder em si, tem-se ampliado esse conceito, entendendo colonialidade do poder como “uma estrutura complexa de níveis entrelaçados” (MIGNOLO, 2010, p.12), incluindo o controle da economia e da autoridade, mas também da natureza e dos recursos naturais, da subjetividade e do conhecimento, e até do gênero e da sexualidade. Teria, portanto, uma tripla dimensão: do poder, do saber e do ser.

Ainda assim, entendemos que não podemos fechar os olhos para a importância prática do direito internacional dos direitos humanos, que, desde o pós Segunda Guerra Mundial, é uma ferramenta muito útil na proteção à dignidade, na tentativa de punir violações a direitos fundamentais e no direcionamento de estratégias nesse sentido.

Se a adoção de um sistema que tem em seu fundamento uma ideologia de origem tão distinta da realidade dos Estados periféricos é considerada positiva, resultados interessantes são de se esperar do diálogo entre sistemas mais semelhantes. Dessa forma, acreditamos que a incorporação da ideia de direito dos povos ou de um conceito similar no Sistema Interamericano tem potencial, principalmente no que se refere à América Latina. Isso porque os direitos dos povos são vistos como ferramentas de libertação para os oprimidos e vitimados pela discriminação e que poderiam obrigar o Estado a buscar nos direitos e interesses dos povos o fundamento de sua estruturação e modo de ação (BOVEN, 1986, p. 190-192, apud ALMEIDA, 2010, p. 37).

5 CONCLUSÃO

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi inédita ao dar um enfoque coletivista a suas disposições, principalmente pela adoção

da ideia de direitos dos povos ao lado dos direitos humanos, inclusive com um rol de direitos autônomos.

Tal enfoque é simbólico e rico em potencial por privilegiar o contexto africano com as especificidades de suas culturas, filosofias e tradições, que em geral enxergam o indivíduo como parte da comunidade ou grupo, e não como um ente isolado. A adoção da formulação ocidental dificilmente poderia responder adequadamente à realidade histórica e às necessidades políticas e sociais do continente.

Ressalte-se que a Carta de Banjul não trata direitos dos povos e direitos humanos como competitivos entre si. Uma categoria não inviabiliza a outra, mas são vistas em cooperação. Por essa perspectiva, pode-se até afirmar que o direito dos povos seriam condição para a proteção dos direitos humanos mais tradicionais.

Já na conceituação de “povos” no contexto africano, percebe-se que o termo assume quatro diferentes sentidos na Carta de acordo com a função do direito que por eles é titularizado, conforme os esforços interpretativos de Richard Kiwanuka e Fatsah Ouguerouz. Essa definição mais concreta demonstra que os direitos dos povos são direitos positivos com exigibilidade, o que viabiliza a aplicação das disposições constantes no instrumento e facilita a compreensão do instituto.

A partir do que se analisou com respeito às peculiaridades africanas, observa-se que aspectos das comunidades pré-coloniais do referido continente e da América, assim como os respectivos históricos de colonização têm muito em comum, especialmente se nos concentramos no contexto da América Latina. Ambos os cenários enfrentam consequências parecidas desse processo, como estruturas de desigualdade e pobreza, posição dependente na economia mundial, conflitos e violações às populações originárias.

Se pensamos em uma perspectiva positiva da adoção dos direitos humanos tradicionais globalmente, mais sentido ainda faria o diálogo entre sistemas mais semelhantes. Desse modo, é de se refletir sobre possibilidades e formas de incorporação da ideia de direito dos povos ou de um conceito similar no Sistema Interamericano, notadamente aplicáveis a direitos coletivos na América Latina.

REFERÊNCIAS

ADDIS, Adeno. Reviewed Work: The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa by Fatsah Ouguergouz. **The American Journal of International Law**, vol. 98, n. 4, p. 879-883, 2004. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3216730?read-now=1&seq=1>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laború Alencar de. **Os povos na Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos: o conceito e os direitos à autodeterminação e ao desenvolvimento**. Relatório (Mestrado), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, p. 81, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.pgsskroton.com/handle/123456789/13750>>. Acesso em: 18 set. 2020.

ATHIAS, Renato. **Diversidade étnica, direitos indígenas e políticas públicas**. Recife: NEPE, UFPE, 2005. Disponível em: <https://www.ufpe.br/documents/1334653/1334918/publicacoes_4.pdf/922d310e-92f5-43e8-a48c-1c71da7a0592>. Acesso em: 06 out. 2020.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**. Brasília, n. 11, p. 89-117, mai./ago.,

2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000200004>. Acesso em: 17 out. 2020.

BENVENUTO, Jayme. Universalismo, Relativismo e Direitos Humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova**, São Paulo, 94, p. 117-142, 2015.

BOVEN, Theo van. The relations between peoples' rights and human rights in the African Charter. **Human Rights Law Journal**, 7, 1986.

CASTRO, Edna. Epistemologias e caminhos da crítica sociológica latino-americana. In: _____; PINTO Renan Freitas (Orgs.). **Decolonialidade e sociologia na América Latina**. Belém: NAEA: UFPA, 2018. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1lhZ-iCvL6zwkUPXdnxhAJwgLhCCPBdbu/view>>. Acesso em: 05 out. 2020.

CHAUÍ, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

CUNHA, Luis Emmanuel; BENVENUTO, Jayme. **O Caso do Povo Xukuru frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o caminho pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, Recife: Ed. do Autor, 2019.

CUNHA, Luis Emmanuel; SOUZA, Jefferson Amorim. Monitoramento sobre as terras indígenas em Pernambuco: diagnóstico sobre o direito de propriedade indígena. **Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades**, [S.l.], n. 243, p. 141-161, jul. 2018. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/417/363>>. Acesso em: 02 set. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 1 ed., 2012.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. What are Human Rights? Four Schools of Thought. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 32, n. 1, p. 1-20, fev. 2010.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2014/05/Frantz_Fanon_Pele_negra_mascaras_brancas.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos – breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Walker Marcolino dos Reis. **O Sistema Africano de Protecção dos Direitos Humanos e a sua Garantia em Angola**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Évora, Escola de Ciências Sociais, Évora, p. 144, 2014. Disponível em: <<http://rdpc.uevora.pt/bitstream/10174/11141/1/TESE%20vers%c3%a3o%20Final%2030%20deAbril%202014.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

GOMES, Carla Amado Gomes. Direito ao meio ambiente na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: direito do homem, direito dos povos ou tertium genus? **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, n. 3, p. 893-906, set./dez, 2017. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/495>>. Acesso em: 18 out. 2020.

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 80, p. 115-147, 2008. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/rccs/697>>. Acesso em: 06 out. 2020.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INSALI, Victor. **A proteção dos direitos e liberdades fundamentais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, Salvador, p. 200, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12396>>. Acesso em: 18 out. 2020.

KIWANUKA, Richard N. The Meaning of “People” in the African Charter on Human and Peoples’ Rights. **The American Journal of International Law**, vol. 82, n. 1, p. 80-101, 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2202881?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em: 05 nov. 2020.

M’BAYE, Keba. Direitos Humanos em África. In: DIMENSÕES INTERNACIONAIS DOS DIREITOS DO HOMEM. Paris: 1985.

MEDEIROS, Ricardo Pinto de. Histórias dos povos indígenas do sertão nordestino no período colonial: problemas, metodologia e fontes. **Revista Clio Arqueológica**, Recife, n. 15, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/clioarqueologica/article/view/246998>>. Acesso em: 18 set. 2020.

MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Buenos Aires: Del Signo, 2010.

MOCO, Marcolino. “Os direitos dos povos” na Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos. In: **Estudos Jurídicos – constitucionalismo**

nacional, transnacional e global – direitos fundamentais (direitos humanos), v. II, Luanda/ Lisboa, Caxinde/Prefácio, 2008.

MUTUA, Makau wa. **The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties**. v. 35, Virginia Journal of International Law. p. 339-380, 1995. Disponível em: https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1578&context=journal_articles. Acesso em: 20 out. 2020.

NEVES, José Luis. Pesquisa qualitativa – características, usos e possibilidades. **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, v.1. n. 3, 2º sem., 1996. Disponível em: https://www.hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/NEVES-Pesquisa_Qualitativa.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

NJOYA, A. N. **The African Concept, in International Dimensions of Humanitarian Law**. Dordrecht, Henry Dunant Institute/UNESCO/Martinus Nijhoff. Publishers, 1988.

OUGUERGOUZ, Fatsah. **The African Charter on Human and Peoples' Rights – a comprehensive agenda for human dignity and sustainable democracy in Africa**, The Hague/ London/ New York: Martinus Nijhoff, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**, São Paulo: Saraiva, 2007.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível

em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2591382/mod_resource/content/1/colonialidade_do_saber_eurocentrismo_ciencias_sociais.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

SANTOS, Cecília MacDowell. Xucuru do Ororubá e Direitos Humanos dos Indígenas: Lutas pela Terra-Segurança e Estado no Brasil. In: BENVENUTO, Jayme; CAMPOS, Andréa Almeida et al. **Direitos Humanos: Debates Contemporâneos**. Recife: Ed. do Autor, 2009. Disponível em: <http://www.unicap.br/revistas/publicacoes/debates_comteporaneos.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

SOHN, Louis B. **The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States**. 32 Am. U. L. Rev. 1, 48, 1982. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/aulr32&div=8&id=&page=>>>. Acesso em: 21 out. 2020.

Débora Oliveira de Medeiros

DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA:
CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA
CONSTRUÇÃO SÓCIO-HISTÓRICA

DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA CONSTRUÇÃO SÓCIO-HISTÓRICA

Débora Oliveira de Medeiros

Mestranda no Programa de Pós Graduação de Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco (PPGDH/UFPE), pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus e graduada em Direito pela UFPE. Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo realizar uma análise interpretativa da construção histórico-social da criança e dos seus direitos. Partimos de considerações sobre modificações na visão social da infância ao longo tempo e os efeitos da globalização neste percurso de elaboração internacional das normas protetivas e individuais relativas às crianças. Para tanto, optou-se, como metodologia, pela perspectiva qualitativa de pesquisa (NEVES, 1996). Após a exploração inicial das normativas internacionais envolvendo o tema da infância, em especial a Convenção dos Direitos das Crianças (1989), através de documentação indireta, foi realizada uma revisão bibliográfica, com referências teóricas publicadas por meios impressos e eletrônicos. Buscou-se contribuir para a discussão sobre a categoria contemporânea da infância e sobre a necessidade de conferir proteção, voz e reconhecimento às crianças, não só como sujeitos de direito, mas reconhecendo-as como construtoras de cultura.

Palavras-Chaves: Direitos Humanos. Infância. Universalismo.

ABSTRACT

This article aimed to deliver an interpretative analysis of the historical-social construction of children and their rights. It considers changes about the social view of childhood and the effects of its process regards elaboration of individuals and protective international infancy norms. Therefore, the qualitative research perspective was chosen as methodology (NEVES, 1996). After initial investigations of international children rules, specially the Convention on the Rights of the Child (1989), through indirect documentation, a bibliographic review was carried out with theoretical references in printed and electronic ways. We sought to contribute to the discussion about the contemporaneous category of childhood and the need to give protection, voice and recognition to children, not only as an object of law, but recognizing them as builders of culture.

Key-Words: Human Rights. Childhood. Universalism.

1 INTRODUÇÃO

Após a segunda guerra mundial, ganhou abrangência internacional a ideia que de criança é um ser imaturo física e intelectualmente, carente de proteção e cuidados especiais por sua condição peculiar, conforme depreende-se do teor do preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada em 1959.

É certo que a imposição do olhar de mundo europeu sobre o resto do planeta permeou o nascimento dos direitos das crianças, ante o contexto geográfico e histórico específicos, de base branca e patriarcal.

No campo sociológico, Rita Marchi assinala que, durante muito tempo, “uma visão naturalizada (e, portanto, universal e a-histórica) da

infância/criança manteve-se sem ser problematizada em seus fundamentos bio-psicológicos” (2009, p.232).

A partir destas considerações, o presente trabalho de pesquisa tem como objetivo analisar a construção da histórico-social da criança e seus direitos, desde o período em que pouca atenção se dava à categoria da infância, até a elevação da criança à posição de sujeito de direitos.

Para tanto, optou-se, para elaboração deste estudo, pela perspectiva qualitativa de pesquisa (NEVES, 1996), uma vez que possibilita desenvolver uma análise interpretativa e ampla do histórico dos direitos da criança. Após a exploração inicial das normativas internacionais envolvendo o tema da infância, em especial a Convenção dos Direitos das Crianças (1989), através de documentação indireta, foi realizada a revisão bibliográfica, com referências teóricas publicadas por meios impressos e eletrônicos, tais como artigos científicos, convenções internacionais, livros e consulta a *sites* pertinentes ao tema.

2 UNIVERSALISMO E GLOBALIZAÇÃO: A INFÂNCIA ENTRE A PROTEÇÃO E A LIBERDADE

A ideia de que existe algo em comum no homem, que transcende os diversos costumes e culturas locais, convencionou-se chamar de natureza humana. Essa característica – que nos distinguiria dos animais – permitiria afirmar que determinados comportamentos são autorizados ou desautorizados a todos os seres humanos, sem exceção, e, portanto, de maneira universal.

Tal pensamento é a base daqueles que idealizaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ao vinculá-la à noção de universalidade: normas e valores morais transcendentais no tempo e no espaço (BENVENUTO, 2015).

Estudos sociais tradicionais trazem a infância como uma fase

natural da vida. A forma estrutural permanente da infância revela seu caráter universal na sociedade, no entanto, seu conteúdo, ou seja, as “*experiências comuns* ou *características uniformes* pelas quais as crianças são socialmente reconhecidas/definidas e posicionadas em relação a outras formas estruturais na sociedade” (MARCHI, 2009, p. 231) modificam-se de acordo com a cultura em que inseridas.

A ideia de universalidade também é característica do colonialismo global, essa nova forma de colonialismo, na qual às culturas locais é imposta a recepção e, muitas vezes, a incorporação de projetos globais (MIGNOLO, 2003).

Esse fenômeno de aproximação política, econômica e social entre as diversas culturas mundiais vem posicionando como correta a visão da realidade sócio-política nascida no Ocidente e exportada como localismo globalizado para diversos países (SANTOS, 2003), bem como vem sobrepondo a racionalidade ocidental – autointitulada de verdade universal – às demais culturas.

Como traço fundamental da globalização, Nancy Fraser destaca a proeminência da cultura sobre a política na ordem emergente, que pode ser percebida, dentre outros aspectos, “numa nova consciência reflexiva dos “outros” e, por isso, uma nova ênfase na identidade e na diferença” (2002, p.8).

Tal cenário estaria enfraquecendo a luta por justiça social, uma vez que a política de estatuto estaria obscurecendo a política de classe, especialmente devido a ações pelo reconhecimento (identidade e diferença), considerado como

a força impulsionadora de muitos conflitos sociais, desde batalhas sobre o multiculturalismo a lutas sobre as relações sociais de sexo e a sexualidade, desde campanhas pela soberania nacional e autonomia subnacional a esforços para construir organizações políticas transnacionais, desde a *jihad* fundamentalista aos revivescentes movimentos internacionais de direitos humanos (FRASER, 2002, p. 8).

Esse obstáculo à justiça social fortalecido pela separação entre o reconhecimento e a redistribuição de riquezas poderia ser superado a partir de uma nova concepção de lutas pelo reconhecimento. Nancy Fraser (2002) aponta que os efeitos dos padrões institucionalizados de valor cultural sobre a posição relativa dos atores sociais são consequências da globalização. Entender esses efeitos abriria caminho para a participação paritária na vida social, que configuraria o reconhecimento recíproco e a igualdade de estatuto, afastando o separatismo e o comunitarismo repressivos, presentes no modelo identitário.

Ao lado das categorias de raça, gênero e classe, que impedem a alguns membros da sociedade o estatuto de parceiros plenos, tem-se a infância. Para as crianças, é ínfima a possibilidade de participação paritária na vida social, posto serem ordinariamente consideradas como seres incompletos, cujo objetivo é alcançar a racionalidade inerente à vida adulta para então serem capazes de participar ao mesmo nível dos demais.

Após a queda do muro de Berlim, a globalização acelerou-se em ritmo acelerado, ante a premissa de que estaria findando a bipolaridade entre o capitalismo e o comunismo, o que teria feito instalar a ideologia, em escala planetária, de que a liberdade de mercado levaria à liberdade política e à democracia (ALVES, 2000).

Esse período coincide com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em 1989, pois na segunda metade dos anos 1980, “mudanças políticas nos países do Leste Europeu os conduziram a uma aproximação das posições ocidentais nos fóruns internacionais” (ROSEMBERG e MARIANO, 2010, p. 709).

A história mostra que, em termos de proteção a Direitos Humanos, a balança tende a pender para a proteção dos direitos de primeira geração, garantidores de liberdades individuais, uma vez que as atenções internacionais costumam se voltar para as violações de tais direitos, em detrimento da garantia de direitos econômicos e sociais (ALVES, 2000).

Os dispositivos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança dançam entre a concessão de direitos de liberdade e proteção. Os primeiros presentes, em virtude da expansão dos direitos do homem à criança, enquanto os direitos protetivos advêm da especificidade de ser criança. (ROSEMBERG e MARIANO, 2010).

Os direitos de liberdade relacionam-se a direitos negativos. Relacionam-se à possibilidade de oposição a violações e abusos, atuando a criança por si mesma, sem ser intermediada por responsáveis, podendo opor-se a eles (em caso de interesses conflitantes), ou até ao Estado. Essa “emancipação”, por assim dizer, seria contrária à necessidade de proteção que a infância é carecedora.

(...) a proclamação dos direitos de liberdade para a criança poderia constituir um obstáculo à consideração de sua vulnerabilidade, fragilidade e irresponsabilidade e, assim, ameaçaria o direito de a criança ser diferente dos adultos. Por consequência, cairia por terra a razão de conferir-lhe proteção especial (RENAUT, 2002 *apud* ROSEMBERG e MARIANO, 2010, p. 713).

A ordem social não confere voz à infância, quer dizer, não considera a cultura infantil como algo que mereça, de fato, independência, mas enxerga as crianças como seres em processo de desenvolvimento que merecem a atenção e proteção dos adultos, o que as coloca em posições – complementares e interdependentes – de *objeto* e de *exclusão*.

A exclusão das crianças da sociedade adulta remete à construção histórico-social da infância moderna, alicerçada em normas e em instituições que condicionam a criança ao binômio aluno-filho, papéis então naturalizados, cujo suporte científico deve-se à pediatria, à pedagogia e à psicologia do desenvolvimento (MARCHI, 2009).

O princípio da construção social questiona essa ideia de infância como uma categoria simplesmente definida pela biologia, procurando “entender seu significado como variável do ponto de vista histórico, cultural

e social e sempre sujeito a um processo de negociação tanto na esfera pública quanto na privada” (MARCHI, 2009. p. 228).

Como objeto de políticas públicas de proteção, ainda que se afirme a atual fixação da criança como sujeito de direitos (CASADO FILHO, 2012; LIMA e VIEIRA, 2012; MARCÍLIO, 1998), a participação destas – quando ocorre – se dá em condições desiguais de poder, ante sua posição de dependência e subalternidade diante das outras gerações.

As disciplinas das ciências sociais tinham a infância e a criança como objetos de estudo subsumidos nas instituições escola e família, sem lhes reconhecer nenhuma forma de protagonismo social e tampouco eleger a infância/criança como objeto de estudo autônomo (MARCHI, 2009).

As contribuições da Sociologia da Infância apontam para uma nova concepção de criança e apresentam um novo campo de possibilidades, uma vez que as crianças passam a ser compreendidas como atores sociais, e não apenas como objetos passivos de socialização (MARCHI, 2009). É dentro desse novo paradigma que se insere a extensão dos direitos de primeira geração aos infantes, com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

3 DIREITOS DA CRIANÇA COMO DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO OCIDENTAL

272

Discutir os direitos da criança, numa perspectiva internacional de Direitos Humanos, requer, uma breve – porém necessária – incursão na história ocidental sobre o tratamento social dispensado aos infantes ao longo do tempo.

Antes do Século XVI, ou seja, antes do período que se convencionou chamar de modernidade, a existência autônoma da infância como uma categoria específica do gênero humano não era considerada pela consciência social, mas somente a existência biológica era demarcada, não

havia diferenciação entre a vida dos adultos e das crianças (NASCIMENTO, BRANCHER e OLIVEIRA, 2008).

No início do século XVII, pinturas de crianças, representadas sozinhas tornaram-se muito comuns. As famílias passaram a desejar retratos de seus filhos, enquanto crianças. “Foi como se a consciência comum só então descobrisse que a alma da criança também era imortal. É certo que essa importância dada à personalidade da criança se ligava a uma cristianização mais profunda dos costumes” (ARIÈS, 1981, p. 48).

A nova leitura social relacionada à infância ganhou força a partir do final do século XVIII. Segundo Elisabeth Badinter (1985), Nesse período, estudos sugeriam que a mortalidade das crianças menores de um ano era reduzida se o bebê fosse alimentado pela própria mãe, assim várias publicações passaram a recomendar que as mães amamentassem e cuidassem pessoalmente dos seus filhos, o que não acontecia nos séculos anteriores, pois era costume que os bebês fossem afastados de suas mães e ficassem com amas de leite.

O mito do amor materno ganha assim um grande impulso, passando a ser exaltado como um sentimento “ao mesmo tempo natural e social, favorável à espécie e à sociedade. Alguns, mais cínicos, verão nele, a longo prazo, um valor mercantil” (BADINTER, 1985, p. 103).

O iluminismo, ainda que imbuído do argumento da universalidade de direitos intrínsecos aos indivíduos e da coparticipação desses em um projeto comum, não reconheceu às crianças a condição de sujeito de direito. É o que se infere das mudanças legislativas ocorridas após a revolução francesa, em 1790, pois as novas leis apenas aboliram “a primogenitura, que dava direitos especiais de herança ao primeiro filho, e as infames *lettres de cachet*, que permitiam às famílias encarcerar as crianças sem julgamento” (HUNT, 2009, p. 62).

Na França napoleônica, “não se via mais na criança o fardo que ela representava a curto prazo, mas a força de produção que encarnava a longo

prazo” (BADINTER, 1985, p. 159). As crianças abandonadas passaram a ser de interesse do Estado, não com a finalidade de proteção ao ser humano em desenvolvimento, mas para formar braços para a agricultura, soldados e cidadãos franceses para povoamento das colônias.

Com a revolução industrial, intensificaram as crueldades sobre as crianças, com a exploração do trabalho infantil nas fábricas. O rechaço da prática somente ocorreu após um longo processo, que culminou na concepção moderna da infância, elegendo a escola como local privilegiado para o desenvolvimento infantil (KUHLMANN JR., 2005).

A Liga das Nações, instituída com o fim da primeira Guerra Mundial, criou um Comitê de Bem-Estar Infantil, “estabelecendo que os Estados não eram os únicos soberanos em matéria dos direitos da criança: assim, a criança passava a ser uma preocupação internacional, não mais governamental, mas intergovernamental” (FERNANDES e COSTA, 2021, p. 301). Em Assembleia Geral, a Liga das Nações adota a Declaração dos Direitos da Criança, também conhecida como Carta de Genebra, elaborada por Eglantyne Jebb, fundadora da organização não governamental *Save the Children*.

A referida Declaração estabelece como dever das pessoas prover meios para o desenvolvimento das crianças; conferir prioridade no socorro e assistência; dar liberdade econômica e proteção contra exploração; conceder ajuda especial em momentos de necessidade; e dar uma educação que estimule a consciência e o dever social (UNICEF, s.d.).

Em 1919, antes da criação da ONU, a OIT (Organização Internacional de Trabalho) – à época uma agência da Sociedade das Nações ou Liga das Nações –, em sua primeira Conferência Internacional do Trabalho adotou, dentre outros temas reivindicados pelo movimento sindical, convenções referentes à proteção da maternidade, à definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e à proibição do trabalho noturno de mulheres e menores de 18 (OIT, s.d.).

Finda a Segunda Guerra Mundial, é criada a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Na primeira Assembleia Geral realizada, dentre outras Resoluções, a promoção e proteção direitos das crianças são reforçadas com a criação do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância - UNICEF “para atender, na Europa e na China, às necessidades emergenciais das crianças durante o período pós-guerra” (UNICEF, s.d.). Com o passar dos anos, o Fundo aumentou sua abrangência para alcançar crianças de países pobres que enfrentavam problemas relacionados à fome e a doenças.

Ainda em 1946, a ONU endossa a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança. Dois anos depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em seu art. 25 preconiza que “A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social” (nº.2, do artigo 25 da DUDH – ONU, 1948).

Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a criação do UNICEF e a adoção da Carta de Genebra, a ONU dava os primeiros sinais sobre o rumo que iria tomar diante da questão dos direitos da criança.

Nessa toada, em 1959, a Assembleia Geral da ONU adota a Declaração dos Direitos da Criança. Esta é composta por dez princípios que reconhecem, dentre outros direitos, direito à proteção, à educação, a um ambiente favorável para seu crescimento, afastando qualquer tipo de discriminação.

Nos anos seguintes, outros Pactos, Conferências e Convenções estabeleceram normas protetivas sobre a infância, tais como: idade mínima de 18 (dezoito) anos para o trabalho em diversos ofícios, bem como para atividades perigosas para a saúde, segurança ou moral do indivíduo (Convenção 138 da OIT); proteção da criança contra a exploração e

promoção do direito à proteção e à educação para todas as crianças sem distinção de qualquer tipo (Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Em 1974, destaca-se a Declaração sobre a Proteção de Mulheres e Crianças em Situações de Emergência e Conflitos Armados, que “proíbe ataques contra mulheres civis e crianças ou seu aprisionamento e defende a inviolabilidade dos direitos de mulheres e crianças durante conflitos armados” (UNICEF, s.d.).

Em 1979, a Assembleia Geral da ONU adota a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação a Mulher, que garante proteção para os direitos humanos de meninas e mulheres. Nessa Convenção, aspectos relacionados à criança aparecem refletidos em vários dispositivos. O ano é declarado como *Ano Internacional da Criança*, a fim de mobilizar a sociedade internacional em prol de uma agenda para a infância, ante os diversos os problemas que envolvem as crianças, como por exemplo, a desnutrição e a falta de acesso à educação.

Dez anos depois, em 20 de novembro de 1989, a Assembleia Geral da ONU aprova, por unanimidade, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que entra em vigor no ano seguinte. O texto original da Convenção foi formalmente apresentado pelo governo polonês, no começo de 1978, com o intuito de ser aprovado no *Ano Internacional da Criança* (1979). Todavia, críticas sobre a imprecisão na linguagem, omissões em relação a uma série de direitos e a sua implementação – lançadas especialmente pelos países ocidentais industrializados – impulsionaram a criação *um Grupo de Trabalho* para apreciar um segundo projeto de Convenção, também apresentado pelo governo polonês (ROSEMBERG e MARIANO, 2010).

Assim, com aceitação quase universal, a Convenção Internacional é o tratado de direitos humanos mais amplamente endossado na história, ratificado até hoje por 196 países. É considerado um documento completo

por definir padrões internacionais para cuidado, tratamento e proteção e por outorgar à criança direitos de liberdades, até então reservados aos adultos, atribuindo aos pequenos os papéis de atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais e estabelecendo padrões mínimos para proteger os direitos das crianças em todas as suas capacidades (UNICEF, s.d.).

A ONU deu outro passo na matéria de direitos das crianças ao adotar a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança no Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, em 1990.

Em 1999, a Organização Mundial do Trabalho, na Convenção nº 182 - relativa à Proibição e Ação Imediata para Eliminação das Piores Formas de Trabalho Infantil – adota o conceito de criança como pessoa menor de 18 anos, já definido pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Em 2002, com a presença de centenas de crianças como membros de delegações oficiais, a Assembleia Geral da ONU realizou uma Sessão Especial em que, pela primeira vez, discutiu especificamente questões relacionadas com os direitos da criança. Na oportunidade, líderes mundiais comprometeram-se com a defesa dos direitos da criança, por meio da agenda “Um mundo para as crianças”, descrevendo metas específicas para melhorar as perspectivas das crianças durante a década seguinte (UNICEF, s.d.).

Ainda nesta linha de documentos internacionais históricos, destacam-se dois Protocolos Facultativos que complementam os dispositivos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: sobre Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil; e sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, ambos ratificados em 2004 pelo Brasil.

Outro marco histórico sobre os direitos da criança sob a égide da ONU ficou registrado em 2007. Cinco anos após a Sessão Especial

sobre a Criança, o acompanhamento dos desdobramentos resulta em uma Declaração sobre a criança, adotada por mais de 140 governos. A Declaração reconhece os progressos alcançados e os desafios que se mantém, e reafirma o compromisso com o pacto “Um mundo para as crianças, a Convenção e seus Protocolos Facultativos”.

Em 2011, é adotado um novo Protocolo Facultativo sobre um Procedimento de comunicação. O Comitê dos Direitos da Criança iniciou o recebimento de queixas de violações dos direitos da criança e pode realizar investigações sobre tais violações. Esse protocolo Facultativo foi ratificado pelo Estado Brasileiro em 2017 (UNICEF, s.d.).

Todos esses documentos históricos e internacionais relacionam-se ao reconhecimento da criança como sujeito de direito, no campo jurídico. No âmbito sociológico parecem começar a responder às concepções críticas da Sociologia da Infância que tem evidenciado o que Marchi (2009) denomina de “novo estatuto” da criança, no plano social, quanto a sua posição nas relações de poder entre as gerações, sob a teoria da criança-ator.

A incorporação – quase – universal da Convenção sobre os Direitos da Criança à legislação nacional, não fosse a ausência de ratificação do documento pelos Estados Unidos da América, demonstra que estão sedimentados discursos e práticas sobre a infância e as crianças, no mundo contemporâneo, contribuindo para a superação do

pressuposto epistêmico na construção social da infância pela modernidade: criança é o que não fala (*infans*), o que não tem luz (o *a-luno*), o que não trabalha, o que não tem direitos políticos, o que não é imputável, o que não tem responsabilidade parental ou judicial, o que carece de razão, etc (SARMENTO, 2003, p.2).

Sem desconsiderar os benefícios advindos da construção dos direitos da criança – a partir de uma concepção ocidental da infância – e o relevante papel desempenhado pelas Nações Unidas na adoção de

um quadro legal favorável para a promoção e proteção desses direitos, é sempre pertinente observar que nossa percepção sobre o universal é, na verdade, o que nós, ocidentais, percebemos como universal.

4 CONCLUSÃO

Jayne Benvenuto (2015) afirma que os tempos atuais, marcados pelo subjetivismo e pelo respeito às mais diversas formas de expressão, dificultam a defesa do universalismo. Lindgren Alves, por outro lado, aponta como aspecto positivo da globalização que “valores universalmente compartilhados hoje se afirmam com legitimidade na agenda internacional” (2000, p. 201).

Em que pesem as críticas quanto ao caráter universal de determinados direitos, o direito à vida, à sobrevivência, à não discriminação e o respeito pelas opiniões da criança, princípios básicos dispostos nos 54 artigos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, bem como demais documentos internacionais de promoção de direitos e de proteção à infância, apresentam-se como evoluções positivas.

A saída da indiferença social – considerando os dados sobre a experiência social europeia – até a posição em que a infância se encontra hoje, qual seja, a criança como sujeito de direitos, relaciona-se ao entendimento de que os infantes são merecedores de cidadania “no seu dia-a-dia, em suas relações, em seus modos de ver e compreender o mundo, de expressar suas emoções e opinar sobre questões que dizem respeito às suas vidas cotidianas” (GONÇALVES, 2013, p.16).

Philippe Ariès alerta que “temos hoje, assim como no fim do século XIX, uma tendência a separar o mundo das crianças do mundo dos adultos” (1984, p. 44). Apesar de escrito originalmente há mais de 50 anos, essa afirmação permanece verdadeira. Soma-se à separação entre os mundos infantil e adulto, a disparidade de poder, uma vez que as crianças não

possuem condições autônomas de sobrevivência e de crescimento, sendo objetos de controle da geração adulta (SARMENTO, 2003). Tal condição de dependência, principalmente nos primeiros anos de vida, é comum e universal.

Conferir direitos de liberdades às crianças ao lado de direitos de proteção não interfere na noção de vulnerabilidade e irresponsabilidade inerentes à infância. Um documento, de pretensão universal, precisa, ao menos, tentar contemplar realidades de crianças em situações fundamentalmente distintas. É como se a efetivação dos direitos de proteção fossem um passo necessário para o início do exercício dos direitos de liberdade, principalmente quando se refere às crianças alijadas do mínimo para sobreviver, como água, comida e acesso à saúde.

Em inúmeras situações não será possível fazer uso da noção de direitos universais para proteção dos seres humanos, ante os subjetivismos, tradições e especificidades das culturas locais, no entanto, a necessidade de proteção da infância é algo indiscutível.

Boaventura de Sousa Santos (2003) ensina que o neoliberalismo é um modelo civilizacional ancorado no aumento da desigualdade nas relações sociais e tal desigualdade funciona como uma forma de opressão, afetando não só os trabalhadores, mas também os povos indígenas, os agricultores, os imigrantes, os homossexuais, as mulheres e as crianças.

Dessa forma, atribuir direitos individuais de liberdade aos infantes parece lançar luzes sobre a possibilidade de reposicionar as crianças dentro das atuais relações de poder e aproximar o mundo adulto do mundo infantil, conferindo às crianças voz e as reconhecendo como de seres produtores de cultura.

E mesmo assistindo diariamente escolhas políticas internas que dificultam o processo de efetivação dos direitos da Criança, os quais dependem de prestações positivas das instituições do Estado para sua

realização, uma vez que os Direitos Humanos acontecem dentro de territórios nacionais (ALVES, 2000), seguimos impulsionados pela lição de Zygmunt Bauman (2004, p. 74), pois

A este nosso mundo não se pode impor legalmente a perfeição. Não se pode forçá-lo a adotar a virtude, mas tampouco persuadi-lo a se comportar de modo virtuoso. Não se pode fazer com que seja terno e atencioso para com os seres humanos que o habitam, e ao mesmo tempo tão adaptado aos seus sonhos de dignidade quanto idealmente se desejaria que fosse. Mas você deve tentar. Você vai tentar.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ALVES, J. A. Lindgren. Direitos humanos, cidadania e globalização. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** [online]. n. 50, p. 185-206, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000200010>. Acesso em: 30 dez. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BENVENUTO, Jayme. Universalismo, Relativismo e Direitos Humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova**, São Paulo, n. 94, p. 117-142, 2015.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, M. N.; COSTA, R. P. da. A Declaração dos Direitos da Criança de 1924, a Liga das Nações, o modelo tutelar e o movimento Save the children: o nascimento do menorismo. **Revista Brasileira de**

História & Ciências Sociais, [S. l.], v. 13, n. 25, p. 287–313, 2021. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/11887>. Acesso em: 17 jan. 2022.

FRASER, NANCY. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Nova Iorque, v. 63, p. 7-20, Outubro, 2002. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-020.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

GONÇALVES, F. Das experiências desperdiçadas: dentre as muitas ausências estão também as crianças. **Revista PerCursos**. Florianópolis, v. 14, n. 26, p. 09-25, jan./jun., 2013. Disponível em: <https://www.periodicos.udesc.br/index.php/percursos/article/view/198472461426201309>. Acesso em: 15 jan. 2022.

HISTÓRIA DA OIT. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 18 dez. 2021.

HISTÓRIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Unicef**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 dez. 2021.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KUHLMANN JR., M. Uma história da infância: da idade média à época contemporânea no ocidente. **Caderno de Pesquisa**, v. 35, n. 125, p. 239-242, maio/ago. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/TQgx5RMHkwGHdJXJtN6ynVg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 nov. 2021.

LIMA, R. Oliveira; VIEIRA, R. Stanziola. Proteção socioambiental de crianças e adolescentes – uma questão de “sustenta-habilidade”? **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64c53a52cb3bd1a0>. Acesso em: 14 jan. 2022.

MARCHI, R. As Teorias da Socialização e o Novo Paradigma para os Estudos Sociais da Infância. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 34, n. 1, enero-abril, 2009, p. 227-246, 2009. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/8467#:~:text=Os%20estudos%20nesse%20novo%20campo,objetos%20passivos%20da%20socializa%C3%A7%C3%A3o%20adulto>. Acesso em: 15 jan. 2022.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: HUCITEC, 1998.

MIGNOLO, Walter D. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

NASCIMENTO, Cláudia Terra do; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Fortes de. A construção social do conceito de infância: uma tentativa de reconstrução historiográfica. **Linhas**, Florianópolis, v. 9, p. 4-18, jan./jun. 2008.

NEVES, José Luis. Pesquisa qualitativa – características, usos e possibilidades. **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, v.1. n. 3, 2º sem., 1996. Disponível em: https://www.hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/NEVES-Pesquisa_Qualitativa.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobreos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 24 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres**, 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos das Crianças**, 1959. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 23 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção Sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil**

e a Ação Imediata para a sua Implementação, 1999. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 23 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 138**, 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang--pt/index.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 65, p. 3-76, Maio, 2003. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF. Acesso em 26 out. 2021.

SARMENTO, M. J. Imaginário e culturas da infância. **Cadernos de Educação**, Pelotas, v. 12, n. 21, p. 51-69, 2003. Disponível em http://titosena.faed.udesc.br/Arquivos/Artigos_infancia/Cultura%20na%20Infancia.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

Rafael Alves de Luna
José Mário Wanderley Gomes Neto
Alexandre de Paula Filho

MÉTODOS CONSENSUAIS DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS:
A TERCEIRA ONDA
RENOVATÓRIA DE ACESSO À
JUSTIÇA TEM REDUZIDO O
ENGARRAFAMENTO JUDICIAL?

MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA DE ACESSO À JUSTIÇA TEM REDUZIDO O ENGARRAFAMENTO JUDICIAL?

Rafael Alves de Luna

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro e integrante do U.Data. Professor da Graduação no Centro Universitário Facol (Unifacol), na Faculdade Frassinetti do Recife (Fafire) e do Grupo Ser Educacional. Professor da Especialização em Processo Civil da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Parecerista *ad hoc* da Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP), da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro) e da Revista de Processo (RePro). Advogado, palestrante e consultor jurídico.

José Mário Wanderley Gomes Neto

Doutor em Ciência Política e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor no PPGD da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogado e Cientista Político.

Alexandre de Paula Filho

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Bolsista da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE). Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor universitário e advogado.

RESUMO

O presente escrito tem como objetivo debater em tese sobre o grau de contribuição dos métodos consensuais de resolução de conflitos na redução do acervo de processos judiciais no contexto brasileiro. A fim de sanar essas inquietações, esta pesquisa se fundamenta metodologicamente em revisão de literatura especializada sobre o tema, caracterizando-a como pesquisa eminentemente dogmática. As conclusões são embasadas em dados empíricos relatados por pesquisas divulgadas por órgãos governamentais. Em sua parte inicial, a pesquisa se centra em demonstrar a razão pela qual atualmente se dá tanta relevância a esses meios, através de um liame que envolve debates sobre a crise do Estado. Em um segundo momento, expõe-se a composição das ondas renovatórias da justiça, para que ao fim se responda a pergunta proposta, fomentada à proposição de soluções. A conclusão a que se chega é que embora sejam tidos como tábuas de salvação, a resolução dos conflitos pelos meios consensuais ainda se mostra aquém do esperado, inclusive para o próprio Judiciário.

Palavras-Chave: Métodos consensuais de resolução de conflitos. Crise do Estado. Acesso à justiça.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to debate about the degree of contribution of consensual methods of conflict resolution in reducing the collection of legal proceedings in the Brazilian context. In order to resolve these concerns, this research is methodologically based on a review of the specialized literature on the subject, characterizing it as an eminently normative (dogmatic) research. The conclusions are based on empirical data reported by research released by government agencies. In its initial part, the research focuses on demonstrating the reason why these media are so relevant today, through

a link that involves debates about the crisis of the State. In a second step, the composition of the renewal waves of justice is exposed, so that at the end the answer to the proposed question fostered to the proposition of solutions. The conclusion reached is that although they are seen as lifelines, the resolution of conflicts by consensual means still falls short of what is expected, including for the judiciary itself.

Keywords: Consensual methods of conflict resolution. State crisis. Access to justice

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Social, trazido pela Constituição Mexicana e pela Constituição de Weimar, levou-se o aparelho estatal a um estado econômico-estrutural extremamente complexo sobretudo nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, onde não se conseguia suprir com o mínimo de qualidade as novas demandas sociais. Eis uma inexorável relação de causa e efeito: o advento de qualquer novo direito fundamental acaba por onerar ainda mais a inchada máquina estatal, pela necessidade de concretização desses novos direitos, já que não basta tão somente a sua mera declaração.

Contextualizando o problema descrito alhures com a pesquisa realizada nesse escrito, surge no século XX, uma nova garantia, a do *acesso à justiça*; o objetivo não era outro senão suprir o vácuo de justiça que existia em desfavor dos mais desfavorecidos economicamente. Foi o que Cappelletti e Garth chamaram de primeira onda renovatória do acesso à justiça¹.

Não alheio às novas demandas sociais, o acesso à justiça

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988, p. 12-18.

passaria a ter uma segunda onda, que tinha como objetivo proteger os direitos difusos e coletivos, trazendo uma nova dinâmica processual, notadamente no que tange às questões atinentes à legitimidade². Mais uma vez há um incremento da garantia, o que novamente traz mais casos para serem analisados pelo Judiciário tão abarrotado.

Por fim, pensou-se em um modelo de desafogar o sistema de justiça civil, materializado na terceira onda renovatória do acesso à justiça, que traz como novos componentes um processo que explora a resolução do conflito por via 'extrajudicial'. Tudo isso a fim de homenagear a solução consensual e a autonomia da vontade³. O intuito acaba sendo claro: tentar tirar o número máximo de processos regidos pelo rito judicial, a fim de desafogar a máquina e fazê-la caminhar com um pouco mais de cadência.

É daqui que surge a pergunta condutora para a pesquisa seguinte: estariam as fórmulas consensuais de resolução de conflito conseguindo alcançar o grande objetivo para o qual foram cunhadas?

Primeiramente, a pesquisa se centra a demonstrar a crise que o Estado passa atualmente, principalmente no que toca à sua função judicial; cabe ressaltar que com base na doutrina contratualista, a função judiciária se mostra das mais importantes, sendo inclusive elemento fundante do ente estatal. Assim, a partir de uma análise histórica, vê-se o início da importância do Judiciário para a formação do Estado e a crise ocorrida em seu seio.

Num segundo momento, a análise se centra na chamada garantia do acesso à justiça, onde se expõe de forma detalhada as chamadas ondas renovatórias do acesso à justiça, identificando em que medida as duas primeiras ondas renovatórias do acesso à justiça auxiliaram no processo de abarrotamento judicial, bem como a tentativa de resolução do problema através da terceira onda renovatória do acesso à justiça.

2 Ibidem, p. 18-25.

3 Ibidem, p. 25-27.

Por fim, através da análise de dados empíricos, aferir-se-á se a conciliação/mediação vêm auxiliando e em que medida na diminuição do acervo processual existente. A relação é simples e realizada em um recorte curto, já que as reflexões não se prestam tão somente a verificar se há problema ou não, mas sim, se houver problemas, propor possíveis resoluções. Nesse eixo, a aferição será realizada da seguinte forma: se o índice de conciliação variar positivamente e acima do índice de crescimento de novos processos, haverá uma contribuição decisiva da terceira onda na diminuição do acervo. Acaso isso não ocorra, a terceira onda auxilia, mas não de forma decisiva na diminuição do acervo.

No que tange à metodologia a ser utilizada, este estudo se pauta, sobretudo em revisões bibliográficas das doutrinas clássicas e atualizadas, especializadas sobre o tema, atreladas à análise de dados empíricos oriundo de levantamentos já realizados.

2 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO: O AUMENTO DA LITIGIOSIDADE A PARTIR DO AUMENTO DA COMPLEXIDADE

É fato notório e devidamente comprovado pela sociologia, que o ser humano é um ente sociável e que geralmente vive em grupos, sejam eles pequenos ou grandes. Sem adentrar o mérito de questões de grau de influência do ser humano sobre a sociedade e vice-versa, é certa a assertiva de que cada indivíduo é um universo em si, composto de demandas, culturas e pensamentos próprios, que acabam formando um conjunto de questões preexistentes próprias e individuais. Essas demandas/desejos tendem a se exteriorizar com o ser humano buscando suprir essas necessidades no mundo físico.

No entanto, esses desejos podem se confundir com os desejos de outros homens, e como não há supressores de desejos individuais em grande número, há a necessidade de se batalhar por esse desejo. Da luta e da resistência extrai-se a existência em um mesmo espaço físico de forças contrastantes, tendentes ao descambar em violência. Na linha do pensamento de Freund, esse antagonismo dinâmico entre dois seres ou grupos da mesma espécie que expressam uma intenção hostil que se pode denominar de conflito⁴.

Antes de tudo, é de se fixar desde já que não se pode ter uma visão completamente negativa de conflito, sendo esse apenas algo ruim e destrutivo. Essa é uma visão anacrônica. Explica-se. Refratária aos argumentos próprios de autoridade e necessitando de comprovação empírica, a ciência como conhecemos hoje é um espaço conflituoso⁵. E isso não é algo ruim.

Se não houvesse esse conflito/choque de ideias estaríamos presos a teorias que não conseguem explicar parte considerável do mundo. É desse conflito que uma teoria científica é superada ou corroborada, o que permite o desenvolvimento do conhecimento⁶.

Embora muitas vezes seja vista negativamente, “a ocorrência do conflito previne a estagnação, estimula o interesse e permite a

4 FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica. D.L., 1995. p. 58.

5 Trabalho interessante é o desenvolvido por David Goodstein que de maneira bastante didática consegue expor alguns mitos da ciências, ao confrontá-los com a realidade prática. Um dos mitos quebrantados por ele é o de que os cientistas possuem a mente aberta para o surgimento do novo, porém, o fato é que a ciência é um processo “adversarial”, no qual cada ideia merece a defesa mais vigorosa possível, mesmo com prova em contrário. GOODSTEIN, David. *How Science Works*. **Reference manual on scientific evidence**. 2. ed. Washington, D.C.: Federal Judicial Center: Lexis Publishing, 2000. p. 78-79.

6 Acerca do paradigma científico da estabilidade ver: LUNA, Rafael Alves de. **De Íkarus a Prometheus: o uso da prova científica no atual processo civil brasileiro**. 2018. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019. p. 43-46.

manifestação de problemas em busca de sua solução, constituindo a raiz de mudanças pessoais e sociais”⁷. Dessa forma, podemos pensar na existência de uma função criativa do conflito, configurada justamente na sua capacidade de gerar motivação para resolver um problema que talvez jamais seria investigado⁸. Porém, sabemos que não é bem isso que acontece na maioria dos casos: não se extrai a função construtiva do conflito e, mesmo a pretexto de se conferir solução pacífica, este acaba deixando consequências destrutivas nas relações entre os envolvidos.

Retomemos aqui as ideias dispostas no primeiro parágrafo. Somando conflito com vida social, decerto que a segunda revista fica muito prejudicada já que onde o conflito impera, a comunicação/cooperação grupal tende a ser interrompida. Assim em prol da saúde do sistema social, é perceptível que em boa parte dos grupos há a figura recorrente de um ente/pessoa/órgão que detém a função de gerenciar esses conflitos, com a aplicação ou não de normas legais, consuetudinárias, ou ainda com alguns grupos aplicando tão somente a equidade. Um bom exemplo da antiguidade dessa figura administradora de conflitos está a etnografia de Bronislaw Malinowski, publicada sob o título “Crime e costume na sociedade selvagem”. A partir do estudo de sociedades as quais o ocidente denomina primitivas e que possuíam pouco ou nenhum contato com o “mundo externo”, descreveu o autor a existência de um ente, ainda que difuso, para o gerenciamento de conflitos⁹.

Observando de forma geral o comportamento dos indivíduos

7 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018, p. 6.

8 DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. Trad. Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 61.

9 MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Revisão técnica de Beatriz Sidou.

imersos nos grupos que contenham esse ente gerenciador de conflitos, é perceptível um aspecto composto pelo binômio confiança e submissão. Há uma confiança dos integrantes sociais de que haverá a pacificação social com o gerenciamento de conflitos, além da submissão, nem que à força, do “perdedor” aos ditames expostos pelo ente gerenciador do conflito.

Ilustrando, podem-se utilizar as chamadas doutrinas contratualistas do surgimento do estado moderno; esse que tem entre as suas funções a resolução dos conflitos surgidos entre os seus súditos. Sabe-se que essa doutrina fora ultrapassada, sendo inclusive bastante criticada pela doutrina posterior. No entanto, não é porque a ideia de contrato social e seu “momento de assinatura” ressoe como algo forçado e enganoso, que as premissas fáticas estão absolutamente incorretas. Vejamos as noções cunhadas por Hobbes, para o qual haveria um estado de natureza e um fase de convivência social já regulada pelo Estado¹⁰. A ideia de estado de natureza hobbesiano é que esse é totalmente desequilibrado pela existência de conflitos de forma generalizada, ocasionando uma situação traduzível como um estado de guerra de todos contra todos.

Assim, o Estado surgiria como a figura de um garante da vida e até mesmo da propriedade dos que estivessem sob sua guarda, obtendo em troca a submissão dos cidadãos às regras estabelecidas. Nesse sentido, faz-se completamente necessário ao Estado a existência de um mecanismo para gerenciamento dos conflitos. Surge assim a função

10 Sobre as origens do conflito para Hobbes: “A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que um deles possa com base nela reclamar algum benefício a que outro não possa igualmente aspirar.” HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, Forma, e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Organizado por: Richard Tuck. Edição Brasileira supervisionada por: Eunice Ostrensky. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Tradução do aparelho crítico: Cláudia Berlinder. Revisão da tradução: Eunice Ostrensky. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2008. (Clássicos Cambridge de Filosofia política). p. 106.

judiciária, que pode ser vista sob quatro prismas, quais sejam, poder, dever, função e atividade.

Considera-se poder, uma vez que a atuação jurisdicional é conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário. É dever porque, após entrar em funcionamento por provocação da parte ou do interessado (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil), vincula o Estado a resolver o conflito, prestando a tutela jurisdicional, não podendo o juiz se eximir de julgar, mesmo no caso de lacuna da lei (art. 126, do Cód. Proc. Civil; art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657/42). Emoldura-se como função, por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos de interesses, sejam individuais, sejam coletivos. É atividade, haja vista que o processo, sendo composto de várias formalidades envolvendo o juiz, partes e auxiliares da justiça, além de outros protagonistas, é desenvolvido para se chegar ao desiderato aguardado, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, com a sua efetivação.¹¹

Embora a nomenclatura ressoe nova, a função judiciária acaba sendo tão antiga quanto o próprio Estado. A título de informação no que toca a antiguidade da função judiciária, se utilizarmos a premissa de que a comprovação da existência de um Estado é a existência de uma constituição, a partir da noção de constitucionalismo amplo¹², vislumbra-se a existência desse desde os hebreus. Segundo Loewenstein, o marco do início do movimento constitucionalista foi entre os hebreus, que em seu Estado teocrático conseguiram estabelecer limitações ao poder político através da imposição das regras da religião. Nesse eixo, os profetas fiscalizavam e puniam os atos dos governantes que ultrapassassem os limites bíblicos¹³, em claro exercício de uma função judiciária.

11 VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p. 178-229, jul. 2010. Trimestral. p. 186.

12 “[...]é o fenômeno relacionado ao *fato* de todo estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar.” BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.10.

13 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel. 1986. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1986. p. 154.

Não perdendo de vista as premissas já fixadas, até esse ponto, temos que o homem abre mão de parte significativa de sua liberdade para conviver em uma sociedade estatal. No entanto, essa convivência na sociedade estatal é uma via de mão dupla entre o estado e o indivíduo. Cabe ao estado, como satisfação da sinalagma contratual, cumprir de forma devida as suas funções.

Esse modelo social acaba por funcionar muito bem em uma sociedade com baixa complexidade, e com baixo número de habitantes. O problema passa a surgir quando se tem uma sociedade complexa, com grande número de habitantes e intensas trocas entre eles. Nesse ponto, faz-se um nexos com o advento da lógica matemática na Idade Média, que traz diversos efeitos como o aumento da produção de alimentos¹⁴ e a erradicação de doenças. O crescimento populacional aumenta, a expectativa de vida segue o mesmo rumo, e a sociedade fica cada vez maior e mais complexa e trazendo novas demandas. Cumule-se ao crescimento populacional que vem desde a Idade média/moderna, o incremento de direitos, notadamente os direitos individuais e sociais, que acabam por exigir do Judiciário uma máquina maior a fim de garantir o pleno exercício desses novos direitos.

A lição exposta anteriormente desemboca no cenário que se apresenta hoje em dia. O incremento populacional, de complexidade e de direitos impacta no funcionamento do Judiciário, tornando-o lento e pouco efetivo pelo excesso de demanda. Como dito, essa crise não teve como elemento fundante apenas o incremento da complexidade social. A própria passagem do estado liberal para o estado social de direito traz ainda mais demandas e deveres ao Estado, exigindo deste último uma atuação mais firme, e uma postura mais intervencionista em assuntos antes vistos como estritamente privados.¹⁵

14 LUNA, Rafael Alves de. **De Íkarus a Prometheus**: o uso da prova científica no atual processo civil brasileiro. 2018. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019. p. 16.

15 “Como decorrência da democratização das relações sociais, tem-se a quantificação das

É a partir desse incremento de complexidade social, e de um movimento constitucional que preza mais pela concretização dos direitos, do que a mera declaração desses como carta de intenções, que se inicia uma maior demanda direcionada ao Poder Judiciário, que passa a experimentar um crescimento desproporcional da carga de trabalho em relação à estrutura que o poder dispõe para resolvê-los. O resultado disso chega a ser óbvio: lentidão na resolução dos conflitos, que causa a insatisfação dos jurisdicionados e diminui, por sua vez, a credibilidade da instituição estatal frente à sociedade.¹⁶

Dentre os elementos que agora o Estado precisa concretizar, há um que pode ser identificado como uma grande causador de congestionamento judicial, que é o chamado princípio do acesso à justiça. E não se está a defender que se trata de um mal ao funcionamento do Judiciário, já que é uma garantia extremamente importante para a concretização do demais direito fundamentais; sendo assim, não é possível a inobservância desse princípio.

demandas submetidas ao Estado, na medida em que surgem novos atores das relações sociais – com o reconhecimento dos direitos sociais, vários grupos e classes puderam ser protagonistas de disputas, exigindo do ente estatal resposta às exigências formuladas. Além do que não se trata apenas de um aumento quantitativo da atuação estatal, mas também a exigência por respostas até então não proferidas em termos de conteúdo, por se tratar de direitos jamais protegidos pelo Estado e políticas sociais até então não ofertadas” (SAID FILHO, Fernando Fortes. A crise do Poder Judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre. v. 44. n. 142. p. 175-299, jul. 2017. p. 180).
 16 Sobre as crises vivenciadas pelo Estado: “Tais circunstâncias impõem o enfrentamento deste tema não mais a partir uma fórmula dogmática, mas e, sobretudo, desde estruturas abertas que permitam ter presentes tais pulverizações, sem perder de vista as consequências de tais possibilidades, assim como o papel fundamental das estruturas públicas estatais no contexto das sociedades periféricas o enfrentamento das desigualdades e na promoção de políticas de inclusão social, o que nos leva a enfrentar o tema da(s) crise(s) que afeta(m) uma expressão peculiar do Estado – dito Moderno -, qual seja a que, a partir de sua fórmula moderna, privilegia o seu papel interventivo/transformador, o Estado Social em suas múltiplas facetas”. MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35.

Assim, a questão que se põe é: como conjugar essa admissão generalizada em juízo, fruto do acesso à justiça, com um Judiciário incapaz estruturalmente de responder a tantas demandas? A primeira tentativa fora operacionalizada através de inúmeras reformas legislativas. No entanto, essas reformas acabaram por ter baixo ou nenhum efeito na tentativa de diminuir o acervo e o grau de insatisfação dos jurisdicionados.¹⁷

Mas, e se um dos principais causadores do congestionamento fosse utilizado como solução? Foi isso que se implementou a partir da terceira onda renovatória do acesso à justiça, a partir de uma releitura do princípio. Vejamos a seguir.

3 O ACESSO À JUSTIÇA: O CRIADOR DO PROBLEMA E DA SOLUÇÃO?

Considerando o quadro de crise do Judiciário apresentado no ponto anterior, em boa parte incrementado em boa parte pela concretização do acesso à justiça, soluções precisaram ser buscadas. Essa solução perpassaria por uma reinterpretação do conteúdo principiológico do que seria acesso à justiça no direito brasileiro.

Com o surgimento dos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, surge na doutrina internacional, notadamente no final da década de 70, uma nova concepção da natureza do processo, consubstanciada no termo acesso à justiça.¹⁸

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo – RePro**. São Paulo: RT. ano 30. n. 125, julho 2005. p. 61.

18 GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 19-20. E continua: “A abordagem contida nesta expressão vem a interromper extensa tradição da processualística em geral, ao propor um enfoque diferente das então já saturadas investigações acerca dos institutos, provimentos e procedimentos que sustentam o processo como método voltado à realização material exterior dos direitos subjetivos

Na linha de pensamento de Cappelletti e Garth, o direito ao acesso à justiça vem sendo reconhecido como de capital importância no âmbito dos novos direitos fundamentais, considerando-se o fato de que a titularidade de direitos sem a possibilidade de efetivação concreta desses traz à própria titularidade uma ausência de sentido prático. Por tais razões, o acesso à justiça acaba por se constituir como requisito fundamental de um sistema jurídico que pretende não somente proclamar direitos, mas sim garanti-los¹⁹. Assim, o acesso à justiça não se identifica mais com a mera admissão do processo, ou com a mera possibilidade de ingresso em juízo. Vai mais além. O acesso à justiça efetivo é aquele que permite a admissão do maior número de pessoas possível a demandar e defender-se adequadamente²⁰.

O direito ao acesso à justiça ganha seu fundamento a partir do art. 5º, XXXV, da CF/88, onde dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a lesão a direito. Em uma interpretação ampliada do dispositivo supracitado, parte da processualística afirma que o fundamento do princípio do acesso à justiça advém daí.

Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia.²¹

A partir dessa linha conceitual, a análise do referido princípio

garantidos pelos ordenamentos jurídicos, restritas a discussões e a reformas operantes unicamente na esfera do formalismo, exclusivas no campo abstrato”.

19 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988. p. 9.

20 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39.

21 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 79.

deve ser feita por dois vieses: o primeiro atine às chamadas ondas renovatórias, enquanto o segundo vai à linha da análise dos pontos de estrangulamento no acesso à justiça. Façamos o primeiro eixo de análise a seguir.

Ao se analisar o acesso à justiça, vê-se que o mesmo passou por diversas evoluções conceituais, e principalmente revoluções de cunho concretizador. Eis o contexto no qual se desenvolveu a teoria das três ondas renovatórias²².

A primeira onda enveredou esforços no afã de propiciar a realização desse princípio de forma concreta, a partir da promoção de prestação de serviços jurídicos aos hipossuficientes econômicos²³. A premissa para tanto, é que o fato da complexidade social ser incrementada, levaria a um quadro de aumento de complexidade do ordenamento jurídico, o que traz a necessidade de assessoria técnica de um advogado.²⁴

22 “O recente despertar de interesse em torno do efetivo acesso à Justiça levou a três posições básicas, ao menos nos países do Mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira “onda” desse movimento novo foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é que nos propomos a chamar simplesmente de “enfoque de acesso à Justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles [...]”. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 31.

23 “O fenômeno da pobreza – e com isto não quero dizer a pobreza econômica, como também, por exemplo, a pobreza linguística e cultural, sempre que represente um obstáculo para efetiva – ao invés de ser a consequência de um infortúnio do qual a lei não pode assumir nenhuma responsabilidade, deve tornar-se relevante tanto legal como processualmente”. CAPPELLETTI, Mauro. Reflexiones sobre el rol de los estudios procesales. **Revista de Processo – RePro**. São Paulo. a.16, n. 94, p. 145-157, out/dez, 1991. p. 148.

24 GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 62. “Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear são, por isso mesmo, vitais” CAPPELLETTI,

Já a segunda onda renovatória de acesso à justiça tem como pano de fundo o âmbito dos direitos transindividuais, uma vez que sendo impossível por todos os titulares para comparecer em juízo, faz-se necessária a indicação de um ente que represente adequadamente esses prejudicados impossíveis de individualização²⁵. Nas disposições de Garth e Cappelletti, o processo possuía um caráter privatista que interessava tão somente às partes devidamente individualizadas. Os direitos coletivos e difusos, portanto, não se enquadram muito bem nesse esquema e, cumulados com as regras de legitimidade, normas de procedimento e atuação judicial, acabavam por deixar um vácuo em desfavor dos direitos coletivos e difusos que ao mesmo tempo, não conseguia ser instrumentalizado pelos particulares.²⁶

Por fim, e não menos importante, chegamos à terceira onda do acesso à justiça, voltadas a instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos pensados para processar e até mesmo prevenir litígios. Aqui é o lócus onde há a retomada da arbitragem, da conciliação, da mediação sob uma nova feição e novo prestígio.²⁷⁻²⁸

Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

25 Sobre as espécies de tutelas coletivas, dispõe o CDC:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

26 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988. p. 50.

27 GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 92-94.

28 “É preciso admitir, portanto, que é impossível à máquina judiciária estatal resolver

Ao se analisar a terceira onda renovatória do acesso à justiça, vê-se que enquanto as primeiras ondas se prestam a dar o máximo acesso ao judiciário, essa busca tão somente maximizar os métodos de resolução do conflito, com uma especial atenção à celeridade. No entanto, e essa é uma advertência que se faz no escrito, não se pode se realizar uma leitura das ondas renovatórias do acesso à justiça sendo refratária a identificação por Cintra, Grinover e Dinamarco dos chamados pontos de estrangulamento ou “pontos sensíveis” do acesso à justiça²⁹, quais sejam, a admissão ao processo, o modo-de-ser do processo, a justiça das decisões e a efetividade das decisões.

De forma resumida, a admissão ao processo direciona as reflexões quanto às dificuldades financeiras e econômicas que impeçam as pessoas de litigar, enquanto o modo-de-ser do processo reafirma a necessidade de observância do devido processo legal e do contraditório, defendendo uma atuação ativa do magistrado. A justiça das decisões atine à observância da justiça por parte do julgador e a efetividade das decisões se

todos os dissídios que lhe forem submetidos através de sentenças (as quais, em sua maioria, ainda precisarão ser executadas após o seu trânsito em julgado) - é que, se for preciso esgotar sempre todas as etapas e fases processuais necessárias para se chegar à efetiva satisfação dos direitos em definitivo reconhecidos como existentes, nunca haverá recursos públicos suficientes para montar e custear um aparato jurisdicional capaz de atender, em tempo razoável, a todos esses litígios. Diga-se expressamente: nenhum ramo do Poder Judiciário (e muito menos a Justiça do Trabalho brasileira) está preparado para instruir, julgar e, se necessário, executar as sentenças condenatórias proferidas em todos (ou quase todos) os processos que lhe forem ajuizados. As conseqüências desse quadro já são, aliás, de conhecimento geral e infelizmente estão presentes em vários setores do Judiciário brasileiro: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é inevitavelmente uma Justiça lenta e de baixa qualidade. Então, é de lógica e de bom senso trabalhar, estimular e explorar as múltiplas vertentes alternativas de solução dos conflitos de interesses, dentre as quais assume especial relevo a conciliação das partes.”. PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTR**. São Paulo, v. 65, n. 02, fevereiro de 2001. p.153

29 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19.ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40-41.

liga à ideia de efetividade/concretude das decisões³⁰, evitando-se decisões que são meras folhas de papel sem qualquer eficácia.

Cumulada às lições que identificaram os pontos sensíveis do acesso à justiça, há a corroboração palmar de que a terceira onda renovatória veio pra tentar desatar esses nós. No que toca à admissão em processo, os métodos alternativos de resolução do conflito atuam na desburocratização e barateamento do acesso à resolução do conflito, já que a resolução poderia se dar de forma autônoma entre as próprias partes.

O modo-de-ser do processo, regido pelo impactos econômicos e cronológicos do processo, seria em muito minorado já que os meios consensuais - e a própria arbitragem - costumam dar solução bem mais célere que o processo judicial; a justiça das decisões evidencia-se naturalmente com uma decisão construída em consenso, e não imposta por um terceiro. A efetividade, por fim, fica garantida com a constituição do título executivo a partir do consenso, o que tende a reduzir a resistência ao cumprimento.

Até esse ponto, vislumbramos diversas vantagens na utilização dos meios alternativos de resolução de conflito, inclusive no que tange ao desate de nós do acesso à justiça.

O problema é que, a partir da leitura e da atual utilização do instituto da mediação/conciliação no âmbito judicial, vê-se que o objetivo disso é completamente outro; o escopo central não é a garantia de acesso à justiça, mas sim a amenização do engarrafamento de processos do Judiciário.

Eis um problema que já foi diagnosticado, mas precisa ser levado em consideração na proposição de políticas públicas de promoção de meios consensuais de composição de conflitos: os métodos não podem servir exclusivamente à celeridade, mas ao tratamento adequado dos conflitos.

30 Ibidem, p. 40-41.

Hoje, ao pensarmos no termo **justiça**, contido na ideia de acesso à justiça, percebemos que está muito mais atrelado a “valor, virtude, fundamento ético de equidade e igualdade a ser perseguido judicial ou extrajudicialmente, pouco importando a via utilizada para efeito de realização de direitos e interesses violados ou ameaçados de lesão”³¹.

Assim, a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos deve estar ligada a muitos outros fatores para além da celeridade, tais como: custos financeiros, sigilo, manutenção de relacionamentos e/ou redução de desgastes emocionais, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade, confiança nos profissionais envolvidos, dentre outros³². Viu-se, pois, com o tempo, que é muito mais complexo - e por outro lado, capaz de trazer diversos outros benefícios - do que aquilo que os primeiros teóricos do acesso à justiça pensaram.

A terceira onda de acesso à justiça se desenvolveu ao ponto de a doutrina passar a questionar o termo “métodos alternativos” e advogar por “métodos adequados”, uma vez que o termo alternativo traz implicitamente a ideia de que há algo principal, preferencial – no caso, a própria decisão judicial, quando, a bem da verdade, o que existe é um meio que tende a solucionar melhor cada disputa. Eis a gênese do **modelo multiportas de gestão de conflitos**, segundo o qual os cidadãos em situação conflituosa, ao invés de socorrer-se automaticamente da decisão imposta pelo juiz, são orientados a escolher a mais adequada entre diversas “portas” (arbitragem, a mediação, a avaliação neutra, negociação, ou mesmo o processo judicial) para compor um litígio³³.

31 GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 67.

32 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018. p. 73.

33 PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. Cláusula de mediação ou negociação obrigatória nos contratos de consumo: violação ao acesso à Justiça? **Revista de Processo**. vol. 315. ano 46. p. 421-442. São Paulo: Ed. RT, maio 2021, p. 423.

Mas, pensando no alcance dos fins da terceira onda, pode-se questionar: qual o grau de utilização e satisfação dos jurisdicionados quanto à aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito do Judiciário?

4 A CONCRETIZAÇÃO DA TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA DO ACESSO À JUSTIÇA: SOLUÇÃO?

Enfocando na terceira onda de acesso à justiça, Bolzan de Moraes bem leciona que se deve deixar para trás a visão de que o sistema de resolução do conflito só é efetivamente eficiente quando, para cada conflito nós tenhamos uma solução através da intervenção judicial. Defende o autor que a resolução é suficiente quando a sociedade conta com instituições e procedimentos que procuram resolver as controvérsias considerando as necessidades e interesses das partes³⁴.

Ou seja, a provocação dos tribunais, que se dá em nível inicial, passaria a ter um caráter subsidiário. O sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de resolução, a não ser que a questão envolvida versasse sobre direitos não disponíveis pelas partes envolvidas, ou que não seja aconselhado o tratamento judicial meramente subsidiário, ou seja, quando a provocação da jurisdição seja absolutamente necessária.³⁵

34 MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 107.

35 Ibidem p. 107. No mesmo sentido: “[...] devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente” CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, n. 74, a. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 82-97, abr/jun, 1994. p. 97.

Nesse âmbito de formas adequadas de resolução do conflito, há três grandes espécies que aglutinam os desejosos por alternativas ao Judiciário, quais sejam, a arbitragem, a conciliação e a mediação. Embora sejam alternativas ao Judiciário, cabe ressaltar que aqui não há uma ruptura institucional completa, mas sim, uma ruptura controlada, já que ainda há supervisão desses métodos pelo Poder Judiciário, que realiza conciliações e mediações em seus processos e, quanto à arbitragem, ainda é o ente competente para executar suas decisões.

Como já apontado, as duas ondas renovatórias anteriores abriram um enorme flanco para a admissão em juízo, em um sistema judicial completamente desaparelhado em termos de estrutura e pessoal. Cumule-se isso a uma crise de legitimidade do Estado, e tenha como resultado a ausência de celeridade, baixa qualidade na prestação jurisdicional, inadmissão em juízo etc.³⁶.

Diante dessas três espécies, merecem maior relevância para a presente pesquisa os métodos **consensuais** utilizados dentro do Poder Judiciário em volume considerável, notadamente, conciliação e mediação³⁷.

36 “[...] Em realidade, outros fatores devem ser considerados, desde a existência de uma massa de conflitos represada pelos obstáculos econômicos, social, políticos e jurídicos no acesso à justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial, sobretudo a necessidade de se oferecer o serviço justiça da forma mais ampla possível, com a utilização dos diversos mecanismos desenvolvidos para essa finalidade. (...) Considerando a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, embora seus mecanismos mais eficientes sejam eminentemente uma atividade privada, é imprescindível que o Estado adote medidas de incentivo à sua realização, promovendo o que se chama, nesse trabalho, de uma política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para obtenção da autocomposição”. CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5-7.

37 Sem qualquer desprestígio à arbitragem como forma adequada de resolução do conflito. O recorte feito nos métodos consensuais e judiciais justifica-se pois a arbitragem, pelos atores envolvidos, custos para sua concretização e até mesmo por sua forma, ainda não se configura no cenário brasileiro como um método que impacta na redução do congestionamento do Judiciário, inclusive por não ser meio de resolução de “demandas de massa”.

Antes de apresentar as distinções entre mediação e conciliação, cumpre destacar o que esses métodos têm em comum: a) há a participação de um terceiro imparcial; b) não há imposição de resultados; c) promoção da comunicação entre os envolvidos; d) estímulo à busca de saídas para os envolvidos; e) exercício da autonomia privada na elaboração de opções aos impasses.³⁸

Já no que tange às suas principais diferenças, o legislador do Código de Processo Civil de 2015, **no art. 165, §§ 2º e 3º**, cuidou de demonstrar expressamente que se trata de metodologias distintas, melhor aplicáveis a situações diferentes e com finalidades igualmente distintas³⁹:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

No tocante à conciliação, na visão de Águida Barbosa, essa é uma espécie de equivalente jurisdicional de alta tradição no direito brasileiro, que visa promover uma reorganização lógica dos direitos que

38 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018, p. 191.

39 “Vale ressaltar a presença do termo preferencialmente em ambos os parágrafos, o que supõe que não se trata de regra rígida de aplicação desses métodos de solução dos conflitos, podendo os operadores do direito envolvidos com o caso, considerando suas nuances, aplicar os métodos e as finalidades da mediação quando seria caso de conciliação e vice-versa”. PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Para além dos fundamentos da decisão judicial: análise empírica da influência do perfil do réu sobre a decisão que dispensa as audiências obrigatórias de conciliação e mediação no início do processo (art. 334, CPC). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 19, n. 31, p. 127-153, maio/ago. 2021, p. 134.

cada parte acredita ter, a fim de delimitar o conflito e, aplicadas as devidas técnicas, aproximar as partes em um espaço concreto⁴⁰. O escopo principal deste método é o acordo. Com isso, se as partes chegarem ao acordo - ou, naquela reunião ao menos se aproximarem, transacionando ainda que parcialmente o conflito - pode-se dizer que a conciliação não restou frustrada.

Para Araken de Assis, podemos dividir a conciliação em duas grandes espécies no que toca ao momento de realização: pré-processual, se não realizada em um curso do processo judicial, ou processual se ocorre durante o trâmite judicial⁴¹. Geralmente, a prática conciliatória aplica-se a novos conflitos, nos quais as partes não estão interessadas qualquer relacionamento futuro, e o envolvimento emocional, se existente, é transitório e circunstancial⁴².

No que tange à mediação, trata-se de método que possibilita, através do restabelecimento do diálogo, a alteração das perspectivas sobre determinada situação. Nele, as partes podem reexaminar a forma de enxergar as questões, vislumbrando os problemas por outros ângulos. Com isso, os mediandos podem chegar a um acordo satisfatório, porém,

Percebe-se, desde já, que a mediação não foca diretamente no acordo entre os mediandos. O escopo principal é desfazer uma comunicação ruidosa entre as partes, podendo se considerar exitoso o procedimento que conseguiu tal fim, ainda que não tenham as partes firmado formalmente um acordo⁴³.

40 BARBOSA, Âguida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/85.pdf>. Acesso em 12 jan 2021.

41 ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** - Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 97.

42 FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. p. 58

43 PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de; GOMES NETO, José Mário Wanderley.

Para Osório Nunes, a grande vantagem da mediação é que ela atua no âmbito da autonomia das vontades, respeitando-se as individualidades; nessa linha, as questões são resolvidas com bases nos interesses individuais das partes, homenageando a cooperação, rapidez e a flexibilidade⁴⁴. O grande ponto de diferenciação entre a mediação e a conciliação, além do procedimental, está na atribuição de maior importância ao capital emocional na mediação⁴⁵.

Sobre a importância da mediação no acesso à justiça, Orsini e Silva afirmam que a mediação pode ser uma via de acesso à cidadania tomada a partir do empoderamento e participação dos envolvidos no processo, tendo como pressuposto que a metodologia utilizada sirva à transformação, e não com foco único na resolução do conflito⁴⁶.

Para além dos fundamentos da decisão judicial: análise empírica da influência do perfil do réu sobre a decisão que dispensa as audiências obrigatórias de conciliação e mediação no início do processo (art. 334, CPC). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 19, n. 31, p. 127-153, maio/ago. 2021, p. 133.

44 OZÓRIO NUNES. Antônio Carlos. **Manual de Mediação**: Guia Prático da Autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 25. E continua: “O mediador auxilia na construção do diálogo e na clarificação dos problemas, ajudando as pessoas a criar opções em busca de um acordo. Para isso ele precisa ser equidistante em relação as partes e não deve apresentar ideias, conselhos ou quaisquer tipos de interferências nos resultados que possam colocar em dúvida a sua neutralidade em relação às questões discutidas e, conseqüentemente, a sua credibilidade, competência e ética”. OZÓRIO NUNES. Antônio Carlos. **Manual de Mediação**: Guia Prático da Autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

45 “O conceito de capital emocional é fundamental para se entender o poder da mediação. Quanto mais um indivíduo investe capital emocional em um acordo, tanto maior será a sua satisfação com o resultado e a responsabilidade com que assumirá a decisão tomada. A satisfação interior constitui os juros que o capital emocional agrega continuamente, a cada vez que os relacionamentos ocorrem; portanto, o capital emocional aumenta e se fortalece com os bons resultados. O mediador identifica a presença e a dimensão do capital emocional que cada um dos mediandos dispõe para investir e atua para que eles adquiram essa compreensão. Por exemplo, na guarda de filhos, o capital emocional é representado pela felicidade, saúde, segurança e perspectivas futuras das crianças, cujo valor cada um dos mediandos, subjetivamente, estabelece.”. FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59.

46 ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. **Mediação para a Democracia: Cidadania, Participação e Empoderamento no Âmbito da**

Dispostas as categorias úteis para a análise seguinte, de forma concreta, tal qual proposto na introdução desta pesquisa, em que medida a utilização da conciliação e da mediação tem auxiliado na diminuição do acervo/engarrafamento judiciário? O raciocínio é palmar: se a terceira onda tem como objetivo justamente ofertar um maior acesso à justiça, através da descentralização das formas que isso pode ser realizado, deve ser perceptível um incremento considerável no índice de sua utilização ano após ano, o que acarreta como consequência uma diminuição do acervo, já que o número de ações que passariam à fase de sentença dita seria relativamente menor.

Observando o relatório da Justiça em Números do ano de 2021⁴⁷ (cujo ano-base do levantamento é 2020) vê-se que é possível o vislumbre de um cenário da conciliação judicial nos últimos seis anos no Brasil. No ano de 2015, o índice de processos resolvidos pela conciliação foi de 11,1%, enquanto em 2020, o índice foi de 9,9%. No espaço temporal descrito acima tivemos o pico de índice de resolução por conciliação foi de 13,6% em 2016, e vem em queda desde então.

É certo que se pode creditar ao cenário de pandemia parte da queda mais abrupta do índice de conciliação observada em 2020, que exigiu, em uma parcela do ano, a remarcação de audiências e, em outra, regulamentou as audiências em formato virtual, que, apesar de terem promovido acordos em alguns casos, até hoje ainda não promovem um ambiente ideal diálogo entre as partes e atuação do facilitador.

Resolução de Conflitos. Direitos fundamentais e democracia IV [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Riva Sobrado de Freitas, Mariana Ribeiro Santiago, Julia Maurmann Ximenes. – Florianópolis: **CONPEDI**, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3006a068501fbf78>. Acesso em 11 jan 2021.

47 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>; acesso em 09 jun. 2022. p. 192.

É digno de nota, contudo, o investimento que vem sendo realizado pelo Judiciário brasileiro no tocante à promoção de métodos consensuais de solução de conflitos. Outro dado apresentado pelo relatório supracitado é o incremento, ano após ano, do número de CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania). Na Justiça Estadual, havia 1.382 CEJUSCs instalados no ano de 2020. Em 2014, o número era de 362 CEJUSCs; em 2015 a estrutura cresceu em 80,7%, alcançando 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808. Em 2017, chegou a 982 e em 2018 a 1.088⁴⁸.

O expressivo aumento de 80,7% no quantitativo de CEJUSCs a partir de 2015 pode estar atrelado a um movimento legislativo interessante em prol dos meios consensuais de resolução de conflitos, notadamente a promulgação do Código de Processo Civil (CPC) e da Lei de Mediação.

Especialmente o CPC previu audiências obrigatórias no início (leia-se: antes da resposta do réu) de dois procedimentos bastante habituais: o comum e o das ações de família (*vide* arts. 334⁴⁹ e 695⁵⁰). Essas previsões demandaram um aumento nos investimentos, notadamente em estrutura física e recursos humanos, nos tribunais, que passariam a realizar um número bem mais elevado de audiências de conciliação e sessões de mediação. Eis a principal razão para o aumento dos CEJUSCs a partir de 2015.

48 Ibidem, p. 191-192.

49 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

50 Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

Contudo, as audiências iniciais obrigatórias até aqui não surtiram efeito no tocante à redução de acervo e aumento de celeridade. Pelo contrário. Em que pese a ausência de dados levantados a nível nacional acerca dos resultados das audiências iniciais obrigatórias, há pesquisa realizada no bojo de um Tribunal de Justiça (TJPE) entre os anos de 2017 e 2019, que identificou variação entre 4,65%⁵¹ e 6,2%⁵² do índice de conciliações nas audiências cíveis designadas nos termos do art. 334, CPC⁵³ - valor que nos faz questionar todo o investimento imposto pelo novo regramento processual civil pós-2015.

Não pretendemos, com isso, apontar políticas a serem implementadas. Não é honesto, por não haver dados suficientes, indicar que o problema seja a falta de capacitação dos facilitadores, ou o desprestígio dos meios consensuais entre os litigantes e seus advogados, ou que a solução seja mais investimentos em estrutura e recursos humanos. Sabemos, e não é de hoje, que muito se debate (e, assim, se aprimora) o uso das ferramentas consensuais de composição de conflitos, o que nos garante que, se aplicadas em boas condições, são métodos comprovadamente exitosos para os fins a que se destinam.

Porém, as informações aqui apresentadas nos mostram que, apesar de haver investimentos nos métodos consensuais, estes ainda não devolveram objetivamente resultados cristalinos no que diz respeito à redução de acervo e celeridade dos processos. Esses dados não podem ser ignorados ou lidos passionalmente. É preciso rediscutir urgentemente como bem aplicar os métodos consensuais, como investir neles e o que se pode esperar de tais investimentos.

51 Considerando-se a taxa de acordos a partir do total de audiências designadas.

52 Considerando-se a taxa de acordos a partir do total de audiências efetivamente realizadas.

53 PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. **Reforma processual e argumentação contra legem**: quais fatores influenciam os juízos das varas cíveis de Recife/PE a não designarem a audiência prevista no art. 334 do CPC? 2020. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, 2020, p. 82.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das conclusões a que se chegou no item anterior, a presente pesquisa demonstrou e discutiu as crises enfrentadas pelo Estado, principalmente a que tange a sua legitimidade que vem decaindo por diversos fatores, como a lentidão na resolução dos conflitos. Em um segundo momento, foi apresentada a composição das ondas renovatórias do acesso à justiça e os efeitos decorrentes da implementação dessas.

Por fim, discutimos, à luz de dados empíricos já publicados, o grau de contribuição das medidas consensuais de resolução do conflito no cenário da justiça civil brasileira. Vislumbramos que a litigiosidade judicial não será mais o caminho “necessário” para o futuro, mas sim alternativo.

No entanto, e sem a pretensão de apontar erros e indicar taxativamente as medidas que melhorarão o cenário avaliado, os dados verificados nos mostraram que, apesar de ter havido relevantes investimentos nos métodos consensuais nos últimos anos, ainda não se observou resultados cristalinos no que diz respeito à redução de acervo e celeridade dos processos.

A presente pesquisa, então, mais do que apresentar respostas, buscou chamar atenção para lacunas existentes no Judiciário brasileiro, a fim de que não sejam esquecidas ou ignoradas. Considerando que mediação e conciliação são métodos comprovadamente satisfatórios - desde que bem aplicados - para a resolução de conflitos, esse enfrentamento que aqui exortamos visa promover ou reacender o debate sobre como bem investir nessas ferramentas para que alcancem cada vez melhor os seus fins.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** - Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/85.pdf> .

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>; acesso em 09 jun. 2022. p. 192.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo - RePro**, n. 74, a. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 82-97, abr/jun, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Reflexiones sobre el rol de los estudios procesales. **Revista de Processo – RePro**. n. 94, a. 16. São Paulo. p. 145-157, out/dez, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. Trad. Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica. D.L., 1995.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GOODSTEIN, David. How Science Works. **Reference manual on scientific evidence**. 2. ed. Washington, D.C.: Federal Judicial Center: Lexis Publishing, 2000.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, Forma, e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Organizado por: Richard Tuck. Edição Brasileira supervisionada por: Eunice Ostrensky. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Tradução do aparelho crítico: Cláudia Berlinder. Revisão da tradução: Eunice Ostrensky. Clássicos Cambridge de Filosofia política. 2.ed. São Paulo. Martins Fontes. 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel. 1986. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 1986.

LUNA, Rafael Alves de. **De Íkarus a Prometheus: o uso da prova científica no atual processo civil brasileiro**. 2018. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Revisão técnica de Beatriz Sidou.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. **Mediação para a Democracia: Cidadania, Participação e Empoderamento**

no Âmbito da Resolução de Conflitos. In: **Direitos fundamentais e democracia IV** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: FREITAS, Riva Sobrado de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; XIMENES, Julia Maurmann. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3006a068501fbf78>. Acesso em 09 jun. 2022.

OZÓRIO NUNES. Antônio Carlos. **Manual de Mediação**: Guia Prático da Autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAULAFILHO, Alexandre Moura Alves de. Cláusula de mediação ou negociação obrigatória nos contratos de consumo: violação ao acesso à Justiça? **Revista de Processo**. vol. 315. ano 46. p. 421-442. São Paulo: RT, maio 2021.

PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de. **Reforma processual e argumentação contra legem**: quais fatores influenciam os juízos das varas cíveis de Recife/PE a não designarem a audiência prevista no art. 334 do CPC? 2020. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, 2020.

PAULA FILHO, Alexandre Moura Alves de; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Para além dos fundamentos da decisão judicial: análise empírica da influência do perfil do réu sobre a decisão que dispensa as audiências obrigatórias de conciliação e mediação no início do processo (art. 334, CPC). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 19, n. 31, p. 127-153, maio/ago. 2021.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTR**. São Paulo, v. 65, n. 02, fev. 2001.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A crise do Poder Judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre. v. 44. n. 142. p. 175-299, jul. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo – RePro**. São Paulo: RT. ano 30. n. 125, julho 2005.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p. 178-229, jul. 2010. Trimestral.

Yasmin Lira Melo Ferreira

O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL (ECI)
E A JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA:
EM BUSCA DO DIREITO À
SAÚDE E DO ACESSO AOS
MEDICAMENTOS

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA: EM BUSCA DO DIREITO À SAÚDE E DO ACESSO AOS MEDICAMENTOS

Yasmin Lira Melo Ferreira

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; Especialista em Direito Digital pela Faculdade CERS e Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNINASSAU. Advogada.

RESUMO

O propósito desse trabalho consiste em analisar se há a possibilidade do uso do Estado de Coisas Inconstitucional para fins de efetivação do direito à saúde, em especial, o direito ao fornecimento de medicamento. Essa apreciação passa pela constatação da fragilidade da saúde pública brasileira, configurada pela presença de um quadro de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas dos direitos humanos no âmbito do direito fundamental social da saúde. Será verificada, ainda, a existência ou não de projetos sociais e de políticas públicas para dar efetividade a esse direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Estado de Coisas Inconstitucional. Direito à saúde.

322

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze whether there is a possibility of using the Unconstitutional State of Affairs for the purpose of enforce the right to health, in particular, the right to supply medicine. This appreciation goes through the verification of the fragility of brazilian public health, configured by the presence of a framework of generalized, continuous and systematic

violations of human rights within the scope of the fundamental social fight to health. The existence or not of social projects and public policies to give effect to this fundamental right will also be verified.

KEYWORDS: Judicialization. Unconstitucional State of Affairs. Health Right.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a violação ao direito à saúde pública é um tema recorrente nos meios de imprensa, o que causa discussões na área acadêmica no tocante à eficácia do sistema de saúde pública brasileiro. Nesse contexto, observa-se que a crescente demanda judicial em prol do direito à saúde é um fenômeno que também está ocorrendo nos países da América do Sul, como Peru, Argentina, Venezuela e Equador¹.

Por sua vez, a judicialização da saúde demonstra a força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de tal modo que, hoje, o direito a saúde é aceito como uma norma constitucional, a qual expressa um direito fundamental social, configurando-se, portanto, em um direito subjetivo que enseja uma tutela específica.

Nesse contexto, a crescente reclamação por prestação de serviços e de fornecimento de bens, na área de saúde, em especial, a saúde pública, inclusive o acesso a medicamentos, é decorrente do não cumprimento, pelo Estado, da efetiva prestação universalizada do serviço de saúde. Há, portanto, uma reiterada omissão do Estado na efetivação e na garantia da saúde, conforme estabelecido na Magna Carta de 1988.

1 PANDOLFO, Mércia, DELDUQUE, Maria Célia, AMARAL, Rita Goreti Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Revista de Salud Pública**, v. 20, n. 4, 2018. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/rsap/2012.v.14,n.2/340-349/>. Acesso em :13 fev. 2022.

A situação da saúde pública dos países em desenvolvimento é uma questão complexa, que cristaliza uma realidade social, onde é facilmente observado que toda vez que um cidadão não recebe medicamentos, decorre da precariedade do sistema de saúde, o que configura uma violação aos direitos humanos.

A precariedade do sistema de saúde revela, de fato, uma falha nas políticas públicas e a falta de capacidade do Estado de cumprir o direito fundamental à saúde. Diante disso, com o aumento do número de violações dos direitos humanos em relação ao direito à saúde pública, faz-se necessário, ante a relevância do tema, avaliar, por meio de estudo preliminar e panorâmico, se há a configuração de todos os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), e se, nessa hipótese, esse instituto poderia ser usado como meio de solução do conflito.

Nessa linha de raciocínio, o presente trabalho apresenta, num primeiro momento, em linhas gerais, como o ECI surgiu na Colômbia e como é usado naquele país. Mais adiante, aborda-se a situação de vulnerabilidade do sistema de saúde pública do Brasil, com maior ênfase ao estudo do acesso do cidadão aos medicamentos, em especial, o cidadão pertencente à população de baixa renda. Por fim, encerra-se com uma análise sobre a possibilidade de utilizar o instituto do ECI, como ferramenta para garantir a eficácia do direito fundamental à saúde.

O ECI COMO UMA PROPOSTA CONSTRUÍDA PELA COLÔMBIA

É inegável que a omissão estatal, no tocante ao direito constitucional à saúde, necessita ser suprida, por meio de uma solução compatível com a realidade e o Ordenamento Jurídico brasileiro. Diante desse contexto, primeiramente faz-se mister explicar a origem do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), na Corte Constitucional Colombiana, em 1997.

O ECI é uma espécie de técnica de enfrentamento e superação de uma grave e sistemática violação aos direitos constitucionais, de caráter fundamental, que surge em face de omissões do Estado, ao não implementar as políticas públicas contidas no texto constitucional.

O ECI foi mencionado pela primeira vez na Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997², em processo que tratava da lesão, em face dos direitos previdenciários e de saúde de professores municipais e com a tramitação desse feito ficou patente que esse descumprimento generalizado atingia um número incerto de professores colombianos, indicando uma falha estrutural pela não eficiência das políticas públicas voltadas para a educação da Colômbia.

Foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucionais e foi determinado que os municípios colombianos, os quais estivessem em situação similar, corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável, bem como foi ordenado o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação, da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais³.

Mas, decididamente, o caso do sistema carcerário colombiano, com relação à superlotação e às condições desumanas das penitenciárias do país, abordado na Sentencia T – 153, de 1998⁴, é considerado uma das decisões mais importantes para a construção do ECI, pela Corte Constitucional Colombiana, senão vejamos um trecho dessa decisão:

2 COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

3 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 124.

4 COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1998. **Sentença T-153**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Hacinamiento

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema⁵.

326

Trata-se, portanto, de uma massiva violação de direitos fundamentais dos presos colombianos e de uma permanente omissão do Estado, inclusive, da própria sociedade, de forma genérica, configurada pela ausência de políticas públicas para o problema carcerário. Não obstante a iniciativa da Corte Constitucional Colombiana, a decisão contida na Sentencia T – 153 decepcionou em razão de não constar uma necessária fiscalização e diálogo com os demais Poderes constituídos.

5 COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1998. **Sentença T-153**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

Após a constatação desse lapso, a Corte Constitucional Colombiana, nos posteriores julgamentos, passou a aprimorar a técnica do ECI, como pode ser visto na Sentencia SU – 250⁶ de 1998 (versava sobre a não convocação de concurso público para notários), Sentencia T – 590⁷ de 1998 (tratava do caso dos defensores de direitos humanos), Sentencia T – 289⁸ de 1998 (discutia o atraso no pagamento de salário de docentes municipais), Sentencia T – 525⁹ de 1999 (referia-se à mora no pagamento das verbas de aposentadoria).

Em razão da mudança de posicionamento da Corte Constitucional Colombiana, nas suas decisões não mais se limitou a determinar as políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, mas também iniciou uma supervisão mais efetiva do cumprimento da decisão, e, principalmente, procurou o diálogo institucional¹⁰.

Destarte, a própria Corte Colombiana estabeleceu, na Sentencia T - 025, quais seriam os fatores que configurariam o Estado de Coisas Inconstitucional, sendo:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado

6 COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1998. **Sentença SU-250**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

7 COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1998. **Sentença T-590**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

8 COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1998. **Sentença T-289**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

9 COLÔMBIA. Corte Constitucional, 1998. **Sentença T-525**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

10 Ibid.

de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial¹¹.

E, de posse desses paradigmas, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, revelou, em breve síntese, como pressupostos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional: a constatação inequívoca de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, afetando um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, revelando uma “falha estatal estrutural, e, finalmente, a superação das violações de direitos por meio de mudanças estruturais que se cristalizam através da expedição de ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, apontando novas ou ajustes nas políticas públicas, alocação de recursos etc”¹².

Enfim, a experiência colombiana demonstra que o Poder Judiciário ao optar pela declaração do ECI necessita deixar que os demais Poderes atuem também, priorizando, sempre, o diálogo institucional, por meio de uma coordenação, na elaboração de políticas públicas, com Legislativo e Executivo, embora caiba ao Judiciário a fiscalização permanente dos objetivos traçados.

A VULNERABILIDADE DO SISTEMA DE SAÚDE DO BRASIL E A CRESCENTE DEMANDA JUDICIAL

11 COLÔMBIA, Corte Constitucional, 2004. **Sentença T-025**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

12 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 13 fev. 2022.

O estudo sobre a judicialização da saúde brasileira especificamente para fins de acesso à medicamentos, está incluído no direito fundamental à saúde, e, conforme art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar (...)”¹³.

Esse paradigma internacional está contido na Constituição Federal de 1988, no art. 6º, onde foi reconhecida a saúde como um direito fundamental social e o art. 194 inseriu o direito a saúde no contexto da seguridade social. Nesse cenário, após a Constituição Cidadã de 1988, foi integrado o direito a saúde ao seu corpo constitucional também através da aceitação de normas jurídicas de direito internacional.

Dessa forma a Lei n.º 8.080/1990 definiu o conceito de saúde¹⁴, bem como instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) com seus pressupostos e diretrizes. E, esse sistema de saúde teve natureza híbrida, no sentido de que as ações e serviços públicos seriam integrados, regionalizados e hierarquizados, num sistema único, mas a assistência à saúde estaria livre à iniciativa privada, inclusive, no tocante aos recursos próprios, quando esses não fossem suficientes para arcar com a cobertura de assistência de toda população, razão pela qual, foi permitido ao SUS ser auxiliado pela iniciativa privada, por meio de contratos e convênios¹⁵.

Verifica-se, assim, que, em conjunto com o art. 201, o art. 196 da Carta Magna ajudou a criar o SUS, ao estabelecer que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

¹³ BRASIL, Governo Federal. Artigo 25: Direito à saúde, bem estar e segurança. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/artigo-25deg-direito-a-saude-bem-estar-e-seguranca#:~:text=O%20de%20n%C3%BAmero%20de%20diz,quanto%20aos%20servi%C3%A7os%20sociais%20necess%C3%A1rios>. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹⁴ BRASIL. Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Brasília, Ministério da Saúde 2000. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁶.

Mas, a realidade fática evidencia que o direito a saúde, de forma gratuita e ampla, constantemente é violado, fazendo com que os usuários do sistema SUS fiquem insatisfeitos e passem a questionar esse direito, até perante a Justiça. Nesse sentido, a judicialização se configura como um meio de exercício da luta pela efetivação do direito à saúde, inclusive com litigiosidade excessiva nessa matéria.

Ao se debruçar sobre o arcabouço jurídico que integra o direito à saúde, o magistrado passa a presenciar várias contradições e lacunas entre a efetividade das políticas públicas em prol da saúde e o sistema legal do Sistema Único de Saúde¹⁷.

Mas, ante a mencionada litigiosidade exagerada em favor de acesso efetivo ao direito a saúde, há a necessidade de estabelecimento de um marco jurídico para se deferir, ou não, tratamentos médicos ou fornecimento de medicamentos, por meio de tutelas judiciais, visando equilibrar tanto a efetivação do direito social fundamental da saúde, quanto conferir o mínimo de sustentabilidade ao Sistema Único de Saúde (SUS), adotado no país, sem que haja a ingerência do Judiciário nas prioridades das políticas públicas, definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Nessa perspectiva, existindo um evidente paradoxo, caberia ao Judiciário evitar decisões não razoáveis, observando os princípios e normas do SUS, assim como as políticas públicas de saúde com a intenção de inexistir aumento de custos na área da saúde ou mesmo transferência de recursos de uma titularidade para outra.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2022.

¹⁷ D'AVILA, Luciana Souza. SALIBA, Graciane Rafisa. A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social. **Revista Direito sanitário**. São Paulo v.17 n.3, p. 15-38, nov. 2016/fev. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127772>. Acesso em: 16 fev. 2022.

Quanto à questão do fornecimento de medicamentos não está claro, na Constituição Federal, a qual Órgão Federativo competiria a distribuição de remédios. Sobre esse assunto, o Ministro Luís Roberto Barroso dá um norte quando se posiciona no seguinte sentido:

(...) Diante do exposto, é possível compendiar nas proposições seguintes as principais ideias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos à população: A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público, e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica. B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas - de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo. C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos (...)¹⁸

Convém exemplificar a questão abordada do fornecimento de medicamento por meio da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento n.º 842.866, cujo Relator, Ministro Luiz Fux foi a favor do fornecimento de remédio para tratamento de Hepatite Crônica (vírus C):

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE HEPATITE CRÔNICA POR VÍRUS C. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite Crônica por Vírus C. 2. Assentado o acórdão recorrido que: “O medicamento ‘Interferon Peguilado Alfa 2a ou Alfa 2b’ e ‘Ribavirina’, foi receituado pelo médico (...), conforme documentos de fls. 23/32-TJ, que atestam ser o medicamento mais eficaz para o tratamento do impetrante. Registra, ainda, o conceituado especialista, que nos últimos meses a doença do Impetrante ‘vem evoluindo com lesão hepato celular intensa’, motivo esse da indicação da medicação sub judice, como melhor resposta o quadro clínico do paciente (...) Por conseguinte, resta patente o direito líquido e certo do Impetrante e fundado receio de dano irreparável ao paciente pela não entrega dos medicamentos necessários ao combate da sua doença”, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ. 3. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ. (...) 5. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 6. Configurada a necessidade de recorrido ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância,

à vida, sendo certo que a saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado. 7. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080 / SC; Relatora Ministra ELIANA CALMON; SEGUNDA TURMA; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA SEGUNDA TURMA; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 07.03.2005. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 842.866/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 127)¹⁹

Da mesma forma, a decisão do Relator Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário n.º 271286/RS:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas

19 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1ª turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 842866/MT**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602655477&dt_publicacao=03/09/2007. Acesso em 16 fev. 2022.

- representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) . Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)²⁰

Depreende-se que tanto a decisão do Ministro Luiz Fux como do Ministro Celso de Mello se amparou no princípio da integralidade e harmonizou-se com o posicionamento, já referido, do Ministro Luís Roberto Barroso, acolhendo os pedidos de acesso à medicamentos, sob o argumento de que o Estado seria responsável pelo fornecimento de remédios mais eficientes para o tratamento e cura da doença apontada.

Ocorre que o paradoxo que surge é que o tratamento, ou medicamento, deveria ser oferecido a todos os usuários do SUS com a mesma doença, mas, de fato, a realidade é que nem todo beneficiário do SUS, a quem se nega medicamento, ingressa com ação judicial perseguindo

20 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271286/RS**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 16 fev. 2022.

seu direito à saúde, portanto, nem todos os usuários do SUS, com a mesma doença, recebem o medicamento pelo Estado.

Esse questionamento é feito por Vinícius Pacheco Fluminhan, quando em suas reflexões afirma que:

(...) As diretrizes da integralidade e da prioridade à prevenção são estipuladas pela Medicina Coletiva para obrigar o Estado a adotar políticas de saúde mais eficientes para toda a população. A matéria transcende a ciência jurídica. No caso do Brasil, um olhar sobre a história da saúde revela fases alternadas de negligência ora quanto à prevenção, ora quanto à assistência curativa, obrigando o constituinte e todos os seus interlocutores na década de 1980 a superarem a dicotomia prevenção-cura, priorizando, entretanto, as medidas preventivas. Além disso, o gestor do SUS deve observar rigoroso respeito aos dois pilares do estado democrático de direito (democracia e igualdade). Como as verbas para a saúde são esgotáveis e a demanda é grande, algumas escolhas inevitavelmente devem ser feitas pelo Estado através de órgãos do Legislativo e do Executivo. As leis, decretos e atos administrativos produzidos implicam tratamento genérico e abstrato da matéria. São normas produzidas em ambiente democrático e caracterizadas pela impessoalidade, atingindo, portanto, de forma indistinta todos os usuários. O capítulo da Constituição dedicado ao SUS de certa forma reproduz os pilares do estado democrático de direito ao prever que o acesso aos benefícios e serviços será igualitário (art. 196) e que a gestão terá a participação da comunidade (art. 198, II e art. 194, parágrafo único, VII). Assim, tanto a construção das políticas de saúde, quanto a sua revisão devem ser pautadas nessas diretrizes. Se todos os usuários serão atingidos pelas escolhas que necessariamente devem ser feitas, então a deliberação há de ser coletiva. Fugir desse esquema leva à quebra do estado democrático de direito e, por conseqüência, à ruptura com a Carta. O controle das políticas do SUS pelo Poder Judiciário, em tese, não infirma as diretrizes do constituinte (...)²¹.

21 FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito / Programa de Pós- Graduação em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, São Paulo, p. 171. 2014. Disponível em: http://ieapp.unimep.br/biblioteca_digital/pdfs/

Então, depreende-se desse contexto que no direito à saúde deveria ser observado o princípio do acesso igualitário e universal, para que haja a efetiva igualdade da assistência à saúde, inclusive por meio de acesso a remédios, conforme estabelece o art. 7º, inciso IV da Lei 8.080/90²².

Ora, se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito a saúde, de forma ampla, ficou atrelado às políticas públicas, então, ante a vulnerabilidade do sistema de saúde brasileiro e a não incidência do direito fundamental a todos os usuários do SUS, isso representaria, ou não, uma violação sistemática ao direito à saúde e de acesso aos medicamentos?

Para tanto, é importante diligenciar no que consistiria e o que seria essa violação ao direito à saúde.

Serve como diretriz o registro contido no julgamento do STA n.º 175, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao acolher o pedido de fornecimento de remédio, pelo Sistema Único de Saúde, onde elencou uma série de pressupostos a serem observados com relação ao direito a saúde²³.

Nesse julgamento o Ministro Gilmar Mendes ponderou cada um dos elementos previstos no art. 196 da Carta Magna, dividindo-os em seis partes, da seguinte maneira: a) direito de todos; b) dever do Estado; c) garantido mediante políticas sociais e econômicas; d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos; e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; f) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação²⁴.

docs/11112014_105628_vinicius.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

22 BRASIL. Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA N.º 175, Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

24 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2022.

No tocante ao primeiro pressuposto, o Relator Ministro Gilmar Mendes asseverou que:

(...) esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (...)²⁵

E, nessa perspectiva, no segundo pressuposto foi observado que:

(...) a garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada (...)²⁶

Vale registrar que, quando o Ministro Gilmar Mendes fala do acesso universal e igualitário, menciona o posicionamento da Ministra Ellen Gracie, no qual ressalta que a efetivação de políticas públicas deve ter um alcance para toda a população²⁷.

E, ao se referir às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que:

(...) Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA N.º 175, Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em 16 fev. 2022.

26 Ibid.

27 Ibid.

prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determina política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. (...) Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica, e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los (...)²⁸

Ao final, observa-se que diante da litigiosidade excessiva, fixou-se como

paradigma a argumentação da “Medicina com base em evidências”, na qual o Ministro Gilmar Mendes apontou um protocolo de diretrizes terapêuticas do SUS de modo que, antes do Poder Judiciário optar pelo deferimento do pedido, deverá observar, caso não comprovada no processo, a ocorrência de ineficiência ou a impropriedade da política pública existente.

DIREITO A SAÚDE: DO ACESSO AO MEDICAMENTO E A POSSIBILIDADE DO USO DO ECI COMO SOLUÇÃO À VIOLAÇÃO DESSE DIREITO

28 Ibid.

Existe, portanto, uma constatação de que o direito a saúde, no Brasil, enfrenta sérios problemas e isso estimula a crescente demanda litigiosa, inclusive por parte dos usuários do sistema do SUS, em especial, na busca do acesso aos medicamentos.

O ingresso de ações judiciais representa o exercício de cidadania, para fins de efetivação dos direitos fundamentais sociais negados, o que, em contrapartida, gera uma exigência para aqueles que executam as políticas públicas, os quais devem equilibrar o pouco orçamento disponível com a crescente litigiosidade judicial.

Mas indaga-se: essa vulnerabilidade da saúde pública brasileira configuraria efetivamente uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais e uma falha estrutural no sistema pela falta de organização na gestão e no orçamento, fato que legitimaria o uso do ECI?

Ora, conforme Gianfranco Faggin Mastro Andréa os pressupostos do ECI seriam três:

- (a) o primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas;
- (b) o segundo pressuposto consiste na omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais caracterizada pela falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- (c) o terceiro pressuposto diz respeito à necessidade de expedição de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, buscando mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes;²⁹

Nessa perspectiva, analisando-se a questão da saúde pública brasileira, não seria uma falácia afirmar que se trata de um quadro de violação generalizada que afeta um espectro considerável de usuários do

29 ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Estado de coisas inconstitucional no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.67.

sistema SUS. Tal assertiva se encontra configurada no fato incontestável de que as demandas judiciais, por causa de direito a saúde, aumentaram 130% (cento e trinta por cento) no período de uma década³⁰.

Esse dado estatístico, encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), teve a finalidade de obter maiores subsídios para compreender o fenômeno da judicialização em massa do tema e tentar ofertar orientação nas políticas judiciais, de forma a atingir uma solução nos conflitos na área de saúde. Então, de forma superficial, pode-se dizer que é possível constatar, no país, um quadro de violação de direito generalizada no sistema SUS, que afeta um número representativo da população, principalmente a mais carente, sendo, ainda, um prejuízo sistemático do direito fundamental a saúde no Brasil.

Analisando a temática, objeto do presente estudo, surge o questionamento se há, ou não, a urgência de expedição de remédios e ordens direcionadas às várias instituições integrantes dos Poderes distintos, visando, com isso, uma reforma estrutural com uso de novas políticas ou ajustamento das políticas já existentes.

Na hipótese da saúde pública, ao utilizar os pressupostos do mecanismo do ECI, para averiguar se há a necessidade de reforma estrutural no âmbito da política pública e orçamentária, por meio da atuação do Poder Judiciário, depreende-se que a efetivação do direito à saúde, por meio de intervenção judiciária poderia ser um caminho.

Mas, daí a se configurar como a situação em que se exige do Poder Judiciário uma postura de coordenador institucional de políticas públicas, verifica-se que ainda não é o caso. Isso porque apesar de existir uma flagrante violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, bem como da configuração de defeitos estruturais na saúde

30 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

pública, existe, para o tema, no Brasil, o interesse político, assim como a presença de propostas legislativas e uma estrutura administrativa para lidar com o problema, que não legitimam, ainda, a intervenção judicial por meio do ECI.

O que legitimaria o Poder Judiciário a limitar despesas orçamentárias, reter verbas ou relocar recursos para fins de garantir a eficácia ao direito a saúde, em seu amplo aspecto? Assim, no caso das violações ao direito a saúde pelo SUS, há um limite à atuação judiciária para intervir, legitimamente, nas políticas de saúde, por meio da declaração do ECI, uma vez que somente se deflagra o uso dessa ferramenta quando se constata que há "(...) um estado avançado de violação ou proteção deficiente de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais iniciadas em omissões normativas inconstitucionais³¹".

Ora, apesar de existir uma violação generalizada ao direito a saúde pelo SUS, no Brasil, por existir interesse político para promover uma solução a esse problema, se esvaziaria um dos pressupostos do ECI.

Quanto ao pressuposto relativo à omissão do cumprimento do direito fundamental, pelo órgão estatal, indica com isso que há uma falha estrutural violando a efetivação desse direito, sistematicamente. Nesse contexto, muito oportuna a reflexão dada na ADPF n.º 347 MC/DF, por meio do voto do Ministro Marco Aurélio³², in verbis:

(...)O raciocínio lógico do ministro Aliomar Baleeiro vale para este processo, apenas sendo preciso considerar o sentido inverso. Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração

31 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 182.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 fev. 2022.

do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional.

(...)

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas internacional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

(...)

A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento. Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis.

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política de resolvê-los. Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O

tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.

Dessa forma, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.º 347/DF, manifestou-se contra o deferimento de declaração de Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito da saúde. Mas, vale, ainda, registrar que, guardadas as devidas diferenças, a população encarcerada brasileira, durante a pandemia do Covid-19, teve em seu favor a iniciativa do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) que apresentou Medida Cautelar Incidental no processo da ADPF n.º 347, considerado marco inicial do ECI no Brasil, solicitando medidas excepcionais para evitar contágio da doença e teve o pedido indeferido, amparando-se na existência da Recomendação n.º 62/2020 CNJ³³.

Depreende-se, portanto, que a correta interpretação do uso do ECI passa, pela concepção de que o ECI é um instituto muito complexo, e, como tal, somente pode ser usado em problemas igualmente complexos, estruturais e de grandes proporções, razão pela qual o uso dessa ferramenta deve ser feito de forma cautelosa.

CONCLUSÃO

A questão da saúde pública brasileira é um tema que chama atenção do debate nacional, por ser um assunto recorrente no meio acadêmico como também nos setores do poder público, pois está atrelado à eficácia dos direitos humanos.

A extensão do que significa o direito a saúde inclui, antes de tudo, o direito de o cidadão levar uma vida saudável, com acesso, de

33 FREITAS, Hyndara. **Coronavírus: STF derruba liminar de Marco Aurélio que conclamava por medidas a presos**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/coronavirus-stf-derruba-liminar-de-marco-aurelio-que-conclamava-por-medidas-a-presos-18032020>. Acesso em: 26 mar. 2022.

caráter universal e de igualdade, a esse direito. Nesse sentido, o cenário construído pela Constituição Federal de 1988 propiciou uma expansão do direito à saúde, por meio da facilitação da aproximação do cidadão ao Poder Judiciário, gerando uma litigiosidade excessiva no país, inclusive para salvaguardar o direito a saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos.

Por sua vez, o pedido de remédios disponíveis no SUS, no Brasil, é garantido constitucionalmente e pela Lei Orgânica da Saúde, mas é notória a deficiência de distribuição pública desses remédios pelo SUS.

Nesse contexto, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surgiria como um remédio, na medida que se trata de uma construção jurídica história da Corte Constitucional Colombiana para proteger direitos constitucionais que são violados de forma grave, massiva e reiteradamente.

A questão da possibilidade do uso, para resolver o problema de saúde pública, do instituto inovador do ECI, tal como foi objeto de estudo na ADPF n.º 347/DF, foi previamente descartada pelo Supremo Tribunal Federal.

A atitude do Supremo Tribunal Federal, ao não reconhecer o ECI na questão da saúde pública brasileira, não demonstrou estar omissa no enfrentamento urgente de que o Executivo e Legislativo devem cumprir com seus deveres institucionais: estabelecer e executar políticas, gerenciando o orçamento na área da saúde. Mas, sim, o Supremo Tribunal Federal demonstrou ponderação e compreensão das consequências e limites do uso do ECI, sendo cauteloso, apenas.

Dessa maneira, há a necessidade de aproximação dos poderes instituídos em uma agenda única em prol da saúde, a fim de serem propostas ações visando resultados hábeis para garantir a tutela da saúde para todos os cidadãos, de forma eficiente, e, se possível, sem a interferência do Poder Judiciário nas escolhas orçamentárias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Estado de coisas inconstitucional no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARROS, Allan Luiz Oliveira. Estado de Coisas Inconstitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47078/estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde

(SUS): princípios e conquistas. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Brasília, Ministério da Saúde 2000. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em 16 fev. 2022.

_____. Governo Federal. Artigo 25: Direito à saúde, bem estar e segurança. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/artigo-25deg-direito-a-saude-bem-estar-e-seguranca#:~:text=O%20de%20n%C3%BAmero%2025%20diz,quanto%20aos%20servi%C3%A7os%20sociais%20necess%C3%A1rios>. Acesso em 13 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 842866/MT. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602655477&dt_publicacao=03/09/2007. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 271286/RS. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 16 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA nº 175. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BORGES, D. da C. L.; UGÁ, M. A. D. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos

conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, mar./jul. 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: JusPodvim, 2016.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 13 fev. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-559. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Sentença T-068. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Sentença SU-250. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Sentença T-590. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Sentença T-289. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Sentença T-525. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm> Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Sentença T-153. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Sentença T-025. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

D'AVILA, Luciana Souza. SALIBA, Graciane Rafisa. A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social. *Revista Direito sanitário*, São Paulo v.17 n.3, p. 15-38, nov. 2016/fev. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127772>. Acesso em: 16 fev. 2022.

DEPRÁ, Vinicius Oliveira Braz. VALER, Willian. Estado de coisas inconstitucional: uma discussão na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal. XI SEMINÁRIO NACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. I Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14239>. Acesso em: 16 fev. 2022.

FREITAS, Hyndara. Coronavírus: STF derruba liminar de Marco Aurélio que conclamava por medidas a presos. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/coronavirus-stf-derruba-liminar-de-marco-aurelio-que-conclamava-por-medidas-a-presos-18032020>. Acesso em: 26 mar. 2022.

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de

Direito / Programa de Pós- Graduação em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, São Paulo, p. 171. 2014. Disponível em: http://iepapp.unimep.br/biblioteca_digital/pdfs/docs/11112014_105628_vinicius.pdf . Acesso em: 16 fev. 2022.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisa inconstitucional: perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>. Acesso em: 16 fev. 2022.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas públicas no Estado constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Sílvia Bandim. O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-31102011-100650/pt-br.php>. Acesso em 16 fev. 2022.

PANDOLFO, Mércia, DELDUQUE, Maria Célia, AMARAL, Rita Goreti. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Revista de Salud Pública**, v. **20**, n. **4**, **2018**. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/rsap/2012.v14n2/340-349/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PRÁTICA FORENSE

Diego Moura de Araújo

SENTENÇA CRIMINAL:
O CASO DOS CERTIFICADOS FALSOS
E A CORRUPÇÃO NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO DO AMAPÁ

O CASO DOS CERTIFICADOS FALSOS E A CORRUPÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO AMAPÁ¹

0055111-78.2018.8.03.0001

1ª VARA CRIMINAL DE MACAPÁ - MACAPÁ

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL – SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - CORRUPÇÃO PASSIVA, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR, USO DE DOCUMENTO FALSO E FAVORECIMENTO REAL - PRELIMINAR – INÉPCIA DA INICIAL – DENÚNCIA QUE NARRA A CONDUTA INDIVIDUALIZADA E O GRAU DE PARTICIPAÇÃO DE CADA RÉU - NÃO ACOLHIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS DE TRÊS RÉUS - CONDENAÇÃO – RÉU CONFUNDIDO COM OUTRO DETENTO COM MESMO PRENOME – PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO.

Vistos etc.

1 **Diego Moura de Araújo** é doutorando em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (2013). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco-MS (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2006). Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Macapá - TJAP. Professor adjunto da Universidade Federal do Amapá. Professor da Escola Judicial do Estado do Amapá e da Escola de Magistratura do Estado do Amapá. Formador de Formadores da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Autor do livro “Potencialidades dos Mecanismos de Desenvolvimento Limpo e Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação para Pagamento por Serviços Ambientais”. Membro do Conselho Editorial do periódico Diálogos na Fronteira e Nuevas Prácticas de Enseñanza para una Educación en Derechos Humanos. Membro coordenador do Livro Direitos Humanos Universais que se encontra no 5º Volume. Autor de livros e artigos jurídicos.

I – Do relatório

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de CARLENE ALFAIA MONTEIRO (art. 2º, §4º, II, da Lei nº 12.850/2013; art. 317, §1º, por três vezes; art. 349-A c/c art. 69, do CP), MÁRCIO RONEI DOS SANTOS FONSECA (art. 2º, §4º, II, da Lei nº 12850/2013; art. 317, §1º, por três vezes c/c art. 69, do CP), PATRIC PINHEIRO DO NASCIMENTO (art. 2º, §4º, II, da Lei nº 12.850/2013; art. 298, por três vezes; art. 304 c/c art. 69, do CP) e ALBERTO GONÇALVES NEGRÃO (art. 2º, §4º, II, da Lei nº 12.850/2013; art. 317, §1º, por três vezes; art. 349-A c/c art. 69, do CP), pelo fato de que os réus, durante o início de 2016 até março de 2018, no IAPEN, nesta capital, associaram-se de forma ordenada com o fim de cometer vários delitos, dentre os quais, corrupção passiva, falsificação de documento público, uso de documento público e ingresso de aparelho telefônico em instituição penitenciária. Tais práticas visavam, dentre outras coisas, facilitar a remissão do tempo de pena dos internos do IAPEN por meio de falsificação de diplomas de cursos de diversas instituições.

Durante a fase inquisitorial (IP nº 37/18), foram ouvidas diversas testemunhas e interrogados os acusados. Constam ainda: Relatório Técnico nº 27/18 emitido pela Secretaria de Justiça e Segurança Pública, fls. 08. Autos Circunstanciados de Busca e Apreensão, fls. 28,31 e 34, com apreensão de computadores, *pen drives*, *chips* de celular e uma arma de fogo. Auto de Apresentação e Exibição, fls. 37,38 e 39. Carta nº 54/18 do SENAI e demais faculdades e redes de ensino estaduais e nacionais. Análises de imagens dos celulares apreendidos com *prints* das conversas entre os réus e extratos bancários, fls. 68; 111 e ss., 750 e 768. Fichas dos internos que frequentaram a Escola São José, fls. 257 e ss.

Recebida a Denúncia, mov. 37. Resposta à acusação, movs. 55,56,57 e 79. Audiência de Instrução e Julgamento, movs. 136 e 174, com oitivas de várias testemunhas e interrogatório dos réus. Alegações finais

do MP pela absolvição do réu Alberto Gonçalves Negrão e condenação dos demais. Alegações finais das defesas, movs. 188,195,199 e 204, pela inépcia da denúncia e absolvição dos acusados.

Em síntese, é o breve relatório. Passo a decidir.

II – Da fundamentação

Trata-se de ação penal pública incondicionada, objetivando-se apurar no presente processado a responsabilidade criminal de CARLENE ALFAIA MONTEIRO, MÁRCIO RONEI DOS SANTOS FONSECA, PATRIC PINHEIRO DO NASCIMENTO e ALBERTO GONÇALVES NEGRÃO, já qualificados pelos delitos expostos na denúncia.

Quanto à preliminar de inépcia da inicial, além de descabida, uma vez que a denúncia narra a conduta individualizada e o grau de participação de cada réu, demonstra-se intempestiva, pois ela deveria ser arguida somente na fase do art. 396-A, do CPP (resposta à acusação), o que deveras foi rebatida na decisão de mov. 87.

Ultrapassada esta preliminar, passo à análise do *meritum causae*.

A priori, cabe salientar o excelente trabalho da Polícia Civil do Estado do Amapá que desbaratou uma quadrilha que permitiu de forma ilegal que inúmeros detentos do IAPEN, talvez centenas, obtivessem o benefício da progressão de regime ou remição de pena em virtude de utilização de diplomas falsos referentes a cursos que nunca foram realizados. As condutas dessa quadrilha além de afrontarem a Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais e as recomendações do CNJ, colocaram em descrédito o próprio Poder Judiciário que foi induzido a erro por meio de certidões falsas.

Dito isto, para fins didáticos, passarei à tipificação de cada delito como forma de facilitar a compreensão do *modus operandi* da quadrilha.

Corrupção passiva (art. 317, do CP)

A materialidade está comprovada por meio de recebimentos bancários, comprovados por extratos às fls. 115 e 768, IP, bem como pelas informações extraídas das conversas e dos *prints* de *whatsapp*, relatórios fls. 68 e 111 e ss., do IP. E tudo isto só pode ser extraído dos materiais apreendidos nos Autos de Apresentação e Exibição, fls. 37, 38 e 39, do IP, tais como celulares, *pen drives*, *chips* e documentos.

Em relação à autoria, as referidas conversas obtidas legalmente pela Delegacia de Polícia e o Relatório Técnico nº 27/18 da Secretaria de Justiça e Segurança Pública apontam que a ré Carlene Alfaia Monteiro recebia dinheiro para certificar ilegalmente que detentos tinham concluído cursos profissionalizantes no SEST/SENAI/SENAC, na Escola São José e em outras instituições. Ela foi chefe da Unidade de Assistência Escolar e Profissionalizante – UNAEP/IAPEN de 2016 a 2018 e a líder de um esquema criminoso que cobrava dinheiro de detentos para inserir dados falsos de cursos que nunca foram realizados por eles. Por esse esquema, segundo informações colhidas pelos informantes Anderson Alves Gonçalves e Eurlene Andrade da Silva no IP, verifica-se que a ré Carlene, como funcionária do IAPEN, solicitou R\$11.000,00 (onze mil reais) de cada informante para certificar sobre os falsos cursos. Ora o valor era pago a Carlene Alfaia, ora depositado na conta do Patric Pinheiro. De forma estranha, os depoimentos desses informantes foram negado em juízo.

De qualquer sorte, não são fatos isolados. Há depósitos bancários dos réus Patric Pinheiro para Carlene Alfaia no valor de R\$500,00 (quinhentos reais) também para finalidades escusas. Em conversas entre 03 e 23 de agosto/2018, (IP), o réu Patric Pinheiro acertou o pagamento de R\$2.000,00 (dois mil reais) para a acusada Carlene Alfaia por uma certidão do detento Eurlen Andrade Silva, a mesma pessoa que negou em juízo o depoimento prestado na esfera policial de um curso de 708h na Escola São

José. Em outra ocasião, Carlene negocia 01 (um) ano de curso também por R\$2.000,00 (dois mil reais). No dia 21 de agosto, novamente o réu Patric disse à ré Carlene que depositaria na conta desta o valor de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) de um total de R\$2.000,00 (dois mil reais) recebido do detento “NIL”.

Em que pese todas as evidências relatadas, a ré Carlene Alfaia nega a prática de corrupção passiva, afirmando que nunca cobrou dinheiro de detento algum e que teria recebido certidão falsa da esposa do réu Patric.

Por sua vez, também o réu Márcio Ronei está envolvido neste esquema criminoso de dentro do IAPEN. Embora negue a prática do delito em juízo, a atuação dele foi extremamente importante para o esquema, porque era professor e secretário da Escola São José, unidade de ensino que funcionava dentro do IAPEN. Afirmou que estava sendo ameaçado dentro do IAPEN, porém não chegou a dizer quem o estaria ameaçando bem como nunca registrou ocorrência sobre tal crime. Disse ainda que nunca recebeu dinheiro de detento, embora soubesse que os presos pagavam R\$500,00 (quinhentos reais) por certidão.

Todavia, as alegações do réu Márcio caem por terra por uma simples análise dos extratos de conversas entre ele e os réus Patric e Carlene, todos contidos no IP. Nas conversas, o réu Patric perguntou para a ré Carlene quanto Márcio cobrava e ela disse que seria o valor de R\$1.000,00 (mil reais). No dia 16 de agosto do ano das investigações, a ré Carlene disse ao acusado Patric que cancelaria o trabalho com o réu Márcio, tendo que devolver o dinheiro depositado no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) além de ter que cancelar as certidões enviadas à VEP. Em outro momento, o réu Patric precisa de um certificado de 1480h emitido pela Escola São José e pede a Carlene que faça a intermediação, pois o detento RYAN faria o pagamento. Em relatório de conversa, fls. 111 e ss., do IP, os réus Carlene e Márcio discutem sobre como dividiriam o valor de

R\$3.000,00 (três mil reais) que seria obtido com a certidão falsa do detento José Rodrigues Carvalho, tendo recebido resposta do réu Márcio de que eles teriam cobrado pouco, pois o correto seriam R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Em adição a isso, o réu Patric em interrogatório judicial, confessa parcialmente que pagou à ré Carlene R\$26.000,00 (vinte e seis mil reais) para contabilizar tempo falso de cumprimento de pena. Ele ainda informou que a ré Carlene cobrava dinheiro de vários detentos na penitenciária e que ela usava certidões originais e depois as replicava para outros presos do IAPEN.

Restou, portanto, evidente que os réus Carlene Alfaia, na qualidade de chefe do setor Administrativo do IAPEN e responsável pelas certidões de emissão de tempo de pena, e Márcio Ronei, professor e secretário da Escola São José, que funcionava no IAPEN, eram os funcionários públicos (art. 327, do CP) que solicitavam e recebiam vantagens indevidas dos detentos para fins de atestarem falso tempo de cursos profissionalizantes, o que enseja a causa de aumento prevista no art. 317, §1º, do CP. Por suas atuações ilegais, houve burla: i) aos arts. 126 a 130 da Lei de Execuções Penais; ii) à S. 341, do STJ, *verbis*: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou aberto” e iii) à Resolução do CNJ que trata sobre a matéria.

Assim, em razão da vantagem indevida, praticaram os réus atos de ofícios com a inserção de dados falsos no sistema penal, *verbis*: “O crime de corrupção ativa, assim como o delito previsto no art. 317 do Código Penal, pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, e a prática, o retardo ou a omissão de ato de ofício de sua competência” (STJ, HC 134985/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 24/6/2011). Nesse sentido, são fartos os entendimentos jurisprudenciais para a prática do delito de

corrupção passiva praticados pelos corrêus Carlene e Márcio, *verbis*:

“Aquele que solicita e recebe vantagem indevida, em seu nome ou de terceiro, incide nas penas do art. 317, *caput*, do Código Penal, não havendo de se falar na ausência de dolo específico quando sabedor do ilícito praticado intermediando negócio fraudulento praticado por outrem” (TJMS, ACr 2009.004006-3/0000-00, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJEMS 12/5/2010, p. 41).

“O crime de corrupção passiva se consuma tão só com a exigência da vantagem indevida ou a sua aceitação, independente do resultado pretendido. [...]” (STJ, HC 89119/PE, Rel.^a Min.^a Jane Silva [Des. convocada do TJ/MG], DJ 12/11/2007, p. 271).

“Para a configuração do delito de corrupção passiva é necessário que o ato de ofício em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público” (Precedentes do STJ e do STF) (STJ, REsp. 825340/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5^a T., DJ 25/9/2006, p. 305).

Falsificação de documento particular (art. 298, do CP)

358

A materialidade do art. 298, do CP, é deduzida pelo Relatório Técnico nº 27/18 da Secretaria de Justiça e Segurança Pública, fls. 08, do IP; Carta nº 54/18 do SENAI/AP informando que 70% dos nomes dos detentos enviados pela Polícia àquela instituição apresentam certificação inexistente, fls. 61 e ss, do IP; fichas dos internos da Escola São José, fls. 257 e ss., do IP além dos ofícios de várias instituições de ensino apontando quem seriam os reais concludentes dos cursos profissionalizantes realizados. Ademais, os materiais apreendidos nos Autos de Apresentação

e Exibição, fls. 37, 38 e 39, do IP, tais como celulares, *pen drives*, *chips* e documentos comprovam a falsificação documental.

Em relação à autoria, o réu Patric Pinheiro confessa, em juízo e no inquérito Policial, que praticou os crimes de falsificação com a ajuda dos corréus Carlene e Márcio, que era a servidora que detinha o controle do esquema criminoso com a inserção falsa de dados de cumprimento de pena. Às fls. 41, do IP, afirma: "...que confessa que também participou do 'esquema' de emissão de certificados de conclusão de cursos profissionalizantes falsos, e indevida inclusão de tais certificados nos respectivos processos de execução de pena, para indevidos benefícios de remição de pena; que alega que estavam envolvidos no 'esquema' a representa CARLENE ALFAIA MONTEIRO, e os demais servidores do IAPEN, MÁRCIO, que é lotado na 'escola do IAPEN', e a nacional conhecida como 'JUCE'..."

Como se não bastasse, as conversas colhidas por meio de *whatsapp* confirmam a falsificação de documentos, tais como o relatório colhido entre 03 e 23 de agosto/2018, IP, onde o réu PATRIC combina a falsificação de certidões dos cursos de Faculdade de Teologia e Ciências Humanas – FATECH e do Instituto Betel de Ensino Superior/EAD. Segundo os réus, 01 (um) ano completo nesses cursos equivaleria a 4.320h. O réu Patric, além de agenciar documentos falsos diretamente com a ré Carlene e acertar a quantia devida pelos certificados, também se preocupava em falsificar o carimbo das instituições e adequar o tamanho do papel dos certificados. Em outra ocasião, o réu PATRIC tem a preocupação de modificar da forma mais precisa possível a numeração de registro, número e página do certificado do SENAI dos detentos ANDERSON, ELY e RYAN, gerando certo nervosismo entre os réus. O esquema criminoso acertava ainda os horários em que deveriam atuar, pois não queriam que ocorresse na hora em que funcionava a Escola do IAPEN, ou seja, a Escola São José. Por fim, os réus cogitaram, para facilitar suas séries de crimes, corromper alguém dentro do SENAI.

Destarte, configurado está a materialidade e a autoria delitiva por parte do réu PATRIC PINHEIRO da confecção de diplomas falsos de cursos profissionalizantes para fins de serem entregues aos demais réus MÁRCIO e CARLENE a fim de garantirem a contagem de tempo falso de detentos que resolvessem pagar pela “empreitada criminosa”. Embora o crime de falsificação de documento particular seja um crime formal, de mera atividade, que não se exija o dano concreto, no caso em debate, o dano existiu, exaurindo-se o delito, uma vez que inúmeros detentos foram beneficiados e progrediram de pena por conta de certidões falsas de cursos não realizados, *verbis*:

“O delito disposto no art. 298 do Estatuto Repressivo é de perigo abstrato, bastando a falsificação ou modificação do documento para que reste configurado risco de dano à fé pública, que é presumido” (STJ, RHC 22989/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 1º/6/2011).

“O crime previsto no artigo 298, do Código Penal, caracteriza-se e consuma-se com a sua efetiva falsificação ou alteração. Trata-se de crime formal e de consumação instantânea” (TJMS, ACr.-Recl. 2010.012587-7/0000- 00, Rel. Desig. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, DJEMS 21/7/2010, p. 34).

Por outro lado, não restou caracterizado o crime de uso de documento falso por Patric (art. 304, do CP), haja vista não ter sido colhidas provas suficientes para isso.

Ingresso ou facilitação de entrada de aparelho telefônico (art. 349-A, do CP)

A materialidade e autoria restaram comprovadas pelos relatórios de conversas colhidos no IP entre 27/07 e 19/08/2018.

Quanto à autoria do réu Alberto Gonçalves Negrão, ela restou duvidosa, haja vista existirem fortes indícios de que ele tenha sido confundido com outro detento, também de prenome ALBERTO com alcunha

de “BETO”. Neste sentido, apontou o MP nas alegações finais ao defender o princípio do *in dubio pro reo* e o respectivo pedido pela absolvição deste réu, o que acolho tendo em vista a inexistência de cabal certeza de que ele seria a pessoa que conversava com a ré CARLENE a respeito do ingresso de celulares no presídio.

Todavia, em que pese a absolvição do réu ALBERTO GONÇALVES NEGRÃO, a conduta da ré CARLENE continua sendo criminosa, uma vez que ela agencia com uma pessoa de alcunha “BETO” o ingresso de vários celulares e respectivos carregadores no IAPEN, em conversa colhida entre 27/07 e 19/08/2018, IP. Nestas mensagens por meio de aplicativo, a ré acerta com uma pessoa de prenome RYAN que facilitaria a entrada de aparelhos telefônicos no IAPEN mediante respectivo pagamento, o que deveras foi realizado. No dia 08/08/2018, a ré informa a “BETO” que deixou fone e carregador do celular dentro da gaveta de saco de lixo no meio de sacolas pretas. Ela diz para “BETO” pegar esses aparelhos sob a alegação de que iria buscar “pão de forma” que deixou na gaveta onde fica o fogão. Novamente, em 16 de agosto de 2018, a ré acerta a facilitação de mais 02 (dois) celulares com RYAN, afirmando para “BETO” que pegaria tudo de uma só vez. Em 19 de agosto, a ré CARLENE demonstra sentir-se aliviada nas mensagens, porque não teria pego os celulares que ela ingressou no IAPEN pela revista ocorrida pela promotora.

Destarte, não há dúvida de que a ré CARLENE, aproveitando-se da qualidade de funcionária pública, ingressava, facilitava e intermediava a entrada de aparelhos celulares dentro do IAPEN mediante pagamento. Tal conduta delitiva viola o bem jurídico da Administração da Justiça e enseja a prática de crimes de dentro do presídio por meio de celulares além de prejudicar a ressocialização dos detentos. Neste sentido:

“Inconstitucionalidade. A proibição de ingresso com aparelho de telefonia móvel em estabelecimento prisional, instituída pela Lei nº 12.012/2009, tem

por bem juridicamente protegido a administração da justiça e caracteriza delito de perigo abstrato. É ingênuo desconsiderar a potencialidade lesiva que um aparelho de telefonia celular representa em um estabelecimento prisional, assim como soa simplista a tese de que a instituição deste crime fere a Convenção Americana de Direitos Humanos, no ponto em que, no art. 13, protege a liberdade de manifestação do pensamento. Não há que se falar em derrogação de norma penal por presumível inconstitucionalidade reflexa. Prejudicial de inconstitucionalidade do tipo penal que se rejeita. Favorecimento real. Incide nas penas do art. 349-A do Código Penal o agente que ingressa em estabelecimento prisional com aparelho de telefonia celular” (TJ-DFT, Processo: 20160110159664APJ, Rel. Des. Aiston Henrique de Sousa, DJe 08/09/2016).

Promover organização criminosa (art. 2º, §4º, II, da Lei nº 12.850/2013)

Em que pese a não caracterização do crime de promoção de organização criminosa previsto na Lei nº 12.850/2013 pela ausência de elemento objetivo, isto é, a não caracterização de 04 (quatro) réus, isso por conta da absolvição do réu ALBERTO GONÇALVES NEGRÃO, entendo existente o crime de associação criminosa previsto no art. 288, do CP, alterado pela Lei nº 12850/2013. Sendo assim, para a caracterização do crime do art. 288, do CP é preciso apenas os seguintes elementos: 1) a conduta de se associarem 03 (três) ou mais pessoas e 2) com a finalidade específica de cometerem crimes.

É o que se verifica nos autos. Os corréus CARLENE ALFAIA, PATRIC PINHEIRO e MARCIO RONEI uniram-se em uma sociedade criminosa (*societas delinquendi*), pois já se conheciam e cooperavam entre si no período de 2016 a 2018, não sendo, portanto, algo episódico e eventual. Ademais, a união dos três réus tinha objetivo claro

de cometer crimes de falsificação de documento, ingresso ou facilitação de entrada de celulares no IAPEN e, principalmente, solicitar e receber dinheiro dos detentos em troca de diminuição de tempo de pena para remição conseguido por meio de certificados falsos. Não é outro o entendimento da jurisprudência:

“Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente, de concurso necessário e independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*, além de ser inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas e de subsistir autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos ou tenha havido a extinção da punibilidade dos agentes em relação a eles” (TRF-1ª Reg., HC 0001139-31.2014.4.01.0000/GO, Rel. Des. Fed. Henrique Gouveia da Cunha, DJe 7/3/2014).

A materialidade e autoria delitiva do crime de associação criminosa restaram comprovadas fartamente pelos documentos juntados aos autos, mormente Relatório Técnico nº 27/18 da Secretaria de Justiça e Segurança Pública, fls. 08, do IP; Carta nº 54/18 do SENAI/AP; Auto de Apresentação e Exibição, fls. 37 e ss., do IP; extratos bancários; análise de imagens de celulares e *prints* de conversas entre os corrêus, tudo confirmado pelo Laudo de Perícia Criminal, fls. 579 e ss., do IP. Junte-se a isso a confissão do réu PATRIC, que em juízo confirmou o esquema criminoso instalado no IAPEN bem como a liderança da ré CARLENE nessa organização criminosa.

Novamente, acolho a posição dos Tribunais a respeito da efetiva consumação desse crime, *verbis*:

“Tratando-se de crime formal, é suficiente para a configuração do delito de formação de quadrilha (atual associação criminosa), nos termos do art. 288 do Código Penal – CP (na redação antiga, vigente à época), a associação de mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes, não sendo necessária a efetiva prática de delitos” (HC 95.802/

MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/5/2015) (STJ, AgRg no AREsp 747.868/DF, Rel. Min. Ericson Maranhão – Desembargador convocado do TJ-SP, 6ª T., DJe 04/12/2015).

“Tratando-se de crime formal, consuma-se com a reunião criminosamente ordenada do grupo, independentemente da efetiva consumação dos crimes acordados, como crime de perigo tipificado para a proteção da paz pública” (STJ, HC 200.444/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/03/2015).

Continuidade delitiva (art. 71, CP)

Por fim, ainda em relação ao crime de corrupção passiva (CARLENE e MÁRCIO), falsificação de documento (PATRIC) e ingresso e facilitação de aparelhos celulares (CARLENE), há de se perceber, conforme demonstrado acima que foram diversas as condutas criminosas, pois vários foram os detentos (ainda alguns procurados pela Polícia, pois obtiveram progressão indevida de pena) que receberam benefícios penais em decorrência de atestados falsos de cursos. Destarte, todas essas condutas ilícitas foram praticadas segundo o mesmo *modus operandi* em relação às condições de tempo, lugar e maneira de execução, estendendo-se, pelo menos dos anos de 2016 a 2018, o que denota uma continuidade delitiva. Pela gravidade da conduta praticada, isto é, pela consequência gerada em induzir erroneamente à Justiça por meio da Vara de Execução Penal a colocar em liberdade, remir pena ou mesmo progredir a pena de detentos que não possuía tal direito, o que demonstra desprezo pela Justiça, abalo social e além de provocar forte insegurança jurídica, a pena deve ser aumentada no patamar máximo de 2/3 (art. 71, do CP).

III – Do dispositivo

Ex positis, e tudo mais que nos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos formulados na denúncia, para condenar os réus **CARLENE ALFAIA MONTEIRO nos crimes previstos nos art.317, §1º e art. 349-A c/c art. 71, todos do CP e art. 288 c/c art. 69, todos do CP; MÁRCIO RONEI DOS SANTOS FONSECA, nas sanções previstas nos arts. 317, §1º c/c art. 71, todos do CP e art. 288 c/c art. 69, do CP e PATRIC PINHEIRO DO NASCIMENTO, nas sanções do art. 298 c/c art. 71, todos do CP e art. 288 c/c art. 69, do CP**, ao tempo em que passo a dosar a respectiva pena a ser-lhe aplicada em estrita observância ao disposto pelo art. 68, *caput*, do CP; arts. 5º, XLVI e 93, IX, ambos da CF. Para fins de dosimetria, cada réu será analisado individualmente pelos crimes que cometeu.

1 - CARLENE ALFAIA MONTEIRO

*Corrupção passiva (art. 317, §1º, do CP)

Analisadas as diretrizes do art. 59, do CP, denoto que a ré agiu com culpabilidade extremamente grave, porque a conduta cometida por ela facilitou a remição indevida de pena e da progressão de regime de dezenas ou até centenas de presos que não teriam direito, o que provocou abalo no sistema penitenciário do Estado do Amapá e extremo descrédito na Justiça; é tecnicamente primária; não há elementos para se apurar a conduta social e a personalidade; o motivo do delito é o desejo de obter vantagem indevida, o que já faz parte do próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais à espécie; as conseqüências foram péssimas, pois liberou do sistema penitenciário inúmeros presos, que

não tinham se ressocializado inteiramente, provocando um verdadeiro caos social, isto é, profunda desconfiança e instabilidade local; a vítima principal é o Estado. São razoáveis as condições econômicas da ré por ser analista administrativo (servidor público). À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 99 (noventa e nove) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP. Não há circunstâncias atenuantes. Há a agravante do art. 62, I, do CP (liderança da atividade criminosa), já que a ré era a líder da quadrilha, detendo o poder de comando sobre os demais componentes do grupo criminoso ao agendar tarefas, programando crimes e exercer autoridade e influência sobre os presos do IAPEN, motivando a dosagem da pena em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão. Não há causas de diminuição. Existe a causa de aumento prevista no §1º, do art. 317, CP (praticar ato de ofício infringindo dever funcional) passando a pena a ser dosada em 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 185 (cento e oitenta e cinco) dias-multa.

Pela ocorrência do crime continuado (art. 71, do CP), a pena do crime de corrupção deverá ser aumentada em 2/3 em função da extrema gravidade e das consequências geradas, ficando dosada em definitivo no patamar de **11 anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 320 (trezentos e vinte) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP.**

*Ingresso de aparelho telefônico em sistema prisional (art. 349-A, do CP)

Analisadas as diretrizes do art. 59, do CP, denoto que a ré agiu com culpabilidade normal à espécie; é tecnicamente primária; não há

elementos para se apurar a conduta social e a personalidade; o motivo do delito é o desejo de burlar o sistema prisional ao inserir aparelho telefônico indevidamente dentro da penitenciária, o que já faz parte do próprio tipo penal; as circunstâncias e consequências não fogem à regularidade; a vítima principal é o Estado. São razoáveis as condições econômicas da ré por ser analista administrativo (servidor público). À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 03 (três) meses de detenção. Não há circunstâncias atenuantes. Há a agravante do art. 62, I, do CP (liderança da atividade criminosa), motivando a dosagem da pena em 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção. Não há causas de diminuição e aumento de pena.

Pela ocorrência do crime continuado (art. 71, do CP), a pena do crime deverá ser aumentada em 2/3 em função da extrema gravidade e das consequências geradas, ficando dosada em definitivo no patamar de **05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção.**

*Associação criminosa (art. 288, do CP)

Analisadas as diretrizes do art. 59, do CP, denoto que a ré agiu com culpabilidade grave ao se associar com os outros corréus para cometer crimes que procuraram desestabilizar as instituições do IAPEN e do próprio Poder Judiciário; é tecnicamente primária; não há elementos para se apurar a conduta social e a personalidade; o motivo do delito é o desejo de se constituir uma sociedade criminosa, o que já faz parte do próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais e as consequências foram péssimas, porque permitiu a remissão e a progressão de pena de dezenas ou centenas de detentos que não tinham ainda o direito e nem estavam ressocializados; a vítima principal é o Estado. São razoáveis as condições econômicas da ré por ser analista administrativo (servidor

público). À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Não há atenuantes. Há a agravante do art. 62, I, do CP (liderança da atividade criminosa), motivando a dosagem da pena em **02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**. Não há causas de diminuição e aumento de pena, motivo pelo qual torno em definitivo o patamar anterior para o crime de associação criminosa.

Há, por fim, o concurso material de crimes (art. 69, do CP), fazendo com que todos os crimes cometidos pela ré devam ser somados. **Destarte, a pena em definitivo fica estabelecida em 14 (quatorze) anos e 07 (sete) meses de reclusão; 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção e ao pagamento de 320 (trezentos e vinte) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP, devendo-se respeitar, portanto, o concurso de infrações do art. 76, do CP.**

Em consonância com o disposto pelo art. 33, §2º, “a”, do CP, a ré deverá cumprir a pena em regime fechado. Por sua vez, considerando que: I) a ré é líder da associação criminosa possuindo forte influência no IAPEN e nos detentos; II) a influência da associação criminosa não se refere apenas aos detentos, podendo ter se estendido até no Sistema S (SENAI), conforme conversas captadas pela inteligência da Polícia Civil; III) a gravidade dos crimes praticados que provocaram um verdadeiro “bug” nos sistema prisional amapaense com a contagem fictícia de prazos de remissão e progressão de pena de detentos que não tinham direito; IV) não se sabe ao certo o número de detentos atingidos por esse esquema criminoso que pode passar de várias dezenas, alguns deles com processos

já instaurados nesta 1ª Vara Criminal; V) o descaso praticado frente ao Poder Judiciário que fora induzido a erro, não podendo servir de chacota e descrédito públicos; VI) o abalo social provoca insegurança pública em ter sido posto em liberdade presos que não teriam direito e que podem voltar a cometer delitos; VII) toda a atividade delituosa era efetuada por via contato por mídias sociais (*whatsapp*), incluindo envio de comprovantes de extratos bancários da propina paga; VIII) a prisão domiciliar não impede que a ré continue utilizando-se de aplicativos de mensagem para coordenar novos crimes de corrupção e manter contato com os presos e outros agentes públicos também corrompidos; IX) a existência de filhos menores não pode obstar a aplicação da lei penal, uma vez que eles podem ser cuidados por outros familiares; X) a prisão domiciliar é ineficiente quando se verifica que a ré ainda pode dar prosseguimento à prática delitiva na sua própria residência, ao continuar sendo um perigo à ordem pública, **REVOGO A DECISÃO QUE AUTORIZOU A PRISÃO DOMICILIAR e, em ato contínuo DETERMINO A IMEDIATA PRISÃO da ré CARLENE ALFAIA MONTEIRO, por fundamento da garantia da ordem pública, evitando que ela possa reiterar na conduta delitiva (arts. 312, 316 e 387, §1º, ambos do CPP). À Secretaria para expedição de urgente mandado de prisão. Sendo assim, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade e determino a expedição de MANDADO DE PRISÃO.**

Quanto ao valor mínimo da condenação (art. 387, IV, do CPP) deixo de aplicá-lo à ré tendo em vista a ausência de pedido da parte ou do MP, atendendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa, corroborada pelo entendimento do egrégio TJAP.

Ademais, condeno a ré ao pagamento de custas processuais, art. 804, do CPP.

2 – MARCIO RONEI DOS SANTOS FONSECA

*Corrupção passiva (art. 317, §1º, do CP)

Analisadas as diretrizes do art. 59, do CP, denoto que o réu agiu com culpabilidade extremamente grave, porque a conduta cometida facilitou a remição indevida de pena e da progressão de regime de dezenas ou até centenas de presos que não teriam direito, provocando abalo no sistema penitenciário do Estado do Amapá e extremo descrédito na Justiça; é tecnicamente primário; não há elementos para se apurar a conduta social e a personalidade; o motivo do delito é o desejo de obter vantagem indevida, o que já faz parte do próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais à espécie; as consequências foram péssimas, pois liberou do sistema penitenciário inúmeros presos, que não tinham se ressocializados inteiramente, provocando um verdadeiro caos social, isto é, profunda desconfiança e instabilidade local; a vítima principal é o Estado. São razoáveis as condições econômicas do réu por ser professor (servidor público). À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 99 (noventa e nove) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP. Não há circunstâncias atenuantes e agravantes. Não há causas de diminuição. Existe a causa de aumento prevista no §1º, do art. 317, CP (praticar ato de ofício infringindo dever funcional) passando a pena a ser dosada em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

Pela ocorrência do crime continuado (art. 71, do CP), a pena do crime de corrupção deverá ser aumentada em 2/3 em função da extrema gravidade e das consequências geradas, ficando dosada em definitivo no patamar de **10 (dez) anos de reclusão e ao pagamento de 290 (duzentos e noventa) dias-multa, cada um no equivalente**

a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP.

*Associação criminosa (art. 288, do CP)

Analisadas as diretrizes do art. 59, do CP, denoto que o réu agiu com culpabilidade grave ao se associar com os outros corréus para cometer crimes que procuraram desestabilizar as instituições do IAPEN e do próprio Poder Judiciário; é tecnicamente primário; não há elementos para se apurar a conduta social e a personalidade; o motivo do delito é o desejo de se constituir uma sociedade criminosa, o que já faz parte do próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais e as consequências foram péssimas, porque permitiu a remissão e a progressão de pena de dezenas ou centenas de detentos que não tinham ainda o direito e nem estavam ressocializados; a vítima principal é o Estado. São razoáveis as condições econômicas do réu por ser professor (servidor público). À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**. Como não há atenuantes, agravantes e tampouco causas de diminuição e aumento de pena, torno-a em definitivo o patamar anterior para o crime de associação criminosa.

Há, por fim, o concurso material de crimes (art. 69, do CP), fazendo com que todos os crimes cometidos pelo réu devam ser somados. **Destarte, a pena em definitivo fica estabelecida em 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 290 (duzentos e noventa) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP.**

Em consonância com o disposto pelo art. 33, §2º, “a”, do CP, o réu deverá cumprir a pena em regime fechado. Por sua vez, considerando

que: I) a influência da associação criminosa não se refere apenas aos detentos, podendo ter se estendido até no Sistema S (SENAI), conforme conversas captadas pela inteligência da Polícia Civil; II) a gravidade dos crimes praticados que provocaram um verdadeiro “bug” nos sistema prisional amapaense com a contagem fictícia de prazos de remissão e progressão de pena de detentos que não tinha direito; III) não se sabe ao certo o número de detentos atingidos por esse esquema criminoso que pode passar de várias dezenas, alguns deles com processos já instaurados nesta 1ª Vara Criminal; IV) o descaso praticado frente ao Poder Judiciário que fora induzido a erro, não podendo servir de chacota e descrédito públicos; V) o abalo social provoca insegurança pública em ter sido posto em liberdade presos que não teriam direito e que podem voltar a cometer delitos; VI) toda a atividade delituosa era efetuada por via contato por mídias sociais (*whatsapp*), incluindo envio de comprovantes de extratos bancários da propina paga; VII) a prisão domiciliar não impede que o réu continue se utilizando de aplicativos de mensagem para dar continuidade a novos crimes de corrupção e manter contato com os presos e outros agentes públicos também corrompidos; VIII) a prisão domiciliar só foi aplicada ao réu por extensão à decisão anterior que fixou a mesma medida à ré Carlene; IX) a prisão domiciliar é ineficiente quando se verifica que o réu ainda pode dar prosseguimento à prática delitativa na sua própria residência, ao continuar sendo um perigo à ordem pública, **REVOGO A DECISÃO QUE AUTORIZOU A PRISÃO DOMICILIAR e, em ato contínuo DETERMINO A IMEDIATA PRISÃO da ré MARCIO RONEI DOS SANTOS FONSECA, por fundamento da garantia da ordem pública, evitando que ele possa reiterar na conduta delitativa (arts. 312, 316 e 387, §1º, ambos do CPP). À Secretaria para expedição de urgente mandado de prisão. Sendo assim, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade e determino a expedição**

de MANDADO DE PRISÃO.

Quanto ao valor mínimo da condenação (art. 387, IV, do CPP) deixo de aplicá-lo à ré tendo em vista a ausência de pedido da parte ou do MP, atendendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa, corroborada pelo entendimento do egrégio TJAP.

Ademais, condeno o réu ao pagamento de custas processuais, art. 804, do CPP.

3 – PATRIC PINHEIRO DO NASCIMENTO

* Falsificação de documento particular (art. 298, do CP)

Analisadas as diretrizes do art. 59, do CP, denoto que o réu agiu com culpabilidade extremamente grave, porque a conduta cometida facilitou a emissão de certificados falsos de conclusão de cursos inexistentes, burlando a S. 341, do STJ, a Lei de Execução Penal e a Resolução do CNJ que trata sobre o tema; apresenta condenação por crime de roubo e falsidade documental, sendo uma das condenações analisadas como maus antecedentes e a outra como reincidência; não há elementos para se apurar a conduta social e a personalidade; o motivo do delito é o desejo de macular a integridade de documentos particulares, o que já faz parte do próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais à espécie; as consequências foram péssimas, pois a falsificação permitiu a liberação do sistema penitenciários de inúmeros presos, que não tinham se ressocializados inteiramente, provocando um verdadeiro caos social, isto é, profunda desconfiança e instabilidade local; a vítima principal é o Estado. São razoáveis as condições econômicas do réu, por ser microempresário. À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 141 (cento e quarenta e um) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto

no art. 60, do CP. Há a atenuante da confissão (art. 65, III, d, do CP) e a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP) que por se equivalerem não serão valoradas segundo entendimento do STJ. Na ausência de causas de diminuição e aumento de pena, fixo-a em definitivo no *quantum* anterior.

Pela ocorrência do crime continuado (art. 71, do CP), a pena do crime de falsidade deverá ser aumentada em 2/3 em função da extrema gravidade e das consequências geradas, ficando dosada em definitivo no patamar de **04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP.**

*Associação criminosa (art. 288, do CP)

Analisadas as diretrizes do art. 59, do CP, denoto que o réu agiu com culpabilidade grave ao se associar com os outros corréus para cometer crimes que procuraram desestabilizar as instituições do IAPEN e do próprio Poder Judiciário; apresenta condenação por crime de roubo e falsidade documental, sendo uma condenações analisadas como maus antecedentes e a outra como reincidência; não há elementos para se apurar a conduta social e a personalidade; o motivo do delito é o desejo de se constituir uma sociedade criminosa, o que já faz parte do próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais e as consequências foram péssimas, porque permitiu a remissão e a progressão de pena de dezenas ou centenas de detentos que não tinham ainda o direito e nem estavam ressocializados; a vítima principal é o Estado. São razoáveis as condições econômicas do réu, por ser microempresário. À vista dessas circunstâncias

analisadas individualmente, fixo a pena base em **02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão**. Há a atenuante da confissão (art. 65, III, d, do CP) e a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP) que por se equivalerem não serão valoradas segundo entendimento do STJ. Na ausência de causas de diminuição e aumento de pena, fixo-a em definitivo no *quantum* anterior.

Há, por fim, o concurso material de crimes (art. 69, do CP), fazendo com que todos os crimes cometidos pela ré devam ser somados. **Destarte, a pena em definitivo fica estabelecida em 06 (seis) anos e 11 (onze) meses de reclusão e ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, cada um no equivalente a um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60, do CP.**

Em consonância com o disposto pelo art. 33, §2º, “a”, do CP, o réu deverá cumprir a pena em regime fechado, por ser reincidente em crime doloso.

Por sua vez, considerando a reincidência do réu, o fato de que se encontra preso desde o início da ação penal e que, uma vez solto, ainda pode continuar a praticar delitos, mantenho-o no estado em que se encontra, negando-lhe a possibilidade de recorrer em liberdade.

Quanto ao valor mínimo da condenação (art. 387, IV, do CPP) deixo de aplicá-la ao réu tendo em vista a ausência de pedido da parte ou do MP, atendendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa, corroborada pelo entendimento do egrégio TJAP.

Condeno o réu ao pagamento de custas processuais, art. 804, do CPP.

Oportunamente, após o trânsito em julgado desta decisão, tomem-se as seguintes providências para os três réus acima:

1) Comunique-se ao Juízo Eleitoral onde estão inscritos os condenados para suspensão de seus direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da condenação (art. 15, III, da CF e 71, §2º, do CE).

2) Promova-se o recolhimento do valor aplicado a título de multa;

3) Façam-se as devidas anotações e comunicações, expeça-se carta guia de sentença e arquivem-se;

4) Expeça-se mandado de prisão para os réus CARLENE ALFAIA MONTEIRO e MARCIO RONEI DOS SANTOS FONSECA.

ALBERTO GONÇALVES NEGRÃO

PELO EXPOSTO e, considerando tudo o mais que dos autos constam, JULGO IMPROCEDENTE A DENÚNCIA para, em consequência, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, ABSOLVER o réu **ALBERTO GONÇALVES NEGRÃO** da imputação que lhe foi feita. Sem custas. Expeça-se imediato REVOGAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR se por *a/* não estiver preso. Após o trânsito em julgado, façam-se as devidas anotações e comunicações, e arquivem-se. Sentença publicada em audiência, saindo as partes devidamente intimadas.

P. Registro eletrônico. Intimem-se.

Macapá, 06/09/2019.

Diego Moura de Araújo

Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Macapá – TJAP

Esta Revista Esmape Online foi produzida pela
Assessoria de Comunicação Social do
Tribunal de Justiça de Pernambuco
(Ascom TJPE) em 2022

Núcleo de Design:

Fernando Gonçalves

Núcleo de Publicidade:

Mariana Ferreira Pellizzi

Designer:

Marcos Costa

Revisor e Assessor Adjunto de Comunicação Social:

Francisco Shimada

Assessor de Comunicação Social:

Saulo Moreira



TJPE