



PODER JUDICIÁRIO
ACADEMIA JUDICIAL
de Santa Catarina

DIREITO E GESTÃO — JUDICIÁRIA —

Marcelo Pizolati
Organizador

ISBN 978-65-87982-07-6

Marcelo Pizolati
Organizador

Direito e Gestão Judiciária

Edição Eletrônica

Florianópolis

2022

ACADEMIA JUDICIAL

CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Desembargador João Henrique Blasi

Desembargador Altamiro de Oliveira

Desembargadora Denise Volpato

Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

Desembargador Diogo Nicolau Pítsica

Juiz de Direito Maurício Cavallazzi Póvoas

Juíza de Direito Ana Luisa Schmidt Ramos

Juiz de Direito Silvio José Franco

Juiz de Direito Fernando Speck de Souza



Academia Judicial

Rua Almirante Lamego, 1386 – Centro,
Florianópolis/SC, 88015-601 Fone: (48) 3287-2801

academia@tjsc.jus.br | www.tjsc.jus.br/academia

FICHA CATALOGRÁFICA

D598 Direito e gestão judiciária [recurso eletrônico] / Marcelo Pizolati,
organizador. Dados eletrônicos. - Florianópolis : CEJUR, 2022.

Modo de acesso: < >

ISBN: 978-65-87982-07-6

1. Direito. 2. Gestão judiciária. I. Título.

CDDir: 340

EDITORIAL

Artigos científicos produzidos pelos alunos do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito e Gestão Judiciária – Turma 2018/2019. Trata-se de uma compilação de temas nos quais os magistrados catarinenses se aperfeiçoaram, pautados pela ética e pelo profissionalismo na aplicação da legislação vigente, com o objetivo de exercer o papel de líder em sua equipe de trabalho, sendo capazes de gerir os recursos materiais e humanos disponíveis em sua unidade judicial e de guiar suas condutas na aplicação de princípios de formação humanística, ética, cultural, psicológica, ideológica, social, científica e tecnológica norteados pelo Poder Judiciário de Santa Catarina.

**O conteúdo deste livro é de responsabilidade dos autores
e não expressa qualquer posição técnica ou institucional do
Poder Judiciário de Santa Catarina**

SUMÁRIO

O MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU E A LITIGIOSIDADE DE MASSA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE ATIVA DO JUIZ PARA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS	
Aline Avila Ferreira dos Santos	12
JUSTIÇA RESTAURATIVA E A GESTÃO DE CONFLITOS FAMILIARES DECORRENTES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	
Bruna Luíza Hoffmann.....	44
O TEMPO, OS PROCEDIMENTOS PENAIS E A LEI N. 11.340/2006	
Caroline Freitas Granja	65
DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE PERÍCIA COMPLEXA COM BASE EM CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA FINS DE BALIZAR A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA	
Catherine Recouvreux.....	115
POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: PARÂMETROS PARA A LEGÍTIMA ATUAÇÃO JUDICIAL	
Edipo Costabeber.....	136
A CONTRIBUIÇÃO DA COESÃO PARA A ATIVAÇÃO DAS RELAÇÕES DE SENTIDO NOS RELATÓRIOS DE SENTENÇAS CÍVEIS	
Eduardo Veiga Vidal.....	163
OS CAMINHOS PERCORRIDOS PELOS JUÍZES VITALICIANDOS E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NO INÍCIO DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	
Elaine Veloso Marraschi e Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva	184
IMPACTOS POSITIVOS DA AUTOMATIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL, SOB OS ASPECTOS DA GESTÃO DE VAGAS E DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	
Fernando Curi	207

O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015: ANÁLISE HISTÓRICA DO TRATAMENTO LEGISLATIVO, ALTERAÇÕES A PARTIR DO NOVO CPC E AS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC	
Gabriel Marcon Dalponte	238
A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: ANÁLISE DE SUA PERTINÊNCIA E DAS RECENTES ALTERAÇÕES PROMOVIDAS EM ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL E PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019	
Gabriella Matarelli Calijorne Daimond Gomes.....	267
JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL: QUEBRA DE UM PARADIGMA INEFICAZ	
Jadna Pacheco dos Santos Pinter	289
VIDEOCONFERÊNCIA: INSTRUMENTO TECNOLÓGICO DE GESTÃO JUDICIÁRIA	
Janaína Alexandre Linsmeyer Berbigier.....	317
GAMIFICAÇÃO COMO MÉTODO PARA AUMENTO DA PRODUTIVIDADE DOS SERVIDORES DO CARTÓRIO JUDICIAL	
Leandro Ernani Freitag	343
O PROCESSO COLETIVO, A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS REFLEXOS NA GESTÃO JUDICIÁRIA	
Letícia Bodanese Rodegheri.....	380
POSSE VELHA E CONVALESCIMENTO DA POSSE INJUSTA: UMA HISTÓRIA MAL COMPREENDIDA DA TEMPORARIEDADE DOS VÍCIOS DA POSSE E DA PERSISTÊNCIA DA AÇÃO DE FORÇA VELHA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	
Lucas Antônio Mafra Fornerolli.....	405
A NÃO UTILIZAÇÃO PELOS JUÍZES DOS CRITÉRIOS NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS NA ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SUS	
Luísa Rinaldi Silvestri.....	456
CORTES SUPREMAS E CRISES INSTITUCIONAIS	
Luiz Fernando Pereira de Oliveira	478

A DELIMITAÇÃO DO SENTIDO E DO ALCANCE DO CONCEITO DE “DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS”, PREVISTO NO §4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, REALIZADA A PARTIR DA ANÁLISE DE ELEMENTOS CONCRETOS, EXTRAÍDOS DO COTIDIANO FORENSE	
Maria Augusta Tonioli	497
MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS, CONSEQUÊNCIAS QUANDO DO SEU DESCUMPRIMENTO E DESAFIOS PARA TORNÁ-LAS EFETIVAS	
Mariana Helena Cassol	528
A GOVERNANÇA AMBIENTAL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE DE RISCO	
Michele Vargas	548
ISENÇÃO DE CUSTAS E HONORÁRIOS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E FAZENDÁRIOS: SEUS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA	
Nicolle Feller	566
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DO CONSEQUENCIALISMO ÉTICO: FILTROS JUDICIAIS DESTINADOS À SALVAGUARDA DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE	
Rafaela Volpato Viaro	585
PANORAMA ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	
Raul Bertani de Campos	603
(IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
Rodrigo Clímaco José	626
DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO – UMA BREVE INTRODUÇÃO AO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO	
Rômulo Vinícius Finato	650
DIREITO SISTÊMICO: UM BREVE ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS AO DIREITO	
Wellington Barbosa Nogueira Junior	686

APRESENTAÇÃO

A apresentação do e-book “Direito e Gestão Judiciária” é motivo de alegria por denotar o quanto a magistratura está avançando no que tange ao conhecimento e ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

O e-book contempla, de forma teórica e prática, a interface entre o Direito, a gestão e temas tais como: legitimidade ativa do juiz para instauração do incidente de resolução das demandas repetitivas; justiça restaurativa; delimitação do conceito de perícia complexa; políticas públicas de fornecimento de medicamentos; os caminhos percorridos pelos juízes vitaliciandos e as dificuldades enfrentadas no início da magistratura; impactos positivos da automatização da execução penal; judicialização do processo de execução fiscal; gamificação como método para aumento da produtividade dos servidores do cartório judicial; processo coletivo; cortes supremas e crises institucionais; governança ambiental; entre outros de excelência.

Sabe-se que o Poder Judiciário brasileiro vive uma fase de transição da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação” em meio a um cenário digital. Felizmente constata-se pelos estudos dos autores que se está trilhando um caminho de aprimoramento, diálogo, cooperação e inclusão, em todos os níveis.

Diante da passagem por uma pós-graduação com foco em fazer com que a experiência do magistrado fosse marcante, e completamente significativa em sua trajetória profissional e como ser humano, o resultado obtido é um e-book denso - e não poderia ser diferente.

O Direito e a Gestão Judiciária impescindem de pesquisas técnicas e bem fundamentadas, exigência para que não caiam no descrédito. Os autores vão além do destaque a temas contemporâneos, demonstrando o quanto novos desafios são impostos todos os dias, e a importância de não descurem do respeito à dignidade da pessoa humana.

Por todos esses motivos é que tenho a honra e a felicidade de apresentar esta singular obra.

Marcelo Pizolati – Coordenador do Curso

RELAÇÃO DE PROFESSORES DO CURSO

Ana Luisa Schmidt Ramos
Celia Maria da Silva
Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva
Elizete Lanzoni Alves
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Graziela Dias Alperstedt
Jaime Ramos
Marcelo Pizolati
Maurício Fernandes Pereira
Pedro Manoel Abreu
Sergio Weber
Tiago Gagliano Pinto Alberto

RELAÇÃO DE ORIENTADORES / AVALIADORES DOS TRABALHOS DE CONCLUSÃO DO CURSO

Alexandre Morais da Rosa
André Alexandre Happke
Bruno Makowiecky Salles
Celia Maria da Silva
Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva
Elizete Lanzoni Alves
Fabiane Alice Müller Heinzen Gerent
Fabrício Rosseti Gast
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Janiara Maldaner Corbetta
João Bastos Nazareno dos Anjos
Marcelo Pizolati
Marcelo Volpato de Souza
Marilu Antunes da Silva
Quitéria Tamanini Vieira Peres
Rudson Marcos

O MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU E A
LITIGIOSIDADE DE MASSA: CONSIDERAÇÕES
ACERCA DA LEGITIMIDADE ATIVA DO JUIZ PARA
INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DAS
DEMANDAS REPETITIVAS

Aline Avila Ferreira dos Santos



O MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU E A LITIGIOSIDADE DE MASSA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE ATIVA DO JUIZ PARA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

THE JUDGE AND THE MASS LITIGATION: CONSIDERATIONS ABOUT THE ACTIVE LEGITIMACY OF THE JUDGE FOR REQUEST THE INCIDENT OF REPETITIVE CLAIMS RESOLUTIONS

Aline Avila Ferreira dos Santos¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar o incidente de resolução de demandas repetitivas, o qual foi introduzido no sistema processual civil com a edição do Código de Processo Civil de 2015 e se destina, precipuamente, a assegurar a isonomia e a segurança jurídica, inserindo-se, outrossim, no contexto da economia processual e duração razoável do processo. Especificamente, o artigo em desenvolvimento visa a analisar a legitimidade ativa do magistrado com atuação no primeiro grau de jurisdição para suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas, pois, conquanto expressamente prevista no diploma adjetivo civil, carece de maiores aprofundamentos, notadamente no que concerne aos limites e possibilidades de atuação. Em última análise, ressalta-se a relevância da utilização do incidente como estratégia de gestão, defendendo-se a ampla possibilidade de atuação do juiz de primeiro grau, especialmente ao se afastar a necessidade de que haja um processo – seja na fase recursal ou ação originária – no respectivo tribunal a fim de se possibilitar a instauração do incidente.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Segurança jurídica. Isonomia. Legitimidade ativa. Magistrado com atuação no primeiro grau.

¹ Aline Avila Ferreira dos Santos: Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Especialista em Direito e Gestão Judiciária (CEJUR) e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Atualmente, desempenha as funções de Juíza Auxiliar no Superior Tribunal de Justiça. E-mail: alinevilafs@gmail.com

ABSTRACT

This paper aims to examine the incident of repetitive claims resolutions, which was introduced into the civil procedural system with the edition of the Civil Procedure Code of 2015 and is intended primarily to ensure the equality and legal certainty, inserting otherwise, in the context of the procedural economy and the reasonable duration of the proceedings. Specifically, the article under development aims to analyze the active legitimacy of the magistrate acting in the first degree of jurisdiction to raise the incident of repetitive claims resolutions, because, although expressly provided for in the civil adjective diploma, needs further elaboration, especially with regard to the limits and possibilities of action. Ultimately, the relevance of the use of the incident as a management strategy is emphasized, defending the wide possibility of acting by the first-level judge, especially when ruling out the need for a process - be it in the appeal phase or action originating - in the respective court in order to enable the commencement of the incident.

Keywords: Incident of repetitive claims resolutions. Legal certainty. Isonomy. Active legitimacy. Judge.

1 INTRODUÇÃO

A denominada cultura demandista - consolidada nos últimos anos no sistema de resolução de litígios brasileiro -, associada à massificação das relações sociais, reconhecimento de novos direitos, complexidade da sociedade, dentre outros fatores, implicou um crescente aporte de processos judiciais, em quantitativos expressivos, superiores à capacidade instalada do Poder Judiciário.

Nesse contexto, a atividade jurisdicional atualmente se afigura complexa, a impor a seus agentes/atores a utilização e adoção de estratégias e técnicas para além da análise pura e simples de uma lide individual, tendo em vista a quantidade de processos novos, aliada ao acervo existente; circunstâncias essas que, inegavelmente, afetam a almejada celeridade na solução dos litígios - a qual deve ser vista não só sob a ótica temporal, mas sim de uma forma qualificada, em seu aspecto temporal e qualitativo.

Ao se analisar o relatório *Justiça em Números 2019*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo ano base é o ano de 2018, infere-se um decréscimo na quantidade

de novas ações, se comparadas ao ano anterior; todavia, os números ainda são expressivos, tendo sido reportado o ingresso de 28,1 milhões de novos processos (BRASIL, 2019, p. 219).

Além disso, o relatório aponta que, de forma inédita, a considerar as últimas décadas, houve uma redução no acervo, isto é, “o resultado indica que o Poder Judiciário brasileiro conseguiu vencer a barreira de julgar apenas o número de ações equivalente às ingressadas, deu um salto na produtividade e avançou para a diminuição do estoque de processos” (BRASIL, 2019, p. 219).

Segundo o citado estudo analítico, foi a primeira vez, na última década, que todos os segmentos de justiça conseguiram obter um *Índice de Atendimento à Demanda* superior a 100% (cem por cento), vale dizer, com mais processos baixados, apontando-se como principal fator de redução a própria queda no número de processos novos (ainda que o número permaneça elevado), associado a um aumento da produtividade dos magistrados².

Os dados constantes do relatório mencionado e acima expostos, conquanto indiquem uma melhora nos resultados, ainda reforçam a necessidade de empreender esforços para o combate da litigiosidade de massa, seja na parte preventiva, seja na repressiva - relativamente às demandas já instauradas -, porquanto os números ainda se revelam demasiado elevados se cotejados com a capacidade de atendimento por parte dos juízes e tribunais.

Assim, justifica-se a adoção, no âmbito do Poder Judiciário, de um planejamento estratégico, associado à utilização dos novos institutos que tenham potencial de otimizar e racionalizar os julgamentos, atentando-se para o fato de que o juiz de primeiro grau pode ter uma atuação bastante incisiva neste particular, mormente na identificação das demandas em que veiculadas questões jurídicas idênticas.

Efetivamente, tais circunstâncias reclamam a concepção e desenvolvimento de estratégias, não apenas legislativas, mas próprias de uma atividade de gestão - a ser desempenhada pelos atores implicados neste cenário -, dentre os quais se insere o magistrado de primeiro grau³.

² Conforme se consignou expressamente no citado relatório, “apesar da redução de 53 juízes no ano de 2018, houve aumento no número de processos baixados e, conseqüentemente, elevação da produtividade média dos magistrados em 4,2%, atingindo o maior valor da série histórica observada, com índice de 1.877. Considerando apenas os dias úteis do ano de 2018, e sem considerar existência de períodos de férias e recessos, tal valor implica na solução de aproximadamente 7,5 processos ao dia”. (BRASIL, 2019, p. 219-220). Especificamente no que concerne ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, os dados apontam pela média de 1.523 processos baixados por magistrado, ao longo do ano de 2018, o que concedeu à magistratura catarinense a nona posição no *ranking* dos Tribunais estaduais (BRASIL, 2019, p. 90-91).

³ Consoante apresentado no relatório Justiça em Números (2019), “No primeiro grau de jurisdição está o maior volume processual, com 93,9% dos casos pendentes, 84,1% dos casos novos, 84% dos servidores da área judiciária e 86,1% dos magistrados. Há de se destacar, no entanto, a evolução dos dados estatísticos desde o início da Política Nacional de Priorização do 1º Grau, em especial quanto à Resolução CNJ 219/2016, que é acompanhada por meio das informações

Partindo dessas premissas e em atenção a um instituto em particular é que se desenvolverá a análise a ser realizada no presente trabalho, a saber: o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. A sua escolha reside, dentre outros, no fato de se tratar de um instrumento com potencialidade local/regional (no âmbito dos tribunais estaduais e regionais), afigurando-se mais próximo da atuação do juiz de primeiro grau.

A novidade do trabalho se coaduna justamente com a própria inovação decorrente da introdução do referido instituto no ordenamento jurídico pátrio, aliada ao desenvolvimento da pesquisa voltada ao juiz de primeiro grau, cuja legitimidade ativa, embora incluída no rol de estabelecido no art. 977, inciso I, do Código de Processo Civil, consubstancia temática que merece especial atenção e um exame mais acurado.

O presente texto, respeitados os limites inerentes à sua categoria – artigo científico – tem por objetivo geral discorrer de forma analítica sobre o novo instituto previsto na legislação processual civil brasileira, com especial ênfase no exame e discussão acerca da legitimidade ativa do juiz de primeiro grau para suscitá-lo.

Especificamente, o estudo é dedicado à contextualização da edição do Código de Processo Civil e seus princípios basilares, notadamente no que concerne à consolidação de um sistema de precedentes, apresentando o incidente de resolução de demandas repetitivas como um dos instrumentos voltados à litigiosidade de massa.

O estudo em comento visa, em particular, a partir do exame dos requisitos/pressupostos, procedimento e natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas, a identificar o IRDR como um instrumento de gestão disponível ao magistrado, destinado à tutela de litigiosidade repetitiva, isto é, enquanto técnica diferenciada de julgamento, adequada à resolução e combate deste tipo de litigiosidade; objetiva-se, ademais, destacar os aspectos procedimentais do exercício da referida legitimidade.

Assim, para a construção do texto, far-se-á necessária a análise da natureza jurídica do referido incidente – essa concebida como explanação acerca dos elementos fundamentais que integram sua composição, de modo a contrapor as figuras jurídicas pertinentes - além de seus aspectos procedimentais, requisitos e histórico legislativo.

À consecução deste mister, dedicar-se-ão quatro seções. Em um primeiro momento, serão apresentadas informações essenciais à caracterização do sistema processual civil contemporâneo, no âmbito do qual está inserida a litigiosidade de massa,

remetidas pelos tribunais pelo Sistema Justiça em Números. Pela primeira vez, desde 2009, a demanda processual por servidor de 2º grau superou a demanda por servidor de 1º grau. Apesar dessa grande evolução, é relevante esclarecer que na carga de trabalho, ao considerar o estoque de processos em trâmite, os índices medidos nas varas e nos juizados ainda correspondem a quase o dobro dos aferidos nos gabinetes dos tribunais” (BRASIL, 2018, p. 220).

contextualizando-se, outrossim, o caráter instrumental do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em seguida, discorrer-se-á acerca dos aspectos gerais do incidente, apresentando-se, assim, as discussões inerentes à sua natureza jurídica. A terceira seção, a seu turno, consistirá na apresentação do tema particular que motivou a elaboração do presente trabalho, qual seja a possibilidade de atuação – limites e possibilidades – do magistrado de primeiro grau relativamente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por derradeiro, salienta-se que a metodologia a ser utilizada para desenvolvimento do tema consiste, essencialmente, em revisão bibliográfica - pautada pelo exame minucioso de obras específicas sobre o tema, além da análise da legislação pertinente, bem assim do regimento interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; outrossim, para construção do texto, utilizar-se-á o método dedutivo.

2 LITIGIOSIDADE REPETITIVA E O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO E PREMISSAS DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL VIGENTE

Consoante destacado na introdução do presente trabalho, a atividade jurisdicional encontra-se cada vez mais em relevo, sendo evidente o expressivo número de demandas submetidas, a cada ano, à apreciação do Poder Judiciário, muitas das quais veiculando questões jurídicas idênticas, que formam a denominada litigiosidade repetitiva.

Sem a pretensão de exaurir as causas que conduziram a tal cenário, pontua-se que a interação de fenômenos como a industrialização, a revolução tecnológica e a globalização, com a diminuição de fronteiras e intensificação das relações – as quais ultrapassam limites territoriais -, culminou com a mudança do perfil da sociedade, conferindo mais fluidez às relações pessoais e, especialmente, às relações de consumo.

Efetivamente, pessoas jurídicas, trabalhadores e consumidores, além dos próprios Estados, interagem entre si num ritmo bastante célere, dinâmico e amplo, o que potencializa a eclosão de conflitos, os quais, dada a massificação na origem – nas próprias relações – transferem essa característica às lides.

Além da expansão dos mercados e do incremento na complexidade das relações humanas, destaca-se que a positivação e reconhecimento de novos direitos, sem o correspondente e necessário planejamento, investimento e adoção de políticas públicas adequadas, também fomentam o fenômeno ora apresentado – litigiosidade de massa.

Destarte, as demandas repetitivas – compreendidas como aquelas que veiculam questões comuns - seja de natureza material ou processual⁴ -, embora não constituam fenômeno exclusivamente brasileiro, consubstanciam manifestos óbices à efetiva prestação jurisdicional, porquanto suplantam a capacidade tradicional de julgamento pelo Judiciário, além de evidenciar a insuficiência das bases tradicionais do processo civil, de cunho individualista, centrado na ideia de lide.

Efetivamente, a ciência processual depara-se com a necessidade do desenvolvimento de técnicas processuais adequadas a esse tipo de litigiosidade, vale dizer, de instrumentos eficientes e convenientes ao seu enfrentamento, de modo a assegurar a isonomia, segurança e duração razoável do processo e, assim, fornecer subsídios à busca da efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Acerca da necessidade de um regime processual específico, ao ressaltar a insuficiência dos mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 1973 e dos próprios instrumentos voltados à tutela coletiva (ação popular, ação civil pública, remédios constitucionais coletivos), explana Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 256-258):

Para examinar e solucionar essas situações repetitivas, as regras processuais previstas no Código de Processo Civil [1973] revelaram-se inadequadas, sendo necessário adotar os mecanismos de tutela de direitos coletivos.

Com efeito, para a proteção de direitos coletivos, existem a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e o mandado de segurança coletivo [...]

Acontece, porém, que as referidas ações não têm o alcance de abranger todas as situações repetitivas, por várias razões.

[...]

Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja,

⁴ No particular, adota-se a conclusão delineada por SOFIA TEMER (2018, p. 63-64), segundo a qual “as ‘demandas repetitivas’, para o nosso direito positivo, são processos que contêm *questões jurídicas homogêneas*. Não há a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos. O relevante, nesse contexto, é a presença da controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos”.

a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.

As causas repetitivas, que consistem numa realidade de congestionar as vias judiciais, necessidade de um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme.

Exsurge, assim, a necessidade de se conceber uma espécie de tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características próprias, seguida de um novo olhar sobre os institutos do devido processo legal, a fim de concretizar os valores fundamentais do processo, assegurados na Constituição da República.

Nesse contexto, concebido em meio a uma denominada crise numérica dos processos, sobreveio o Novo Código de Processo Civil, calcado em premissas voltadas à efetividade na prestação jurisdicional e à manutenção da integridade da jurisprudência e, em última análise, do próprio sistema judiciário.

Assim, de forma categórica, o aludido diploma rechaça a ideia de uma análise pulverizada de demandas repetitivas pelo Poder Judiciário - ainda que no âmbito da tutela individual, notadamente em virtude dos valores da segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo.

Isso porque, inegavelmente, a demanda, comparativamente à prestação jurisdicional, afigura-se elevada e ultrapassa a capacidade de oferecimento de uma prestação jurisdicional qualitativa e satisfatória. Ademais, a dispersão de entendimentos e, de conseguinte, a ausência de uniformidade, fomenta a sensação de incerteza, maculando a necessária segurança jurídica.

O diploma adjetivo civil vigente busca, de conseguinte, enfrentar a problemática da litigiosidade repetitiva, tendo como propósito primordial a redução da quantidade de demandas em tramitação pertinentes à mesma controvérsia jurídica, propondo, para tanto, uma solução homogênea a partir da análise de um caso eleito/paradigma, isto é, de um modelo concentrado de julgamento.

À concretização de tal escopo, positivou-se um sistema para enfretamento e julgamento de casos repetitivos, cujos instrumentos de destaque são o incidente de resolução de demanda repetitiva – IRDR - e os recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Sobre a temática, destaca-se:

O incidente de resolução de demandas repetitivas passa, então, ao lado dos recursos repetitivos e do incidente de assunção de competência (novidade inserida

no art. 947 do CPC vigente), a compor o microsistema para formação e aplicação de precedentes obrigatórios brasileiro, o qual propõe consequência práticas decisivas à sua efetividade, tais como: a observância obrigatória do precedente firmado em IRDR viabiliza julgamento de improcedência liminar em todos os juízo e tribunais (art. 332, II e III, CPC); dispensa a remessa necessária (art. 496, §4º, II e III, CPC); autoriza a concessão de tutela provisória de evidência com base nele (art. 311, II, do CPC); confere ao relator o poder de decidir monocraticamente (art. 932, IV, b e c; art. 955, parágrafo único, II, CPC); autoriza a proposição de reclamação para garantir a observância dos precedentes firmados em sede de recursos repetitivos ou assunção de competência (art. 988, IV e §5º, CPC); impõe a necessidade de que a decisão manifeste-se expressamente a respeito da subsunção ou não enquadramento da lide à tese firmada em julgamento nessa seara (art. 1.022, parágrafo único, I, CPC). (LAMY, 2018, p. 357)

De fato,

O ideário do tratamento isonômico às demandas seriais e recursos repetitivos vem enfatizado no novo CPC, ao estabelecer o poder-dever dos Tribunais de todo o país de ‘uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’ (art. 926, caput, cabendo-lhes ainda editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante (§1º daquele artigo); portanto: dever de uniformizar e de sumular. Ainda, o novo Código reafirma as tendências à valorização da jurisprudência e às decisões monocráticas do Relator, a este sendo permitido decidir pelo provimento/desprovimento de recuso segundo sua compatibilidade ou não com súmula do STF ou do STJ, ou ainda em face de outros elementos jurisprudenciais de eficácia expandida, dentre eles o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 932, IV, c e V, c).

Todo esse renovado panorama é informado pela firme disposição de enfrentar o panorama pré-caótico descortinado pela dispersão da jurisprudência excessiva que grassa na experiência brasileira, frustrando o jurisdicionado, impossibilitando-o de fazer um prognóstico razoavelmente confiável no tocante às chances de sua pretensão, caso venha a ser judicializada. No ponto, adverte a Exposição de Motivos do novo CPC, no bojo do item 1º: ‘(...) haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de condutas diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.’ (MANCUSO, 2016, p. 87).

Estabelecidas as premissas que norteiam o atual sistema processual civil, inicia-se a análise de um dos instrumentos acima mencionados, com o destaque, preliminarmente, para sua finalidade e pressupostos, à luz do sistema alhures apresentado.

2.2 O IRDR ENQUANTO INSTRUMENTO DESTINADO AO COMBATE DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA

O incidente de resolução de demandas repetitivas é um dos principais instrumentos introduzidos pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 no que concerne à litigiosidade repetitiva, porquanto visa, em síntese, à prolação de uma decisão única que fixe a tese jurídica sobre determinada controvérsia de direito, observada em um número considerável de processos.

O incidente em questão foi concebido, em síntese, sob a inspiração de institutos estrangeiros, especialmente o germânico, a partir do *Musteverfahren* (procedimento-padrão); de outro lado, encontrou também fonte em outros já conhecidos no sistema nacional, tais como: incidente de uniformização de jurisprudência e de declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, bem como na própria sistemática dos recursos repetitivos - introduzidos com a reforma procedida pela Lei n. 11.672/2008, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Contudo, preliminarmente à análise dos institutos que o inspiraram, notadamente aquele de origem germânica, o que será feito, de modo mais detalhado, quando da explanação acerca de sua natureza jurídica, faz-se necessário pontuar que o incidente de resolução de demandas repetitivas encontra sustentação em direitos e garantias fundamentais, que o legitimam enquanto técnica processual diferenciada, à luz da Constituição da República.

Consoante destaca Sofia Temer (2018, p. 39),

Os pilares do incidente – que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam a sua aplicação – são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a duração razoável do processo.

Nesse contexto, ressalta-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas afigura-se em consonância com as regras e princípios constitucionais relacionados à prestação jurisdicional, tratando-se da eleição de um mecanismo potencialmente mais célere e menos dispendioso, em atenção ao princípio da economia processual e eficiência.

Pontua-se, a propósito, que,

O Código de Processo Civil de 2015 não deixa dúvida a respeito do propósito constitucional do incidente de resolução de demandas repetitivas: (i) “conferir previsibilidade e segurança jurídica à Jurisdição” e (ii) “preservar a isonomia no âmbito do processo”. Parte-se de premissa, destacada por Rizzo Amaral, de que

“não apenas a lei, como também a jurisprudência deve ser clara e previsível, sendo ameaçadoras da segurança jurídica as decisões exóticas e surpreendentes”.

O IRDR estabelece verdadeiro rompimento com o paradigma individualista do Código de Processo Civil de 1973, guardando obediência aos preceitos constitucionais da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da isonomia processual, a partir de um tratamento uniforme na resolução de questões de direito e na distribuição da Justiça. Vale referir as palavras de Karl Larenz: “por detrás do critério da uniformidade da jurisprudência está o postulado de justiça que consiste em decidir que é idêntico de modo idêntico”. (TEIXEIRA, 2016, p. 370-371).

Portanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas insere-se dentro de uma perspectiva instrumentalista do processo, o qual precisa oferecer os meios tecnicamente adequados para a consecução do direito material em tempo razoável, de modo isonômico e econômico, pautado pela observância da segurança jurídica.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 ASPECTOS GERAIS (HIPÓTESES DE CABIMENTO, ÂMBITO DE INSTAURAÇÃO E LEGITIMIDADE ATIVA)

Destacados os objetivos e limitações inerentes ao presente trabalho, esta seção apresentará, em linhas gerais e de forma sintética, a disciplina normativa concedida ao incidente de resolução de demandas repetitivas nos moldes em que positivada no Código de Processo Civil, em especial no que concerne às hipóteses de cabimento e pressupostos, âmbito de instauração e legitimidade ativa.

Em relação aos pressupostos, âmbito de instauração e legitimidade ativa, serão apresentadas as premissas necessárias ao desenvolvimento a ser concedido à temática que deu ensejo ao título do presente artigo e que será objeto de análise pormenorizada na seção de número quatro: os limites e possibilidades de atuação do magistrado de primeiro grau em relação ao novel instrumento voltado à litigiosidade de massa.

À guisa de introdução, consigna-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas está disciplinado no livro três do Código de Processo Civil, destinado aos “processos

nos tribunais”, em doze artigos, particularmente entre os arts. 976 e 987.

Nos dispositivos introdutórios, estão previstas as hipóteses de cabimento e pressupostos do incidente em comento, os quais são cumulativos, consoante expressamente previsto no art. 976, a saber: “é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Conforme se depreende do texto normativo acima citado, exige-se a efetiva repetição de processos e não somente a potencialidade de multiplicação, o que, em um primeiro momento, afasta o caráter preventivo do incidente. Infere-se, outrossim, que o legislador não fixou um número mínimo de processos em tramitação para que seja possível ou recomendável a instauração do incidente, diferentemente do que ocorre em outros países⁵ em relação a institutos assemelhados.

Imperioso anotar, no particular, que o Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao interpretar o pressuposto em questão, editou o enunciado n. 87, segundo o qual o incidente de resolução de demandas repetitivas “não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e ofensa à segurança jurídica”⁶.

Sobre o tema e ao ressaltar as ponderações consignadas acima, destaca-se a seguinte lição doutrinária:

No direito brasileiro, não se exigiu um número mínimo de requerimentos. Pelo contrário, se permitiu que houvesse a provocação até mesmo de ofício, pelo juiz ou pelo relator. Portanto, o importante é que haja um número suficiente a tornar conveniente a utilização do incidente. Nesse sentido, parece que o direito brasileiro pode e deve, neste aspecto, se socorrer dos critérios que norteiam as *class actions* norte-americanas e também o *Musterverfahren* da jurisdição no âmbito administrativo, que apontam para uma análise pragmática em termos de

⁵ Consoante síntese apresentada por Fernando Machado Carboni, “[...] no direito alemão, existe previsão do *Musterverfahren* em três diplomas legislativos: no Estatuto da Justiça Administrativa; na Lei dos Tribunais Sociais; e na Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercados de capitais. O Estatuto da Justiça Administrativa prevê o *Musterverfahren* no §93º, enquanto a Lei dos Tribunais Sociais, no § 114º. Ambos possuem redação praticamente idêntica, razão pela qual serão estudados em conjunto. Neste procedimento-modelo, como se apreciam questões de fato e de direito, a produção de prova é ampla e a cognição é exauriente. **A lei alemã exige que a conformidade jurídica de uma medida precisa ser questionada em mais de vinte processos, ou seja, no mínimo vinte e um.** Assim, o órgão jurisdicional pode escolher um ou mais para prosseguir, enquanto os demais ficarão suspensos. (2018, p. 50; grifou-se).

⁶ Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPCC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

superioridade do instrumento coletivo para que ocorra uma melhor prestação jurisdicional. Os norte-americanos falam em predominância de questões comuns e superioridade das *class actions*. De modo análogo, deve-se analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou seja, quanto à capacidade deste ser o instrumento para ser, de fato, o mecanismo processual mais adequado diante do contexto. Portanto, se a efetiva repetição de processos, que dependem da resolução controversa, não for efetivamente significativa em termos numéricos, o resultado obtido poderá não ser tão relevante, a ponto de compensar as mudanças processuais decorrentes, especialmente a suspensão de processos e o procedimento especial estabelecido nos tribunais.

Nesse sentido, deve-se levar em conta não apenas o número existente de processos em um determinado órgão jurisdicional, mas também em outros e até mesmo quanto à potencial multiplicação de novos casos, embora seja necessária, no momento da provocação, uma efetiva repetição de processos. (MENDES, 2017, p. 111)

Efetivamente, afigura-se mais apropriada a interpretação no sentido de que a exigência legislativa concerne a um número suficiente - hábil a tornar conveniente a utilização do incidente - mecanismo que deve se apresentar como mais adequado, circunstância essa a ser aferida de acordo com o contexto.

Do primeiro inciso mencionado (art. 976), além da efetiva repetição, reclama-se que a questão sobre a qual se instaurará o incidente seja unicamente de direito, não havendo restrição à natureza de direito material ou de direito processual. Ademais, poderão ser objeto do incidente questões preliminares ou prejudiciais de mérito, assim como as de mérito propriamente ditas.

Pontua-se, contudo, que, embora o referido incidente se afaste das questões fáticas, a elaboração de teses jurídicas não despreza, por completo, as circunstâncias fáticas, dada a inegável indissociabilidade entre fatos e normas à compreensão do fenômeno jurídico. Destarte, haverá a adoção de uma situação fática padrão, sobre a qual incidirá a tese jurídica a ser fixada.

Ao se prosseguir na análise do art. 976, observa-se outro requisito nele inserto: o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Necessário salientar, por oportuno, que deve haver uma efetiva e atual divergência interpretativa, hábil a violar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, conforme destaca Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a saber:

Não basta, portanto, que haja controvérsia entre as partes, mas que esta esteja efetivamente ensejando divergência no seio do Poder Judiciário, capaz de comprometer, de fato, o princípio da isonomia e da segurança jurídica. E este

risco deve ser atual, como por exemplo alguns juízes começam a conceder e outros a negar a concessão de liminares ou antecipação de tutela. Do mesmo modo, se alguns magistrados estiverem julgando procedente o pedido, enquanto outros improcedente. Entretanto, se a questão já se encontra pacificada, com a observância da tese, mesmo que em razão de eficácia meramente persuasiva, a existência de divergência passada, ainda que este posicionamento continue a ser apenas ressalvado, de modo isolado, por um único ou poucos magistrados, não enseja o IRDR, se estes votos ou manifestações não estiverem produzindo resultados negativos em concreto, por serem quantitativamente insignificantes, isolados ou não estejam sendo reiterados na atualidade (2017, p. 113-114).

Por fim, com fulcro no art. 976, parágrafo 4º, do diploma adjetivo civil, elenca-se um requisito/pressuposto negativo, vale dizer, a inexistência de recurso especial ou extraordinário repetitivo sobre a questão jurídica, nos seguintes termos: “é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

No que se refere à legitimidade para suscitar o incidente, prevê o art. 977 do Código de Processo Civil que o requerimento será dirigido ao presidente do respectivo tribunal (justiça ou regional federal) pelo juiz ou relator, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública; imperioso anotar que requerimento deve ser instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos estabelecidos para o cabimento do incidente.

A par da eleição de outros legitimados, a abordagem a ser desenvolvida neste artigo se centralizará na figura do magistrado de primeiro grau, o qual, não obstante as controvérsias que ainda persistem quanto aos limites e abrangência de atuação, possui, inegavelmente, legitimidade para requerer a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Contudo, a análise mais aprofundada acerca da legitimidade do magistrado de primeiro grau, o que se inclui, ainda, o exame do histórico legislativo quanto à inclusão de tal dispositivo, bem assim as limitações e possibilidade daí decorrentes, serão objeto da análise na seção subsequente.

Em prosseguimento, pontua-se que os regimentos internos dos respectivos tribunais determinarão o órgão competente para apreciação do incidente, considerado aquele responsável pela uniformização da jurisprudência do tribunal.⁷ Outrossim, após a distribuição,

⁷ Acerca da competência para processamento do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o regimento interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina prevê que competirá à Seção Criminal – compostas pelos desembargadores

o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos insertos no art. 976 do Código de Processo Civil.

A fim de encerrar a breve apresentação acerca dos aspectos gerais do incidente, pondera-se que parcela considerável da doutrina elenca como requisito implícito a necessidade de estar pendente no respectivo tribunal de justiça o processo – seja recurso ou ação originária – em que veiculada a questão jurídica a ser dirimida no âmbito do incidente.

Aludida exegese decorre da leitura do art. 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil, cujo texto assim dispõe: “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Contudo, necessário fazer as seguintes considerações, pertinentes ao processo legislativo, que permitem afastar o requisito em questão:

Na Câmara dos Deputados, inseriu-se previsão ao projeto do novo CPC no sentido de que “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal” (art. 988, §2º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010), o que justificava o requisito de causa pendente no tribunal para a instauração do IRDR. Não obstante, esta previsão foi retirada da versão final. Para justificar essa exclusão, o Senado Federal explicitou, no Parecer 956/2014, que “Os §§ 1, 2º e 3º do art. 988 do SCD desfiguram o incidente de resolução de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situação de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência”. A versão final aprovada do Novo Código não contém tal exigência. Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a “vontade do legislador” para compreender o sentido da lei, parecer incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada. (TEMER, 2018, p. 109)

Todavia, consoante ressalta Sabrina Nunes Borges (201, p. 88), “no entendimento de grande parte da doutrina, tal previsão, mesmo retirada pelo Senado Federal, restou implícita no NCPC. Para esses estudiosos, aceitar essa exclusão seria aceitar que o legislador estaria imprimindo ao IRDR o caráter preventivo, o que não se coaduna com sua natureza”.

No entanto, em que pesem os argumentos em sentido diverso, entende-se que

que integram os grupos de câmara criminal -, aos grupos de câmaras de direito civil, de direito comercial e de direito público, bem assim ao Órgão Especial, “quando a questão controvertida envolver matéria processual ou for comum a mais de um grupo de câmaras de áreas de especialização diferentes, ressalvada a competência da Câmara de Recursos Delegados”, conforme art. 58, inciso III.

a norma inserta no citado parágrafo único trata de uma norma de prevenção, relativamente àqueles incidentes de resolução de demanda repetitivas que tiverem origem em processo em tramitação no tribunal.

Conforme esclarece MENDES (2017, p. 121),

O importante, contudo, parece ser que a existência eventual de uma regra de prevenção, no caso, não teria o condão de levar à conclusão de que apenas os processos em tramitação no tribunal poderiam ensejar a instauração do IRDR. Mas, sim, que naqueles instaurados a partir de processos em tramitação no tribunal, o órgão competente julgaria a tese e a causa em concreto, estabelecendo-se, assim, *vis attractiva*, para prevenção.

Por fim, nem se argumente, em defesa do apontado “requisito implícito”, que os temas devem estar mais amadurecidos para julgamento, pois houve uma opção legislativa expressa quanto a uma técnica de concentração de julgamento para priorização da concretização da garantia pertinente à razoável duração dos processos e à isonomia, associadas à economia processual e à segurança jurídica.

Nesse sentido, destaca-se o enunciado de n. 22⁸, concebido e aprovado durante o seminário “*O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*”, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em Brasília, segundo o qual “a instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

Apresentados os aspectos gerais do incidente, far-se-á uma explanação acerca da sua natureza jurídica, em atenção às considerações tecidas acima, o que será objeto da seção subsequente.

3.2 NATUREZA JURÍDICA: CAUSA-PILOTO, PROCEDIMENTO-MODELO OU INSTITUTO HÍBRIDO

Pontua-se, inicialmente que, como o próprio nome sugere, o instituto ora em análise consubstancia um incidente processual, cujo objeto é a questão jurídica [repetitiva] e a conclusão a fixação de uma tese, a ser aplicada aos casos em que veiculada a mesma controvérsia.

Ademais, imperioso anotar a complexidade inerente à definição da natureza jurídica do incidente, cuja análise pormenorizada extrapolaria os limites do presente artigo, de modo

⁸ Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

que, nesta oportunidade, serão apresentadas as principais correntes desenvolvidas acerca do tema, com seus respectivos desdobramentos, para, então, eleger aquela que se afigura mais adequada ao sistema processual civil vigente e, outrossim, consonante com os objetivos e premissas defendidas no artigo ora em desenvolvimento.

No que concerne aos desenvolvimentos doutrinários pertinentes à temática em comento, adota-se a bem lançada síntese realizada por Sofia Temer, que assim as categoriza, a saber:

De um lado, há autores afirmando que o incidente destina-se também ao julgamento do caso concreto a partir do qual foi instaurado. Segundo esta linha, além de dirimir a controvérsia quanto à questão de direito, haveria, no incidente, a resolução do conflito subjetivo, caracterizando-se uma unidade cognitiva e decisória. Esta parcela da doutrina emprega o termo “causa-piloto” para se referir ao incidente.

De outro lado, afirma-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas fixa a tese sobre a questão de direito comum, não adentrando na análise do conflito subjetivo. Haveria, então, uma cisão cognitiva, com a fixação da tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto, assumindo o incidente uma feição objetiva. Alguns autores empregam a nomenclatura “procedimento-modelo” para se referirem à natureza do IRDR.

Há, por fim, quem afirme que o IRDR é híbrido ou misto, aproximando-se do modelo de julgamento da causa-piloto ao exigir a pendência de causa no tribunal para sua instauração e julgamento e, ao mesmo tempo, se aproximando do procedimento-modelo em razão do desdobramento no julgamento do IRDR e da causa pendente. (TEMER, 2018, p. 67-69)

Apresentados os desdobramentos teóricos que se desenvolveram relativamente à natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas, entende-se que, nada obstante os argumentos em sentido diversos - os quais evidentemente estão calcados em premissas defensáveis -, o incidente de resolução de demandas repetitivas tão somente resolve a questão de direito e fixa a tese jurídica, cuja aplicação dar-se-á nos moldes enunciados no art. 985 do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Para tanto, utilizam-se dos seguintes argumentos, utilizados pela autora acima citada, em defesa da conclusão delineada, quais sejam:

[...] a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da “demanda”; b) a desistência do que seria a “causa-piloto” não impede o prosseguimento do incidente, que tramita independentemente de um conflito subjetivo subjacente, corroborando seu caráter objetivo; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos da sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais. (TEMER, 2018, p. 70)

Com efeito, infere-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas mais se aproxima de uma técnica processual objetiva, destinada à resolução de um conflito normativo. Aliás, referida interpretação se coaduna com a defendida desnecessidade de tramitação de um recurso ou ação originária no âmbito do tribunal respectivo enquanto requisito à instauração do incidente em comento.

3.3 AMPLA PARTICIPAÇÃO E PUBLICIDADE COMO GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

A considerar os efeitos decorrentes do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, os quais se expandem para além do processo subjetivo subjacente, tornou-se imperativa a previsão de instrumentos e institutos que facilitassem a participação ampla, além de conceder transparência ao procedimento de fixação da tese jurídica.

Consoante dispõe o art. 983 do Código de Processo Civil, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, os quais poderão requerer a juntada de documentos e/ou as diligências necessárias à elucidação da questão de direito controvertida, e, ao final, será ouvido o Ministério Público.

Ademais, a fim de possibilitar o amplo debate, há previsão da possibilidade de designação de audiência pública, oportunidade para oitiva de pessoas com experiência e conhecimento específico acerca da matéria em discussão e julgamento.

Outrossim, prevê-se que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os

fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Por fim, consoante disposto no art. 979 do Código de Processo Civil, “a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.

Nesse sentido, exige-se dos tribunais que mantenham um banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro⁹. Ademais, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

No particular, embora não se partilhe, por inteiro, da opinião esboçada quanto à inconstitucionalidade, Luiz Guilherme Marinoni salienta justamente a importância dos dispositivos acima indicados, trazendo à colação a possibilidade de participação dos legitimados coletivos, a saber:

A pedra de toque para correção da ilegitimidade constitucional, portanto, está no art. 979 do CPC/2015, que adverte que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Essa “ampla e específica publicidade” deve dar aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de ingressar no incidente para a efetiva defesa dos direitos. Cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de ‘questão idêntica’. [...]

Pelas mesmas razões, a falta de intervenção de qualquer legitimado implica, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos do grupo. Note-se que, a não ser assim, não apenas o direito de participar dos litigantes continuará a ser violado, como o incidente estará retirando do Ministério Público o seu poder-dever de tutelar os direitos individuais homogêneos (2015, p. 142).

Portanto, a considerar essa abertura à ampla participação social, associada ao espaço que se instala para um efetivo diálogo entre o órgão julgador, as partes, o próprio

⁹ Consoante disposto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, referida atribuição é de incumbência do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes, que tem como principais funções, consoante art. 108, inc. II, a saber: organizar e gerenciar em banco eletrônico de dados o cadastro dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e dos incidentes de assunção de competência, bem como dos precedentes judiciais derivados do julgamento destes incidentes, para fins de divulgação e publicidade, na forma do art. 979 do Código de Processo Civil”.

Ministério Público e os terceiros interessados, dentre os quais se pode conceber os legitimados coletivos - em se tratando de questões metaindividuais -, não há falar em violação ao princípio do contraditório.

Repise-se, por oportuno, a existência de critérios previamente estabelecidos na legislação para eleição do caso paradigma, bem assim que, ao órgão colegiado competente, por ocasião do exame e decisão do incidente, é imputado o dever de considerar todos os argumentos relevantes para a fixação da tese jurídica, vale afirmar, da solução a ser concedida à questão [unicamente] de direito repetitiva.

Desse modo, conclui-se ter havido, com a positivação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a eleição de um procedimento especial, marcado por amplos espaços destinados ao debate e ao diálogo, assegurando-se a atuação de interessados (pessoas, órgãos e entidades) e a intervenção obrigatória do Ministério Público, a participação de *amici curiae*, consubstanciando um espaço privilegiado de discussão em torno da questão jurídica.

Além disso, houve o estabelecimento da possibilidade de revisão da tese, conjugada com a previsão acerca do cabimento de eventual recurso especial e extraordinário diretamente em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a fim de aperfeiçoar o procedimento e conceder um caráter amplo e dinâmico à discussão.

4 O JUIZ DE PRIMEIRO GRAU E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: DA LEGITIMIDADE ATIVA AOS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

4.1 ANÁLISE PRELIMINAR ACERCA DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU

Consoante assinalado na subseção destinada aos aspectos gerais do incidente de resolução de demandas repetitivas, a partir do disposto no art. 977 do Código de Processo Civil, é inegável a legitimidade ativa do magistrado de primeiro grau para suscitar a sua instauração, desde que efetivamente possua, sob sua jurisdição, processos em que seja controvertida a questão a ser dirimida no incidente.

Convém rememorar, contudo, que, no Substitutivo da Câmara dos Deputados, o incidente de resolução de demandas repetitivas não poderia ter sua instauração requerida

pelo juiz de primeiro grau, o que corroborava a disposição segundo a qual, para ser suscitado, o incidente deveria tomar como base processos que já estivessem em tramitação no tribunal de segundo grau¹⁰.

No entanto, conforme alhures ressaltado, essa não foi a versão prevalecente, de modo que ambas as restrições, por assim dizer, não constaram do diploma aprovado e sancionado, embora parcela da doutrina exija a presença de processos no âmbito do respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Acerca da legitimidade do magistrado singular para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, citam-se os seguintes trechos, extraídos de obra específica acerca do novel instituto, nos quais apresentadas as concepções desenvolvidas acerca da atuação do juiz de primeiro grau:

Neste ponto, se faz necessário revolver, naturalmente, o posicionamento diante dos requisitos para a instauração. Para os que entendem que a existência de processos em tramitação perante o tribunal é condição *sine qua non* para que o tribunal tenha competência para conhecer e julgar o incidente, afirma-se que isto não afastaria, por completo, o reconhecimento da legitimidade do juiz para suscitar o incidente. O magistrado de primeiro grau, no caso, poderia suscitar o incidente, indicando a existência de processos no tribunal nos quais a questão jurídica comum tivesse relevância. Mas, mesmo assim, parece que esta provocação teria que encontrar fundamento na atuação em concreto do magistrado que estivesse processando ou julgando causas relacionadas com a questão de direito a ser dirimida. Do contrário, a atuação do magistrado estaria desvinculada das suas funções jurisdicionais, não se compatibilizando com o seu mister e com os preceitos do juiz natural e da inércia.

Entretanto, para a posição que afasta este requisito, caberá ao juiz e, de modo geral, ao relator, que suscitar o incidente, instruir o ofício com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para instauração do incidente, nos termos do parágrafo único do art. 977, a partir de um único órgão jurisdicional. Contudo, há que existir processos, ainda que em quantidade não tão expressiva como em outros órgãos, para que o magistrado

¹⁰ Consoante ressalta MENDES, “[...] no decorrer do processo legislativo, ficaram caracterizadas duas nítidas concepções sobre a moldura do instituto que se pretendia construir, que correspondiam a textos aprovados no Senado, tanto na versão aprovada em primeiro turno quanto na redação final, foi no sentido de que o incidente poderia ser provocado quando houvesse processos em primeira instância ou no tribunal, razão pela qual o incidente poderia ser suscitado tanto pelo juiz de primeiro grau quanto pelo relator, assim como pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. No Substitutivo da Câmara dos Deputados, no entanto, constavam dispositivos que expressamente mencionavam a exigência de que, para ser suscitado, o incidente deveria tomar como base processos que já estivessem em tramitação no tribunal de segunda grau e, por isso, o IRDR não poderia ser provocado pelo juiz de primeiro grau. Não obstante a clara manifestação a respeito, no parecer final que norteou o texto aprovado em última versão no Senado Federal, que foi sancionado e publicado, a controvérsia ainda persiste. (2017, p. 116)

possa identificar a questão comum e as peças representativas da controvérsia, de modo a fornecer os elementos necessários para a apreciação da questão de direito. (MENDES, 2017, p. 131)

A lição acima apresentada revela com precisão a repercussão da adoção de uma ou de outra teoria – relativamente ao pressuposto da existência de processos em tramitação no tribunal – nos próprios limites de atuação do magistrado de primeiro grau, o que será melhor enfrentado a seguir.

4.2 POTENCIALIDADES E LIMITES DE ATUAÇÃO, À LUZ DO PERFIL ATUAL EXIGIDO PARA O MAGISTRADO

De acordo com os fundamentos essenciais apresentados neste trabalho, reafirma-se que a atividade jurisdicional não se restringe mais a conflitos meramente individuais ou, melhor, individualizados, de modo a se impor, cada vez mais, a adoção de uma visão geral da sociedade e dos conflitos a ela inerentes.

Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a se preocupar mais e atuar, propriamente, a partir de técnicas de gestão, as quais têm o condão e potencial de proporcionar soluções mais inteligentes, eficazes e eficientes, em termos de prestação jurisdicional, sendo o incidente de resolução de demandas repetitivas um importante instrumento a ser utilizado, sobretudo no que concerne ao combate à litigiosidade de massa.

A partir dessas premissas, afigura-se pertinente defender que a atividade do magistrado de primeiro grau não deve se limitar à aplicação e gestão processual após a instauração do incidente e a fixação da respectiva tese jurídica; pelo contrário, o presente artigo veicula a ideia de que, ao juiz com atuação no primeiro grau de jurisdição, é atribuída a possibilidade de atuação prévia, consistente na identificação da massificação de determinado tema, com a suscitação do incidente de resolução de demandas repetitivas, ao reputar a técnica mais apropriada à definição de determinado tema.

Nesse sentido:

[...] a melhor interpretação do art. 977, I, que confere ao juiz a legitimidade para provocar o IRDR, é a que autoriza que faça isso a partir dos processos que está analisando. O juiz de primeiro grau pode ser o melhor agente para provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, justamente por observar de perto a repetição sobre a questão jurídica”. (TEMER, 2018, p. 111-112).

Isso porque o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR–

pauta-se pela economia processual, isonomia, segurança jurídica, com vistas a assegurar a razoável duração dos processos.

Assim, para que esses objetivos possam ser concretizados, de modo mais direto e em todo o Poder Judiciário, a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas deve se dar de modo mais amplo, tendo-se em mente a possibilidade de ser acionado o mais rapidamente possível, isto é, a partir da multiplicação em primeiro grau, sem a necessidade de aguardar que aportem aos respectivos tribunais de segundo grau, seja por força de ação originária ou de recurso.

É possível, portanto, que o magistrado se utilize do incidente de resolução de demandas repetitivas enquanto técnica de gestão, requerendo a sua instauração, perante o tribunal respectivo, ao se deparar com uma controvérsia jurídica múltipla, observados os requisitos apresentados na subseção destinada aos aspectos gerais do IRDR.

À concretização de tal mister, defende-se, por fim, a desnecessidade de que exista causa pendente no tribunal, consoante apresentado nas seções anteriores, pois, efetivamente, o juiz de primeiro grau, dadas as funções inerentes à sua atividade, tem uma possibilidade mais ampla de ponderar acerca da efetiva multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, porquanto a ele são dirigidas, em um primeiro momento, as referidas demandas.

4.3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS AO REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E APRESENTAÇÃO DE UM CASO CONCRETO

Consoante disposto no próprio art. 977 do Código de Processo Civil, em se tratando de incidente cuja instauração é requerida pelo magistrado singular, essa deve ser realizada por meio de ofício, dirigido ao presidente do respectivo tribunal.

No que concerne ao procedimento para instauração do incidente, verifica-se que não há menção de outra especificidade no regimento interno catarinense, cujos artigos que disciplinam o incidente de resolução de demandas repetitivas assim dispõem:

Art. 273. No processamento e julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, serão observados os arts. 976 e seguintes do Código de Processo Civil. Art. 274. O acórdão de admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas conterà a delimitação objetiva da questão jurídica a ser dirimida e, sempre que possível, a indicação dos dispositivos legais aplicáveis.

Art. 275. Quando o incidente de resolução de demandas repetitivas for instaurado de ofício pelo relator, os autos serão redistribuídos a outro desembargador

integrante do órgão com competência para o processamento e julgamento do incidente, nos termos deste regimento. §1º Admitido o incidente, o órgão colegiado incumbido de julgá-lo e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente, sob a relatoria do novo relator. §2º Caso o incidente não seja admitido, o processo será devolvido para o relator e o órgão julgador originários.

Art. 276. Nos casos em que a competência para o processamento e julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas for do Órgão Especial, o relator será o mesmo do processo principal, salvo se houver instaurado o incidente de ofício ou se não integrar aquele colegiado, hipóteses em que o incidente será distribuído livremente.

Art. 277. Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos na forma do inciso I do art. 982 do Código de Processo Civil. §1º A suspensão cessará se não for interposto recurso extraordinário ou recurso especial contra a decisão proferida no incidente, se outra não for a deliberação do órgão competente. §2º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão do processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o caput deste artigo.

Art. 278. Demonstrada divergência entre a questão a ser decidida no processo suspenso e aquela objeto do processo paradigma, a parte poderá requerer seu prosseguimento: I – ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; e II – ao relator, se o processo sobrestado estiver no Tribunal de Justiça. §1º A parte contrária será ouvida sobre o requerimento previsto no caput deste artigo, no prazo de 5 (cinco) dias. §2º Reconhecida a distinção, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo. §3º Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o caput deste artigo, caberá: I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; e II – agravo interno, se a decisão for do relator.

Art. 279. Será admitida a participação de *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do Código de Processo Civil.

Art. 280. O acórdão do julgamento de mérito do incidente de demandas repetitivas identificará a tese jurídica firmada sob a forma de enunciado.

Acrescente-se, por oportuno, que o ofício será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente, isto é, com a explicitação acerca do risco de violação à isonomia e à segurança jurídica, por meio da indicação de decisões divergentes acerca do tema - ainda que proferida em caráter precário (tutelas provisórias) -, bem assim da efetiva repetição de processos com a questão comum, apontando-se a relevância da instauração do respectivo incidente.

Exemplificativamente, com o escopo de ilustrar as ideias defendidas neste artigo,

em pesquisa realizada, encontrou-se a decisão proferida nos autos do “procedimento comum n. 5018268-25.2016.4.04.7108”, em trâmite na 1ª Vara Federal de Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, em que o magistrado atuante em primeiro grau requereu a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Para tanto, o citado juiz prolatou decisão nos autos originários, consignando-se a validade como ofício a ser encaminhado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região; destacam-se, a seguir, os seguintes trechos em que explicitadas as razões do requerimento, nos termos acima explanados:

Entendo que a matéria comporta a suscitação de incidente de resolução de demandas repetitivas.

[...]

Quanto à “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”, vale observar que quanto à abrangência subjetiva do conflito (Municípios x União) o tema assemelha-se àquele discutido no IRDR n. 5054321-86.2016.4.04.0000/PR, em que está em discussão a inclusão ou não, no FPM, da multa prevista na Lei n. 13.254/2016, que regula o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária. Considerando o alto grau de associação entre os Municípios (FAMURS, 1 CNM, 2 etc.), que lhes permite compartilhar as teses jurídicas que os beneficiam - inclusive a tese ora ajuizada -, a natureza pública (indisponível) dos valores em discussão e ainda o cenário de grave crise econômico-financeira na esfera federativa municipal, que estimula os municípios a defenderem suas receitas, compreende-se o fenômeno existente, de multiplicação de demandas individuais idênticas a esta. Consulta ao sistema de minutas e decisões do sistema de processo eletrônico (eproc V2) e ao sistema de jurisprudência do TRF-4 sobre o tema em foco (Solução de Consulta COSIT n. 166/2015) demonstra a existência, nesta data, de dezenas de processos idênticos, seja na primeira instância (JFRS), seja na fase recursal (TRF/4). Vale observar que, em comparação com o tema objeto do IRDR n. 505432186.2016.4.04.0000/PR, a matéria tem ainda maior amplitude, porque não se trata de uma receita estanque, restrita a um determinado exercício financeiro, mas sim de uma receita de natureza continuativa, de modo que a discussão permanece não apenas neste mas também nos exercícios financeiros subsequentes. Assim, tenho por preenchido o requisito referente à “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (art. 976, inc. I).

Quanto ao “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”, tenho-o como presente. A documentação trazida aos autos demonstra que há discordância a respeito da questão de fundo no âmbito da própria União. A PGFN entende que o IRRF sobre receitas pagas a pessoas jurídicas constituiria uma receita da Fazenda Nacional (Solução de Consulta COSIT n. 166/2015, IN RFB n. 1.599/2015), ao

passo que o TCU entende que se trataria de uma receita municipal (“sempre que houver retenção na fonte, inclusive relativa aos pagamentos efetuados à pessoa jurídica, o produto dessa arrecadação pertence ao Estado, Distrito Federal ou Município do qual se originou o pagamento”, Decisão n. 125, de 27.02.2002, do Plenário do TCU, v. Solução de Consulta n. 166, p. 6, item 6).

Ainda quanto ao risco de decisões conflitantes, vale observar que a questão não se soluciona pela literalidade da normatização vigente, visto que o art. 158, inc. I, da Constituição faz referência ao IRRF “sobre rendimentos pagos a qualquer título”, e não sobre os “pagamentos feitos a qualquer título”. É plausível, em razão disso, a tese da União, de que não se pode confundir rendimentos com receitas, por se tratar de conceitos que a própria Constituição diferencia (art. 195, inc. I, alíneas “a” e “b”), e que o CTN impede de serem sobrepostos (art. 110), havendo inclusive precedente do STF sobre situação análoga: a diferenciação entre receitas (imunes) e rendimentos (lucro, tributável) de empresas exportadoras (STF, RE 564413, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL). A expressão “rendimentos pagos a qualquer título” diria respeito não a quaisquer pagamentos feitos pelos municípios, mas sim à classificação dos rendimentos, feita no art. 16 da Lei n. 4.506/64. Assim, os pagamentos feitos pelos Municípios para pessoas jurídicas seriam receitas, e não rendimentos, e o IRRF sobre eles incidente pertenceria à União, e não aos Municípios (tese da Fazenda Nacional).

Neste contexto, concluo que o objeto litigioso pode receber diferentes interpretações por diferentes magistrados, levando a situações de falta de isonomia entre os municípios, o que se revela absolutamente indesejável no âmbito da repartição constitucional de receitas entre os entes federados. Mostra-se aplicável ao caso a justificativa do TRF/4 ao admitir o IRDR n. 505432186.2016.4.04.0000/PR, em que está em discussão a inclusão ou não, no FPM, da multa prevista na Lei n. 13.254/2016, que regula o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária:

[...]

Em consulta ao andamento do feito, infere-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região admitiu o incidente suscitado, autuado sob o número 5008835-44.2017.4.04.0000, ao entender “verificado o pressuposto da repetição de processos contendo controvérsia sobre a mesma questão de direito, bem com representando o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Na oportunidade da admissão (acórdão), houve a individualização e delimitação da questão jurídica¹¹, conforme determina o Código de Processo Civil.

¹¹ A ementa do acórdão em questão está assim redigida: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. DESTINAÇÃO DE RECEITAS. MUNICÍPIO. UNIÃO. Verificado o pressuposto da repetição de processos contendo controvérsia sobre a mesma questão de direito, bem com representando

Por fim, imperioso anotar que, ao proceder ao enfrentamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, particularmente a 1ª Seção, fixou a tese jurídica¹², sem julgar o conflito da ação subjacente – suspensa no primeiro grau.

Observa-se, assim, a utilização do referido incidente como técnica objetiva, relativa apenas à questão de direito, ensejando a cisão decisória.

Com efeito, o caso apresentado reforça a possibilidade de utilização, pelo magistrado singular, do incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica de gestão, com vistas a provocar a sua instauração e definição da tese jurídica relativa à questão repetitiva sob a sua apreciação, fomentando a isonomia, a economia processual e a segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento empreendido por meio deste artigo destinou-se à compreensão de um novo instituto positivado no Código de Processo Civil de 2015, consistente no incidente de resolução de demandas repetitivas, com ênfase na análise da legitimidade ativa do juiz com atuação no primeiro grau de jurisdição para suscitá-lo.

Após a apresentação das premissas em que lastreado o desenvolvimento da temática, consignadas na introdução do artigo, discorreu-se acerca da litigiosidade repetitiva, bem assim do sistema processual civil contemporâneo, a fim de contextualizar o Código de Processo Civil de 2015 e, em particular, apresentar o incidente de resolução de demandas repetitivas como um instrumento destinado ao enfrentamento deste especial tipo de litigiosidade.

No particular, concluiu-se que o diploma adjetivo civil vigente almeja enfrentar a problemática da litigiosidade repetitiva, a fim de reduzir a quantidade de demandas em tramitação, em que discutida a mesma controvérsia jurídica, propondo, assim, uma solução homogênea a partir da análise de um caso eleito/paradigma e, de conseguinte, um modelo concentrado, sendo o IRDR um de seus instrumentos.

o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, admite-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para exame da tese delimitada nos seguintes termos: 'Interpretação do art. 158, inciso I, da Constituição Federal, no âmbito da distribuição das receitas arrecadadas a título de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), incidente sobre valores pagos pelos Municípios, a qualquer título, a pessoas físicas ou jurídicas contratadas para prestação de bens ou serviços'.

¹² O acórdão pertinente ao incidente de resolução de demandas repetitivas em questão - TRF4 5008835-44.2017.4.04.0000 foi juntado aos autos em 30/10/2018.

Observou-se, assim, que o incidente de resolução de demandas repetitivas insere-se dentro de uma perspectiva instrumentalista do processo, hábil a fornecer os meios tecnicamente adequados para a consecução do direito material em tempo razoável, de modo isonômico e econômico, pautado pela observância da segurança jurídica.

Em seguida, procedeu-se ao exame da disciplina normativa concedida ao incidente de resolução de demandas repetitivas nos moldes em que positivado no Código de Processo Civil, particularmente no que se refere às hipóteses de cabimento e pressupostos, âmbito de instauração e legitimidade ativa.

Para tanto, realizou-se uma análise dos doze artigos destinados ao instituto no diploma processual; em relação aos pressupostos, foram apresentados aqueles expressos no art. 976, quais sejam a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No que se refere ao primeiro, consignou-se a exigência de uma efetiva repetição de processos e não somente a potencialidade de multiplicação, assinalando-se que o legislador não fixou um número mínimo de processos em tramitação para que seja possível ou recomendável a instauração do incidente; de outro lado, em relação ao segundo, inferiu-se que deve haver uma efetiva e atual divergência interpretativa, hábil a violar o princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Na sequência, pontuou-se a existência de um pressuposto negativo, isto é, a inexistência de recurso especial ou extraordinário repetitivo sobre a questão jurídica, assim como a divergência instaurada no que concerne à existência ou não de um requisito implícito: necessidade de estar pendente no respectivo tribunal de justiça o processo – seja recurso ou ação originária - em que veiculada a questão jurídica a ser dirimida no âmbito do incidente.

No ponto, foram apresentados os argumentos relativos a cada corrente, tendo se concluído pela desnecessidade de tal pressuposto, diante do próprio histórico legislativo – em que excluída a referida determinação – e, outrossim, dos princípios e objetivos inerentes ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Prosseguindo-se com a análise do instituto no Código de Processo Civil, no que concerne à sua natureza jurídica, expostas as correntes doutrinárias desenvolvidas, conclui-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas mais se aproxima de uma técnica processual objetiva, destinada à resolução de um conflito normativo. A referida conclusão pautou-se, ainda, pela compatibilidade da referida interpretação com a defendida desnecessidade de tramitação de um recurso ou ação originária no âmbito do tribunal respectivo enquanto requisito à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A fim de encerrar a seção destinada aos aspectos normativos do incidente, ressaltou-se a ampla participação e publicidade na tramitação do IRDR como garantia do contraditório, diante dos efeitos decorrentes de seu julgamento - os quais se estendem para além do caso em que suscitado -, com destaque para as previsões constantes no art. 979 do Código de Processo Civil.

A terceira seção (quarto item) destinou-se ao exame da temática que ensejou o desenvolvimento do presente trabalho, consignada em seu próprio título, isto é, a possibilidade de atuação – limites e possibilidades – do magistrado de primeiro grau relativamente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ao desenvolvimento do tema, pontuou-se, inicialmente, ser incontroversa a legitimidade ativa do juiz, diante do disposto no art. 977, inciso I, do Código de Processo Civil, conquanto haja discussões acerca do seu alcance. Consignou-se, ainda, que, a depender da corrente eleita no que concerne ao apontado requisito da necessidade ou não da existência de processo em tramitação no tribunal, tem-se a potencialização ou não da atribuição concedida ao juiz singular.

Partindo da ideia de que o incidente de resolução de demandas repetitivas pautasse-se pela economia processual, isonomia, segurança jurídica, com vistas a assegurar a razoável duração dos processos, defendeu-se a atuação mais ampla do magistrado de primeiro grau quanto à possibilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, associada à desnecessidade de que exista causa pendente no tribunal.

Conclui-se, no particular, que o juiz de primeiro grau, dada a sua função, tem uma possibilidade mais ampla de ponderar acerca da efetiva multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, porquanto a ele são dirigidas, em um primeiro momento, as referidas demandas, revelando-se o instituto em análise como uma técnica de gestão processual, destinada à litigiosidade de massa.

Outrossim, apresentou-se um caso concreto, em que houve a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas a partir de um processo em tramitação ainda no primeiro grau, cuja suscitação se deu pelo magistrado singular, exemplificando-se, portanto, possibilidade de utilização, pelo magistrado singular, do incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica de gestão, com vistas a provocar a sua instauração e definição da tese jurídica relativa à questão repetitiva sob a sua apreciação, fomentando a isonomia, a economia processual e a segurança jurídica.

Por fim, infere-se que o trabalho atingiu o objetivo a que propôs, apresentando o incidente de resolução de demandas repetitivas como um importante instrumento disponível ao magistrado com atuação no primeiro grau; vale afirmar que, embora o instituto em comento

não consubstancie a solução ideal para todas as inconsistências do sistema judiciário na difícil missão de assegurar a celeridade processual, afigura-se adequado ao enfrentamento da litigiosidade repetitiva e hábil a auxiliar na concretização da duração razoável do processo, conforme prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, sem perder de vista a isonomia e a necessária segurança jurídica, garantias igualmente asseguradas na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano IX. Número 53 (mar/abr/2013), p. 47-78.

BORGES, Sabrina Nunes. **Incidente de Resolução de demandas Repetitivas: análise à luz do processo coletivo e do código de processo civil/2015**. São Paulo: editora foco, 2018.

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: 18 out. 2019.

CARBONI, Fernando Machado. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e os princípios da isonomia e da segurança jurídica: um estudo do primeiro caso julgado pelo TJSC**. Dissertação de Mestrado (profissional) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

Conselho da Justiça Federal (Brasil) (CJF). **Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. Estratégias de prevenção de conflitos, monitoramento e gestão de demandas e precedentes / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Ano 36, v. 193, mar/2011, p. 256 e 258.

LAMY, Eduardo. Os desafios do incidente de resolução de demandas repetitivas em face do federalismo brasileiro. **Revista de Processo**. Ano 43, vol. 277, março/2018.

MADURO-ABREU, Alexandre (Org.). **Gestão judiciária: conteúdos e disciplina**. Brasília: Editora IABS, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARCONDES, Gustavo Viegas. Limites de cognição no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, vol. 277, ano 43, p. 405-424. São Paulo: Ed. RT, março, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. **Revista dos Tribunais**. Ano 104. Vol. 962. Dez/2015, p. 131-151.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Vânia Cardoso André de (coord). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016.

NAGIB, Slaibi Filho. **Magistratura e gestão judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Dierle. **O IRDR do Novo CPC: este ‘estranho’ que merece ser compreendido**. <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 10 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **IRDR n. 5008835-44.2017.4.04.0000**. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50088354420174040000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1. Acesso em: 18 out. 2019.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. <https://www.tjsc.jus.br/>

[documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99](https://www.stj.jus.br/portal/documentos/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99). Acesso em: 18 out. 2019.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: projeções em torno de sua eficiência. **Revista de Processo**, ano 41, volume 251, janeiro/2016, p. 370-371.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: editora JusPodvim, 2018.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A GESTÃO DE CONFLITOS FAMILIARES DECORRENTES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Bruna Luíza Hoffmann



JUSTIÇA RESTAURATIVA E A GESTÃO DE CONFLITOS FAMILIARES DECORRENTES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

RESTORATIVE JUSTICE AND MANAGEMENT OF FAMILY CONFLICTS ARISING FROM DOMESTIC VIOLENCE

Bruna Luíza Hoffmann¹

RESUMO

No presente artigo, pretendemos definir a prática restaurativa no âmbito dos conflitos decorrentes da violência doméstica e verificar o modo pelo qual as pessoas possam elaborar, dialogar e transformar as suas controvérsias, conflitos e relações, a fim de garantir os direitos constitucionais de todas as pessoas envolvidas, sem desconsiderar seus próprios interesses. Para se promover esta mudança na forma de abordar os conflitos, a partir das partes envolvidas, é importante adotar o tipo de abordagem mais adequado entre as práticas restaurativas para o caso concreto, a fim de que produzam resultados satisfatórios para as partes. Também é necessário perceber o compromisso e disposição das partes em participar da prática apresentada, bem como as necessidades e especificidades das pessoas envolvidas. Para tanto, iniciaremos com a definição da estrutura, do funcionamento e dos princípios que regem as práticas restaurativas. Como exemplo, podemos citar: reparação dos danos, atendimento à necessidade de todos os envolvidos, participação, empoderamento, consensualidade, voluntariedade, confidencialidade e informalidade. Após, apresentaremos três distintas metodologias que são desenvolvidas por instituições nas práticas restaurativas: encontros vítima-ofensor, conferências de grupos familiares e círculos decisórios. Por fim, estudaremos as alterações provocadas pela implementação da Justiça Restaurativa nas dimensões individual, relacional, institucional e social e concluiremos com a aferição do grau de efetividade do procedimento, notadamente no âmbito da violência doméstica.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Conflitos Familiares. Violência Doméstica.

¹ Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC); Especialista em Prática Jurídica pela Universidade Regional de Blumenau (FURB); Especialista em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau (FURB); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); atuação como conciliadora, juíza leiga e mediadora nos Juizados Especiais de Almirante Tamandaré/PR, Florianópolis/SC e Timbó/SC; atua atualmente como Juíza Substituta do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; E-mail: brunaluizah@tjsc.jus.br.

ABSTRACT

In the present article, we intend to define the restorative practice in the context of conflicts arising from domestic violence and to verify the way in which people can elaborate, dialogue and transform their controversies, conflicts and relations, in order to guarantee the constitutional rights of all people involved without disregarding their own interests. In order to promote this change in the approach to conflict regarding the involved parties, it is important to adopt the most appropriate type of approach among restorative practices for the particular case in order to produce satisfactory results for the parties. It is also necessary to understand the commitment and willingness of the parties to participate in the presented practice, as well as the needs and specificities of the people involved. To this end, we will start with the definition of the structure, operation and principles governing restorative practices, as examples can be cited, damage repair, meeting the needs of all involved, participation, empowerment, consensus, voluntariness, confidentiality and informality. Next, we will present three distinct methodologies that institutions develop in restorative practices: victim-offender meetings, family group conference and decision-making circles. Finally, we will study the changes caused by the implementation of Restorative Justice in the individual, relational, institutional and social dimensions and conclude with the measurement of the effectiveness of the procedure, especially in the context of domestic violence.

Keywords: Restorative Justice. Family Conflicts. Domestic violence.

1 INTRODUÇÃO

Por meio do presente trabalho, pretende-se analisar a eficácia da prática restaurativa no âmbito doméstico e como ela pode ser acolhida como método capaz de lidar construtivamente com conflitos e violências. Para se promover esta mudança na forma de abordar os conflitos, a partir das pessoas envolvidas, é importante buscar perceber o tipo de abordagem mais adequado entre as práticas restaurativas para o caso concreto, a fim de que produzam resultados satisfatórios para as partes. Também é necessário perceber o compromisso e a disposição das pessoas envolvidas em participar do procedimento apresentado, bem como as suas necessidades e especificidades.

Em uma prática restaurativa deve-se primar por: a) Ter como objetivo a busca

por resolução dos conflitos e das controvérsias e satisfação dos usuários e não um elevado número de acordos; b) Equipes qualificadas e capacitadas em técnicas de Justiça Restaurativa; c) Percepção prévia pela equipe sobre a adequação da técnica ou metodologia restaurativa, de forma a não enquadrar todos os casos em um mesmo tipo de procedimento, que nem sempre é capaz de ser efetivo em todos os casos; d) Valorizar a capacidade das partes em desenvolverem soluções criativas e considerar a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; e) Buscar a construção de soluções desvinculando a prática restaurativa de qualquer atribuição de culpa ou atribuição da existência de um vencido e um vencedor; f) Buscar abordar todas as questões que as partes considerem importantes e atreladas ao conflito, desde a sua origem; g) Informar adequadamente as partes sobre seus direitos, a natureza do procedimento e as possíveis consequências das decisões e acordos ali tomados. Estes elementos buscam conduzir à responsabilização de todos os envolvidos em um caso de conflito ou violência, entendendo que na falta da responsabilização, há uma tendência de que se mantenham ou intensifiquem as situações ameaçadoras, defensivas e de intolerância devido às incertezas e riscos expostos na situação. (SOUZA, 2017, p. 19).

A ideia central desse método alternativo de soluções para os conflitos é a possibilidade de se ofertar uma resposta global ao delito concebida como um diálogo social entre as partes envolvidas a fim de resolver a situação de violência e juntos encontrar uma nova perspectiva de pacificação, sobretudo porque a vítima pode expor as suas necessidades de forma a valorizar o seu pertencimento, enquanto que o ofensor pode oferecer algo diferente como proposta para restaurar a relação rompida, com vistas à sua responsabilização. Nesse sentido, o presente artigo está estruturado em três capítulos.

Em um primeiro momento, apresenta-se a definição da Justiça Restaurativa para diferentes autores e analisam-se a estrutura, o funcionamento e os princípios que regem as práticas restaurativas, tais como: reparação dos danos, atendimento à necessidade de todos os envolvidos, participação, empoderamento, consensualidade, voluntariedade, confidencialidade e informalidade.

Após, estudam-se as distintas metodologias que são desenvolvidas por instituições nas práticas restaurativas: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os processos circulares e, na sequência, as alterações provocadas pela implementação da Justiça Restaurativa nas dimensões individual, relacional, institucional e social como condição de sua efetividade.

Acerca do resultado, de acordo com Penido e Mumme (2015, p. 76), se a Justiça Restaurativa ensina e resgata o valor que há na construção de relações justas e éticas, temos

que ela coloca na prática o valor justiça em três dimensões: relacional, institucional e social. Para os autores, a dimensão relacional se refere ao tipo de procedimento adotado para trabalhar com o conflito; a dimensão institucional relaciona-se à necessidade de se pensar a estrutura organizacional e desafios postos às pessoas e instituições que se propõem a trabalhar com a Justiça Restaurativa; a dimensão social convoca a corresponsabilidade da sociedade e dos poderes públicos para buscar soluções aos problemas relativos aos conflitos e violências. Monica Mumme (2019, p. 9) acrescenta, ainda, uma quarta dimensão – individual – que convida a uma transformação pessoal dos interessados diante dos princípios e valores da Justiça Restaurativa, por meio da identificação de sentimentos e necessidades afetados em uma situação conflituosa ou violenta.

Por fim, verifica-se o grau de efetividade da aplicação da prática restaurativa, notadamente no âmbito dos conflitos gerados pela violência doméstica. A Justiça Restaurativa exsurge da insatisfação de ver os procedimentos tradicionais apresentarem resultados poucos efetivos na mudança de comportamentos, especialmente porque as situações recorrentes de atos violentos têm uma complexidade maior do que se cuida, dado que

“as duas partes, portanto, homens e mulheres, precisam de auxílio para promover uma verdadeira transformação na relação violenta. Para alguns (homens), a prática de atos cruéis é a única forma de se impor como homem, e é necessário compreender que alguém que pensa de forma tão equivocada necessita desesperadamente de ajuda. Precisamos trabalhar juntos para erradicar todas as formas de violência contra a mulher, e não aceitarmos como naturais práticas de violência doméstica.” (RODRIGUES, 2016, p. 19).

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E SISTEMA JURÍDICO

O acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, deve ser “compreendido não somente como acesso ao Poder Judiciário, mas que, sinceramente, efetive direitos materiais, previstos em âmbito constitucional ou em legislação infraconstitucional; que, para isso, seja observado tanto o ponto de vista do autor do crime, como da vítima”. (CONTELLI, 2017, p. 107)

Não se pode perder de vista as qualidades que o sistema jurídico representa: o estado de direito, a imparcialidade procedimental, o respeito pelos direitos humanos e o

desenvolvimento ordenado da lei (ZEHR, 2015, p. 83), o que também pode ser implementado por meio da prática restaurativa, por ser uma alternativa viável e não excludente da judicialização, tendo em vista que

fortalece o processo de inclusão dos indivíduos ao possibilitar a humanização e pacificação das relações envolvidas em um conflito, eis que de modo antagônico ao da justiça penal, pois não busca a mera resposta punitiva aos transgressores - fato gerador das desigualdades sociais-, mas propõe um processo colaborativo entre todas as partes envolvidas no fato delituoso, promovendo a pacificação dos conflitos e a interrupção das cadeias de reverberação da violência e dos processos de criminalização. (PELIZZOLI, 2016, p. 209-210)

Nesse sentido, reforça Saliba (2009, p. 179) que a Justiça Restaurativa não significa substituir o sistema criminal existente, pelo contrário, “a coexistência dos sistemas de justiça, então, é valor e princípio da Justiça Restaurativa, sem o qual não há justiça.”

Giamberardino (2015, p. 204-227) sugere o reconhecimento do modelo denominado “alternatividade estrategicamente não-excludente”, no qual a Justiça Restaurativa se apresenta de forma autônoma e como alternativa ao sistema penal tradicional. Nesse ponto, as práticas restaurativas diferem do modelo repressivo porque não são baseadas na rejeição do conflito.

Para o referido autor, o modelo a ser adotado deve ser autônomo e sem relação ao sistema penal formal. Por outro lado, há que se providenciar a segurança jurídica para incentivar a adesão voluntária dos envolvidos e evitar eventuais abusos.

Dito isso, deve haver ao menos a possibilidade de controle e supervisão pelo Estado, denominada *accountability*, que é uma garantia procedimental que possibilita a confiabilidade das decisões. Ainda, sugere-se que o papel do Estado também seja o de certificar a existência dos ambientes necessários aos encontros restaurativos e agir na qualidade de facilitador das práticas.

De acordo com Braga (2015, p. 106-109), o sistema prisional brasileiro é insuficiente para evitar a reincidência e garantir a ressocialização, principalmente em razão dos estigmas sociais que atingem os apenados.

A Justiça Restaurativa se apresenta como uma possível resposta ao atual sistema carcerário. Ela incentiva a responsabilização voluntária do ofensor, a compreensão do contexto da criminalidade e a prevenção de novos delitos, sem utilização de meios mais gravosos e, conseqüentemente, ofensivos à pessoa humana.

Identifica-se, portanto, que a Justiça Restaurativa é um procedimento voluntário e informal, utilizada como alternativa e não excludente ao paradigma repressivo atual, com

observância das garantias constitucionais.

A partir dos estudos de meios alternativos de solução de conflitos, sem que se exclua o procedimento ordinário, o professor Frank Sander, da Harvard Law School, desenvolveu o “Tribunal Multiportas”, na década de 70. Segundo CRESPO (2012, p. 30-31), o modelo parte do pressuposto de que é necessário avaliar, a partir das características do conflito, a adequação dos variados meios para solução de controvérsias, tais como mediação, conciliação, arbitragem e negociação, além da justiça restaurativa. Feita a análise de cada um dos métodos aptos à solução de conflitos, sempre à vista da relação conflituosa, prossegue-se à verificação de seus procedimentos a fim de buscar quais portas – meios – seriam adequadas a cada um dos conflitos que nasçam das relações sociais.

2.1 CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é uma prática antiga, muito utilizada em sociedades comunais em geral. O conceito propriamente dito de Justiça Restaurativa surgiu nos Estados Unidos e Canadá, entre as décadas de 70 e 80, com o Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor. Além do âmbito criminal, as escolas, ambientes de trabalho e centros comunitários se tornaram importantes locais de aplicação das práticas restaurativas.

A Justiça Restaurativa resgata antigas práticas de justiça, principalmente para sociedades que ainda mantêm vínculos com costumes tradicionais. O sistema de justiça ocidental suprimiu os processos tradicionais de justiça, que, no entanto, se aplicavam muito bem àquelas comunidades. As conferências familiares e os círculos de construção da paz podem ser citados como duas práticas restaurativas adaptadas dos processos tradicionais.

Atualmente, as práticas restaurativas, baseadas na integração social e consensualidade, surgem em resposta ao desacreditado sistema penal retributivo. Assim, a resolução do conflito não é mais ditada verticalmente pelo Estado, e pode ser discutida entre os envolvidos de forma igualitária.

Ante o caráter impositivo do seu resultado, no modelo tradicional de justiça não há composição do conflito, mas somente sua repressão.

Sobre o conceito de Justiça Restaurativa, Saliba disserta:

[...] a Justiça Restaurativa é um modelo que se fortaleceu na deslegitimidade do paradigma retributivo, e seus princípios e conceitos quebram com o distanciamento das partes e reprivatizam o conflito, chamando a comunidade a participar ativamente da justiça, num momento raro de soberania e cidadania participativa. (2009, p. 146)

E acrescenta:

[...] processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal e social inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação. (2009, p. 148)

Por sua vez, André Gomma de Azevedo define a Justiça Restaurativa da seguinte forma:

[...] proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral das vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito. (2005, p. 140)

Maccold e Ted Wachtel, citados por Gomes Pinto (2005, p. 22), descrevem a Justiça Restaurativa como um “processo colaborativo que envolve aqueles mais afetados diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão”.

De acordo com Zehr (2015), “a Justiça Restaurativa proporciona, ainda, uma forma concreta de pensar sobre a justiça no âmbito da teoria e prática da transformação de conflitos e construção da paz”.

Diante desses conceitos, podemos sintetizar que a Justiça Restaurativa se fundamenta no empoderamento e participação das partes, autonomia, respeito, responsabilização e satisfação dos envolvidos pelos danos causados pelo delito, de modo a promover a paz social e interromper o desencadeamento da violência e criminalização, com vistas à manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

2.2 PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E PROCEDIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu a Resolução n. 2002/2012, que fixou princípios básicos sobre a aplicação da Justiça Restaurativa. A mencionada Resolução é dividida em diferentes seções, as quais abordam a definição, o uso, a operação dos programas e os facilitadores da Justiça Restaurativa, bem como o desenvolvimento de programas relacionados a ela.

Referida Resolução dita que os Estados-membros devem ser incentivados a adotar a Justiça Restaurativa e facilitar o seu uso no âmbito judicial. Além disso, devem encorajar encontros entre autoridades judiciárias e administradores dos programas da Justiça Restaurativa e realizar avaliações dos programas vigentes para averiguar os resultados.

Ressaltamos que os princípios apresentados pela Resolução podem ou não ser implementados pelos Estados-membros. Por outro lado, a flexibilidade dos princípios permite a utilização dos mais variados processos restaurativos, chamados de práticas restaurativas. Existem várias práticas restaurativas, o que não impede que novos modelos sejam criados, conforme os princípios da Resolução.

No Brasil, os princípios e valores da Justiça Restaurativa foram indicados inicialmente no documento denominado Carta de Araçatuba, posteriormente ratificado na Conferência Internacional Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos.

Importante avanço para a mudança de paradigma e implementação e consolidação da prática restaurativa no sistema de justiça foi a expedição da Resolução n. 225/2016, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Notadamente no âmbito da violência doméstica, a mencionada Resolução acrescentou o seguinte parágrafo ao art. 3º da Resolução CNJ n. 128/2011, que determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em situação de violência doméstica e familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, nos seguintes termos: “Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Especial da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.” (art. 23)

O processo restaurativo referido no aludido dispositivo se realiza pelo encontro da vítima com o ofensor, ou do homem e da mulher separadamente, em oficinas, com

participação de pessoas que irão oferecer novas possibilidades diante da situação, para contarem as circunstâncias do conflito e revelarem seus sentimentos e necessidades e, com isso, se responsabilizarem por acordos que restaurem e estabilizem as relações familiares rompidas.

Saliba (2009, p. 153-154) descreve os seguintes princípios que norteiam a justiça restaurativa: “1) princípio do processo comunicacional; 2) princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos; 3) princípio do consenso; 4) princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana”.

O princípio do processo comunicacional é baseado na aproximação dos envolvidos pelo diálogo, que inclui falar, mas também escutar desatrelado de julgamento, pois se está diante de diferentes percepções sobre a mesma situação.

O princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos está relacionado à busca de uma decisão com a qual as pessoas envolvidas possam conviver, e não necessariamente concordem, e o comprometimento delas para conferir efetividade à decisão.

O princípio do consenso fundamenta-se no respeito entre as partes para que alcancem o resultado desejado.

Finalmente, o princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana é o guia da atuação da Justiça Restaurativa.

O processo restaurativo tem como uma de suas principais características o diálogo, por meio do qual a vítima, o ofensor e as pessoas envolvidas pelo conflito discutem de forma ativa a solução consensual para a situação de violência e encontram uma nova perspectiva de pacificação. Enquanto a vítima expõe os seus sentimentos e necessidades, de forma a valorizar o seu pertencimento, o ofensor pode compreender, através da escuta, as consequências da sua conduta. A conscientização e responsabilização do ofensor, assim, evita a prática de novos ilícitos e incentiva a restauração de relações rompidas.

No sistema tradicional, a vítima limita-se a narrar os fatos e, em alguns casos, ao início da ação penal, a exemplo das ações penais privadas e ações penais públicas condicionadas à representação. Já na Justiça Restaurativa, a vítima é interessada na solução do conflito, da qual participa ativamente.

O processo restaurativo deve ser totalmente voluntário. Dessa forma, esse modelo de justiça não deve ser utilizado sem o consenso entre os envolvidos. Além disso, as partes devem ser informadas sobre a possibilidade de abandonar o processo a qualquer tempo e, também, sobre a confidencialidade das discussões.

Outro ponto característico da Justiça Restaurativa é a participação da comunidade

nos encontros. Saliba (2009, p. 163) aponta cinco justificativas para a indispensabilidade da comunidade nos processos restaurativos:

1º) para o fortalecimento dos vínculos estabelecidos entre delinquente, vítima e comunidade; 2º) para a reinserção social mais efetiva; 3º) para a conscientização da importância social do fato pelo desviante, vítima e sociedade; 4º) para a conscientização da importância do processo para a comunidade; 5º) para a efetiva soberania e cidadania participativa no Estado Democrático de Direito e promotor da justiça social.

A participação da comunidade permite a superação das diferenças, pois afasta o estigma e a diferenciação normalmente causados pelo sistema de justiça penal retributivo.

Sobre a aplicação da justiça nos processos restaurativos, Gomes Pinto (2005, p. 21-2), citando Zehr, explica:

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

A decisão prolatada pelo Estado, sem aproximação da vítima, ofensor e comunidade, afasta o consenso. A Justiça Restaurativa, por sua vez, oportuniza a discussão entre as partes, com exposição dos motivos e consequências do conflito, que poderá ser resolvido por aqueles que nele estão envolvidos.

As partes devem ser avisadas previamente sobre os princípios e valores que regem a Justiça Restaurativa. Não pode haver desproporção entre as responsabilidades resultantes da solução do processo. Além disso, a possibilidade de insatisfação de algum dos envolvidos deve ser admitida, pois característica inerente ao ser humano.

Os procedimentos restaurativos devem primar pela flexibilidade, a fim de dar efetividade às decisões. Ainda, sua aplicação deve ocorrer em lugares distanciados da arquitetura clássica do sistema penal, em espaços comunitários que preservem a privacidade dos envolvidos e a confidencialidade necessária aos encontros.

Os encontros devem ser acompanhados por facilitadores ou guardiães, com treinamento específico para o processo restaurativo. Quanto ao acompanhamento por advogados e defensores, tem-se que poderá ser admitido se os envolvidos entenderem necessário. Poderão participar do encontro até mesmo familiares ou outras pessoas relacionadas às partes, desde que estas queiram esse tipo de intervenção.

Desde o início da Justiça Restaurativa no Brasil, é possível observar que os procedimentos restaurativos vêm se consolidando gradativamente por pertencer ao coletivo, empoderando o cidadão e colocando na prática o exercício de direitos e deveres.

3. METODOLOGIAS

Há três modelos predominantes de prática da Justiça Restaurativa, que têm sido frequentemente mesclados: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os círculos decisórios.

Pode-se citar como pontos em comum desses modelos o encontro e o diálogo facilitados entre os envolvidos no conflito.

Os encontros são conduzidos por facilitadores ou guardiães que orientam o processo restaurativo. O facilitador ou guardião não impõe acordos, de modo que os envolvidos são incentivados a compartilhar suas histórias e expressar seus sentimentos para alcançar voluntariamente uma solução adequada à controvérsia.

Para resolver o conflito, o mal praticado deve ser reconhecido, a equidade precisa ser criada e é necessário abordar questões futuras.

A participação das partes no processo restaurativo deve ser inteiramente voluntária. Além disso, o ofensor também deve reconhecer, de alguma forma, sua responsabilidade pelo delito.

A primeira metodologia a ser apresentada é o encontro entre a vítima e o ofensor, envolvendo aqueles diretamente afetados pelo conflito. É feito o atendimento com a vítima e o ofensor em separado e depois, havendo consentimento, é realizado o encontro, conduzido por um facilitador ou guardião. O resultado do encontro, em geral, é a solução consensual para a situação de violência e uma nova perspectiva de pacificação.

Nos Estados Unidos, em caso de violência grave, os programas de encontro vítima-ofensor ocorrem externamente ao sistema judiciário e por iniciativa das partes, na maioria das vezes a pedido da vítima ou de seus familiares.

A segunda metodologia é a conferência de grupos familiares, que inclui, além da vítima e do ofensor, também os familiares e outras pessoas relevantes para os envolvidos. O modelo é baseado no incentivo ao ofensor para que assuma a responsabilidade sobre o fato e altere seu comportamento.

Duas modalidades de conferência de grupos familiares vêm recebendo destaque.

A primeira, desenvolvida pela polícia australiana, adota um modelo padronizado, no qual o facilitador pode ser uma autoridade, como um policial com treinamento específico para a tarefa. Esse modelo trabalha o aspecto da vergonha de forma positiva, o que é bastante controverso, em razão da volatilidade desse sentimento.

A segunda foi criada na Nova Zelândia e é utilizada como procedimento padrão nas Varas da Infância e Juventude do país. A facilitação não é roteirizada. A reunião é feita, inicialmente, com cada uma das famílias em separado. O ofensor e sua família devem elaborar uma proposta para a vítima e seus familiares. As conferências são facilitadas por um assistente social indicado pelo Estado. Também podem participar da conferência advogados, procuradores da Vara da Infância e Juventude, assistentes sociais e policiais.

As conferências no estilo neozelandês não se limitam ao acordo de reparação do dano, mas estabelecem um plano completo para o caso, que abrange elementos de prevenção e até mesmo punição. O plano precisa ser aprovado por todos os participantes, que podem, inclusive, vetar a decisão em caso de insatisfação.

Por fim, a terceira metodologia a ser estudada é a abordagem circular, na qual os participantes se organizam em um círculo. Este é um procedimento antigo da cultura indígena, dos aborígenes, baseado nos conceitos de liberdade, horizontalidade e individualidade em que ninguém impõe uma decisão ao outro. Trata-se de um processo de contação de histórias, de diálogo, que potencializa a empatia entre os participantes.

Um “bastão de fala” é passado entre os presentes para que todos tenham a oportunidade de falar, além de servir para regulamentar o diálogo dos participantes, de modo que somente a pessoa que está segurando o objeto pode falar, sem ser interrompida. O “guardião do círculo” serve como facilitador, o qual possui a função primordial de ajudar os envolvidos a explicitarem o que aconteceu, em um ambiente de igualdade. Conforme Boynes-Watson e Pranis (2011, p. 19-24), a função do facilitador ou guardião é cuidar do ambiente em todas as dimensões, desde o espaço físico até o emocional. É seu papel planejar o processo circular por meio de um roteiro que considere as cerimônias de abertura e de fechamento, bem como as perguntas norteadoras para a conversa, selecionar o objeto de fala e os objetos que irão compor o centro do círculo.

A propósito, o facilitador usa o espaço do centro do círculo para criar um ponto de ligação, que serve de foco para dar apoio à fala e escuta, e pode ser composto por um ou mais objetos dispostos sobre uma base de tecido ou tapete. Referidas peças devem ser especialmente escolhidas, a fim de que representem valores realmente significativos para o grupo e/ou tema. No início e encerramento do encontro, há uma declaração do facilitador sobre o respeito e o valor de cada um dos participantes. Participam do círculo aqueles diretamente envolvidos pelo conflito, seus familiares, profissionais do sistema judiciário e membros da comunidade. Por envolver a comunidade, a discussão nos círculos costuma ser abrangente, ante a possibilidade de abordar questões comunitárias.

4. ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELA IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O sucesso da Justiça Restaurativa manifesta-se no respeito à diversidade cultural e na abordagem coletiva dos casos. Ela tende a corrigir as consequências da violência, apaziguar o conflito e restabelecer o diálogo entre as partes.

São etapas da composição a identificação e reparação do dano, envolvimento das partes do processo e transformação da relação entre comunidade e governo no que tange à resposta à criminalidade. A reparação do dano, além de representar a compensação à vítima, também simboliza o reconhecimento do erro e a aceitação da responsabilidade.

A reparação do dano pode ser em espécie, por meio de prestação de serviços em favor da vítima ou da comunidade ou, ainda, por outras medidas, sem natureza patrimonial. Ademais, o perdão do ofendido também é uma manifestação de vontade válida da vítima e deve ser respeitado, ainda que não se alcance resultado compensatório.

Segundo Pelizzoli (2016, p. 209-210), “a aplicabilidade dos mecanismos restaurativos na sociedade contemporânea oportuniza uma justiça criminal que promova os direitos humanos e da cidadania, da inclusão social e da dignidade humana, ao abordar as relações sociais envolvidas em conflitos de forma humana e pacífica”.

Penido e Mumme (2015, p. 76) ensinam que, se a Justiça Restaurativa ensina e resgata o valor que há na construção de relações justas e éticas, temos que ela coloca na prática o valor justiça em três dimensões: relacional, institucional e social.

Para os autores, a dimensão relacional se refere ao tipo de procedimento adotado

para trabalhar com o conflito, ainda que haja uma diversidade de técnicas, existindo um ponto de convergência entre elas: o encontro ordenado e espontâneo entre a vítima, ofensor e pessoas direta e indiretamente afetadas pela situação conflituosa, coordenado por uma pessoa previamente capacitada em práticas restaurativas, a fim de possibilitar os participantes que identifiquem seus sentimentos e necessidades afetados e encontrem soluções coletivas.

A dimensão institucional, por sua vez, relaciona-se à necessidade de transformar a estrutura organizacional a partir de desafios postos às pessoas e instituições que se propõem a trabalhar com a Justiça Restaurativa, com o objetivo de que a própria cultura – hierárquica e excludente – não retroalimente a situação de violência, tampouco manipule os procedimentos restaurativos para manter as relações de poder na instituição. Do contrário, a proposta restaurativa restaria esvaziada e extinta.

Por fim, a dimensão social convoca a corresponsabilidade da sociedade e dos poderes públicos para buscar soluções aos problemas relativos aos conflitos e violências. Para tanto, devem ser desenvolvidos procedimentos que respondam às violações aos direitos fundamentais detectadas nos procedimentos restaurativos, sejam das vítimas, dos ofensores ou da comunidade, de modo a viabilizar encaminhamentos efetivos e ultrapassar os limites relacionais e institucionais.

Importante mencionar que as três dimensões do conflito e da violência estão intrinsecamente relacionadas e demandam a tomada de providências que se complementem. Fica evidente que, se o foco da implementação e do desenvolvimento da Justiça Restaurativa se limitar ao estabelecimento de um procedimento, se poderá atingir a dimensão relacional do conflito e das situações de violência, no entanto, haverá uma redução do potencial de transformação da Justiça Restaurativa, com pouca eficiência nas mudanças de paradigmas culturais, possibilitando, em médio e longo prazo, a cooptação desses procedimentos e técnicas pelo sistema predominante, que desumaniza e aliena em sua expansão.

A psicóloga Monica Mumme (2019, p. 9) acrescenta, ainda, a dimensão individual – que convida a uma transformação pessoal dos interessados diante dos princípios e valores da Justiça Restaurativa, sob o fundamento de que ela não se satisfaz completamente com as respostas alcançadas com a resolução da dinâmica apenas relacional. Os procedimentos restaurativos possibilitam às pessoas identificarem seus sentimentos e necessidades afetados em uma situação conflituosa ou violenta e, a partir desse reconhecimento, encontrarem soluções coletivas para a transformação da situação em uma outra maneira de conviver.

Aliás, as quatro dimensões estão contempladas na Resolução n. 225/2016 do CNJ:

CONSIDERANDO que, diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados.

Cada eixo trata de uma dimensão sobre o conflito e/ou violência e estabelece conexões que contribuem para uma compreensão mais significativa e concreta sobre o que é transformar experiências conflituosas e violentas em aprendizado e mudanças na forma de se relacionar.

Portanto, a implementação da Justiça Restaurativa requer alterações nesses quatro níveis e, caso algum deles seja desconsiderado, perde-se a condição da sua efetividade sob o prisma da sua máxima potencialidade.

4.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA NA GESTÃO DE CONFLITOS FAMILIARES DECORRENTES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Na atuação em Varas Criminais com competência para tratar de violência doméstica, especialmente quando da concessão de medidas protetivas de urgência, surgem muito mais perguntas do que respostas: o afastamento do ofensor do lar ou proibição de aproximação é realmente a solução?, o que a vítima deseja?, quais são as necessidades da vítima, ofensor e da comunidade que os circunscreve?, como podemos reconstruir os laços rompidos pela prática do crime?, como podemos garantir a segurança da mulher?

E, dentre tantas perguntas, encontramos na Justiça Restaurativa uma alternativa aos procedimentos habituais que têm apresentado resultados pouco efetivos na mudança de comportamentos, especialmente porque as situações recorrentes de atos violentos possuem uma complexidade maior do que realmente se cuida quando o controle sobre o outro tenha sido a forma escolhida.

A opção pela prática restaurativa está relacionada ao contexto e à voluntariedade dos envolvidos. Além de que, no sistema restaurativo, a participação do ofensor e da vítima possui a mesma importância, pois como dito por Bacellar e Santos (2016, p. 79): “A vítima é valorizada na dimensão do seu dano, não servindo apenas para testemunhar o fato, mas para trazer ao conhecimento do infrator a sua real lesão e para colaborar, de forma eficaz, com a reparação do prejuízo que sofreu e com a consequente responsabilização do transgressor”.

Logo, não há respaldo teórico para limitar a utilização dos processos restaurativos

às infrações de menor potencial lesivo ou sem violência contra a pessoa. Além disso, até mesmo em crimes em que não há vítima individualizada podem ser utilizadas práticas restaurativas articuladas apenas com o ofensor e a comunidade.

Como ponto favorável à utilização da Justiça Restaurativa nos casos relacionados aos crimes de violência doméstica contra a mulher, menciona-se a capacidade de prevenção da violência doméstica pela responsabilização da comunidade que rodeia a mulher, como familiares, vizinhos e amigos.

No caso de ação penal pública condicionada à representação da vítima, a própria opção da vítima pela prática restaurativa poderia afastar o encaminhamento do caso para o sistema judicial tradicional. No caso de ação penal pública incondicionada, Giamberardino (2015, p. 204-227) sugere um sopesamento do princípio da obrigatoriedade da atuação do Ministério Público ante a medidas restaurativas eventualmente decididas pelos envolvidos. Não ocorreria a transferência da titularidade da ação para a vítima, mas sim uma mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Na fase decisória, poderia ainda o juiz possibilitar a discussão pelos envolvidos sobre a medida a ser aplicada, em detrimento da dosimetria da pena. Desse modo, a sentença reconheceria a responsabilidade pelo fato, mas sem a respectiva pena, cuja solução seria definida pelas partes.

Dito isso, é preciso ressaltar alguns pontos da Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. A legislação veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar, das penas de cesta básica e prestação pecuniária, bem como a substituição da pena pelo pagamento isolado de multa. Ainda, também estabelece que a Lei dos Juizados Especiais não se aplica aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

É permitida a aplicação da legislação específica à criança, ao adolescente e ao idoso aos processos decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, desde que não conflitem com a Lei Maria da Penha.

Nesse ponto, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), criado pela Lei n. 12.594/2012, que tem como princípio a aplicação de práticas e medidas restaurativas e o favorecimento da autocomposição, permite a utilização de métodos restaurativos nos casos de conflitos domésticos e familiares, sem prejuízo da lei específica.

Sendo assim, os conhecimentos e as ferramentas da Justiça Restaurativa permitirão ir além da resolução da controvérsia no âmbito da violência doméstica, com a sua verdadeira transformação, tendo em vista que a prática restaurativa “encara o conflito como uma oportunidade de tratar o contexto mais amplo, de analisar e compreender o sistema de

relacionamentos e padrões que geram a crise”. (Bacellar; Santos, 2016)

Portanto, muito além da solução do conflito, a Justiça Restaurativa possibilita a reparação dos atos lesivos à vítima, família e/ou comunidade afetadas pelo conflito e a reintegração preventiva, por intermédio de políticas que desestimulam a estigmatização e reconheçam os sentimentos dos envolvidos no conflito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, percebe-se que a Justiça Restaurativa propicia a abordagem concreta do conflito, por intermédio de um processo voluntário e colaborativo entre todos os envolvidos, vítima, ofensor, familiares, vizinhos e comunidade, que os convida a refletir sobre suas próprias ações, necessidades e responsabilidades.

Importa mencionar que a Justiça Restaurativa não elimina o Sistema de Justiça tradicional, mas sim é complementar ao paradigma repressivo atual, pois possibilita que todas as partes atingidas pelo conflito discutam o caso e definam, de forma consensual, a adequada reparação dos danos causados pelo ato lesivo e a reintegração preventiva, por intermédio de políticas que desestimulam a estigmatização e reconheçam os sentimentos dos envolvidos no conflito.

Nas palavras de Monica Mumme (2019, p. 9), “a Justiça Restaurativa busca na sua potência máxima um diálogo social e, com isso, criar espaços dialógicos para que o exercício de um outro conviver emergja da necessidade consciente de se transformar, conflitos, divergências e ou violências em aprendizado e transformação das realidades.”

Desse modo, há restabelecimento da comunicação e empoderamento das partes interessadas, sem olvidar da ênfase no respeito mútuo entre vítima e ofensor, com possibilidade de humanização das relações processuais em lides penais.

Nesse sentido, concluímos que os conhecimentos e ferramentas da Justiça Restaurativa permitirão transformar o conflito, o que vai além da resolução, notadamente no âmbito dos conflitos familiares decorrentes da violência doméstica, uma vez que os procedimentos habituais têm apresentado resultados pouco efetivos na mudança de comportamentos.

De acordo com dados oficiais relativos ao ano de 2017, extraídos do site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a cada dois segundos uma mulher é vítima de violência no Brasil, e a cada duas horas uma mulher é assassinada. De 87 países, o Brasil ocupa a 7ª

colocação entre as nações mais violentas para as mulheres, segundo a ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Conforme o último levantamento oficial, Santa Catarina aparece na 9ª posição entre os estados mais violentos neste quesito.

Mesmo aprimorando a legislação e os mecanismos judiciais, a Lei Maria da Penha reduziu em não mais de 10% a 15% os casos de violência. Atualmente, tramitam 1 milhão de processos referentes à violência doméstica contra a mulher no Brasil, isso equivale a um processo para cada 100 mulheres brasileiras. Ainda que se tenha essa importante ferramenta legislativa para coibir a violência doméstica, é preciso que as situações recorrentes de atos violentos sejam tratadas sob prisma mais amplo de acordo com a complexidade em que, de fato, estão inseridos. Há que se ter em vista de que se trata de uma relação afetiva, em que na maioria dos casos percebe-se que a mulher agredida deseja continuar vivendo com o agressor, contudo, precisa de ajuda para que o companheiro deixe de ser agressivo.

A sua efetivação pressupõe um longo e árduo trabalho de mudança de cultura, que implica o envolvimento do homem e da mulher, além dos mais diversos segmentos da sociedade e do Poder Público, tudo isso para que haja manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito, interrupção do desencadeamento da violência e criminalização. Apenas assim, viabilizar-se-á uma verdadeira transformação da qualidade da relação outrora violenta para que gradativamente se deixe permear pelo respeito, porquanto essencial à convivência humana.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. **O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal**. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 140.

BACELLAR, Roberto Portugal; SANTOS, Mayta Lobo dos. **Mudança de cultura para o desempenho de atividades em Justiça Restaurativa**. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Org.). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016.

BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. **Círculos de justiça restaurativa e de construção de paz: guia do facilitador**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura da Ajuris, 2011.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot (coord.). **Direito penal da vítima: Justiça Restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 12 jun. 2019.

CONTELLI, Everson Aparecido. **Acesso à Justiça Criminal: Núcleos especiais criminais como alternativa consensual, restaurativa e dialógica na persecução criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CRESPON, Maria Hernandez. et. al. (Coord.). **Tribunal Multiportas – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

ELLIOT, Elizabeth M. **Segurança e cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis**. Trad. Cristina Telles Assumpção. 1. ed. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

MUMME, Monica. **Justiça Restaurativa: princípios, valores e suas possibilidades**. Disponível em: <https://www.facebook.com/LaboratoriodeConvivencia/>. Acesso em: 03 nov. 2019.

ONU – Organizações das Nações Unidas. **Resolução 2002/12**. Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoi_o/Resolucao_UNU_2002.pdf. Acesso em: 11 jun. 2019.

PELIZZOLI, Marcelo L. **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. 2. ed. Caxias do Sul: Educs; Recife: UFPE, 2016.

PENIDO, Egberto; MUMME, Monica. **Justiça Restaurativa e suas dimensões empoderadoras**. Como São Paulo vem respondendo o desafio de sua implementação. São Paulo: Revista do Advogado, 2015. Disponível em: <http://unimarb.org/docs/Justica-restaurativa-e-suas-dimensoes%20empoderadoras.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de construção de paz**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RODRIGUES, Lindinalva Correia. **Homens que agradam não agridem**. Cuiabá: Publicontas, 2016.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e paradigma punitivo**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Talles Andrade de (coord.). **Manual de Gestão para Alternativas Penais: Práticas de Justiça Restaurativa**. Brasília: 2017. 146 p. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/publicacoes/paz/manual-de-gestao-para-alternativas-penais-praticas-justica-restaurativa.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion (org.). **Mediação de Conflitos & Justiça Restaurativa**. Curitiba: Multideia, 2013.

UNITED NATIONS. **Office on Drugs and Crimes. Handbook of Restorative Justice Programmes. Criminal Justice Handbooks Series**. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf. Acesso em: 11 jun. 2019.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo**. Trad. Tônia Van Acker. 3 ed. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

O TEMPO, OS PROCEDIMENTOS PENAIS E A LEI N. 11.340/2006

Caroline Freitas Granja



O TEMPO, OS PROCEDIMENTOS PENAIS E A LEI N. 11.340/2006

THE TIME, THE CRIMINAL PROCEDURES AND 11.340/2006 LAW

Caroline Freitas Granja¹

RESUMO

Este artigo apresenta um panorama geral da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), trazendo informações sobre o contexto histórico que levou à sua criação, tecendo comentários sobre dispositivos localizados no corpo da norma - essenciais à compreensão de seus fins - e expondo uma relação das principais inovações decorrentes da entrada em vigor do microsistema que trata do tema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com ênfase no aspecto processual-penal, e base lógica dedutiva-indutiva, são recordados os conceitos de 'processo' e 'procedimento' e as classificações de rito propostas pelo Código de Processo Penal, bem como listadas as etapas elementares para o regular desenvolvimento do processo comum ordinário e realizada a análise comparativa dos comandos genéricos do referido Códex e das disposições contidas na norma especial.

Avança-se na abordagem proposta, valendo-se de técnica descritiva, para discorrer sobre alguns significados semânticos das expressões 'tempo' e 'prazo' e, assim, revelar a ligação entre fator cronológico e procedimentos penais - em especial, aqueles destinados à apuração dos delitos sujeitos à incidência da Lei n. 11.340/2006 -, para apontar determinados reflexos negativos potencialmente oriundos da demora na instrução criminal das ações penais que visem apurar essa espécie de infração penal.

Ao fim, o problema do excesso de prazo para a formação da culpa é retratado por meio de análise quantitativa, colacionando-se dados obtidos pela pesquisa em que se investigou a atual situação dos procedimentos da Lei Maria da Penha no âmbito do Poder Judiciário Estadual, com vistas a contribuir com a busca de meios de superação das dificuldades observadas quanto à efetivação dos comandos emanados das regras de proteção e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher.

¹ Juíza Substituta, integrante do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, com lotação na 5ª circunscrição e atuação na Comarca-sede de Criciúma. Bacharel em Direito, graduada no curso de ensino superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul – Campus localizado em Uruguaiana/RS, no ano de 2009. Endereço Eletrônico: carolinegranja@tjsc.jus.br.

Palavras-chave: Lei n. 11.340/2006. Procedimento penal. Duração razoável do processo. Instrução criminal. Estrutura do Poder Judiciário Nacional e Estadual.

ABSTRACT

This article presents an overview of 11.340/2006 law (Maria da Penha's Law), providing information on the historical context that led to its creation, commenting on articles located on its text – essential to the understanding of its purposes – and exposing a list of the main innovations resulting from the microsystem that deals with the theme of domestic and family violence against women.

With emphasis on the procedural-criminal aspect, and deductive-inductive logic basis, the concepts of 'process' and 'procedure' are recalled, as well as the elementary steps for the regular development of the process, taking place a comparative analysis between the general procedure and that one presented on the law object of specific study.

The article advances, with descriptive technique, to discuss some of the meanings of the words 'time' and 'term', and thus reveal the link between chronological factor and criminal proceedings – in particular the crimes of 11.340/2006 law –, to point out certain negative reflexes arising from the delay in criminal prosecution based on offenses against women.

In the end, the problem of delay is portrayed through quantitative analysis, exposing data obtained by research investigating the current situation of the procedures of the Maria da Penha Law within the Judiciary, in order to contribute to overcoming the difficulties related to the implementation of protection standards.

Keywords: 11.340/2006 Law. Criminal proceedings. Reasonable duration. Criminal court hearing. Judiciary Structure.

1 INTRODUÇÃO

O artigo científico foi confeccionado a partir da leitura de obras doutrinárias que trouxeram infinitas reflexões envolvendo a aplicação da Lei n. 11.340/2006 e dos institutos por ela disciplinados. Tomou-se por base, também, o conteúdo extraído de trabalhos científicos nos quais foi proposto um maior aprofundamento do assunto em enfoque e a interpretação dos mais variados estatutos sistematizadores do tema da violência doméstica e familiar contra a mulher e regulamentadores dos procedimentos penais.

Às fontes citadas, se somou consulta feita à jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e os dados provenientes da investigação da realidade da atuação dos Órgãos Judiciários – em nível nacional e estadual – no que se refere à concretização dos fins perseguidos pela legislação especial de proteção.

Contudo, a pesquisa empreendida não foi o fundamento determinante para a escolha do tema proposto, mas tão somente o substrato para o enfrentamento do problema – que há muito já vinha sendo alvo de preocupação durante a prática jurídica –, das dificuldades encontradas para a adequada condução e justo julgamento das ações criminais cujo cenário é a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Logo, foi o contato direto por meio da atuação desempenhada em uma Vara Criminal de Entrância Especial - com competência cumulativa para processar e julgar as ações da Lei Maria da Penha, procedimentos especiais de diversas naturezas (tais como os relativos à Lei n. 11.343/2006, os crimes contra a ordem tributária, etc), os processos relativos às infrações penais comuns e aqueles a serem julgados pelo Tribunal do Júri, que levou à necessidade de investigar a influência do decurso de tempo, além do razoável, na produção da prova judicializada e, conseqüentemente, nas decisões proferidas em casos de violência doméstica e familiar.

Com efeito, a exposição dos obstáculos e barreiras surgidos durante a tramitação regular dos procedimentos em tais situações, tem como finalidade primordial subsidiar e, de alguma forma, contribuir com a busca pela solução de questões complexas ou de difícil superação, que repercutem no distanciamento entre a *'mens'* legislativa e a eficiente proteção das vítimas da Lei Maria da Penha – frise-se, na maioria das vezes, inseridas em um quadro de extrema fragilidade, provocado pela sistemática violação de seus direitos e garantias fundamentais, na unidade doméstica e no âmbito familiar – dos abusos e riscos à integridade física/psíquica e à própria vida.

Defato, é inegável que o caminho a ser percorrido é longo e o triunfo na transformação do cenário que se vivencia quando o assunto é a efetividade da Lei n. 11.340/2006 se submete a um processo lento e gradual de evolução.

No entanto, o avanço progressivo e, frequentemente, imperceptível, não é justificativa para comportamentos negligentes ou para que se legitimem atos de desrespeito às liberdades individuais e prerrogativas ao exercício da cidadania feminina, fomentando-se, com isso, a desigualdade de gêneros (há muito combatida!). Ao revés, deve servir para alimentar o anseio pelo total rompimento com a estrutura social sedimentada pelo pensamento patriarcal (e arcaico), com vistas à construção da constitucionalmente proclamada “sociedade

livre, justa e solidária” (art. 3º, I da CF/88).

Em tal contexto, se buscou na elaboração do presente artigo científico traçar um panorama geral sobre a Lei n. 11.340/2006 e sobre os ritos procedimentais do Direito Processual Penal, como forma de facilitar a compreensão do vínculo estabelecido entre o fator ‘tempo’ e a instrução da causa nas ações penais destinadas à apuração dos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher - e a exposição dos reflexos negativos dessa relação à própria eficácia almejada com a promulgação da norma estudada.

Desse modo, sob o título “O tempo, os procedimentos penais e a Lei n. 11.340/2006”, o tópico inaugural de desenvolvimento traz uma síntese histórica e situa a edição da Lei Maria da Penha no tempo e no espaço, bem como anuncia a mola propulsora da criação normativa: o caso de Maria da Penha Maia Fernandes.

A seguir, se propõe a análise do conteúdo da lei de proteção especial, com breves notas sobre os dispositivos mais importantes do texto, sublinhando-se as notórias modificações proporcionadas por ela no tratamento jurídico do assunto da violência doméstica e familiar contra a mulher e, ademais, apontando os fins perseguidos pelo legislador pátrio.

No título subsequente, o artigo se atém ao aspecto procedimental penal e relaciona as particularidades que garantem a especialidade da Lei n. 11.340/2006, quando comparada ao modelo ritual genérico regido pelo Código de Processo Penal. São apresentados os conceitos de ‘processo’ e ‘procedimento’ - com a menção do traço distintivo entre ambos -, resumidas as etapas essencialmente integrantes do processo criminal e, destarte, elencadas 04 (quatro) características de aplicação exclusiva às ações que envolvem condutas ilícitas subsumidas ao regramento do microsistema jurídico em estudo.

Chega-se ao núcleo do tema desenvolvido no terceiro tópico, no qual *ab initio* é feita a citação, de um ou outro sentido, atribuído aos vocábulos ‘tempo’ e ‘prazo’. Introduzidos os conceitos, no segundo momento, discorre-se sobre a importância do fator temporal para o adequado e válido desenvolvimento do procedimento – tempestividade na prática dos atos e consequências da desobediência do prazo estipulado -, com remissão à garantia constitucional de duração razoável do processo. Explica-se a ligação entre ‘tempo’ e ‘procedimento’, propondo-se uma análise dos efeitos prejudiciais da demora na instrução criminal nas provas produzidas sob o crivo do contraditório judicial - e, portanto, na recomposição da verdade dos fatos - e dos reflexos no próprio julgamento das ações criminais -, os quais repercutem o esvaziamento da punição perseguida por meio da ação penal ao agente infrator. À explanação, se soma a abordagem concreta do assunto explorado, apresentando-se 03 (três) situações que exemplificam o estreito liame entre ‘tempo’ e ‘prova’, obtidas da *práxis forense*.

O último tópico se destina à ilustração das considerações feitas nos antecedentes e das premissas fixadas na discussão do problema enfrentado no artigo, revelando o quadro atual da situação vivenciada pelo Poder Judiciário, quando se fala na aplicação da Lei Maria da Penha. Para tanto, colacionam-se tabelas com dados de pesquisa do Conselho Nacional de Justiça com abrangência nacional e outras contendo o quantitativo numérico no território do Estado de Santa Catarina, fornecidas pela Coordenaria Estadual do Tribunal de Justiça.

Quanto à metodologia, foram considerados os parâmetros da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. O método científico empregado para a composição do texto seguiu a base lógica dedutiva-indutiva.

2 O TEMPO, OS PROCEDIMENTOS PENAIS E A LEI N. 11.340/2006

2.1 LEI N. 11.340/2006: A LEI MARIA DA PENHA

2.1.1 Contexto Histórico do Surgimento da Lei n. 11.340/2006 e Evolução Normativa

A Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006 - batizada como Lei Maria da Penha - surgiu em um contexto de violação generalizada dos direitos da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Consistiu em resposta do governo brasileiro à Recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos sobre a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

Referida Recomendação teve como marco o conhecimento pela Corte do caso envolvendo Maria da Penha Maia Fernandes - reiteradamente vítima dessa espécie de violência, na constância de seu matrimônio – a qual, apesar de buscar auxílio junto às entidades competentes para a proteção de seus direitos, não contou com uma atuação positiva por parte dos acionados no sentido de franquear medidas para resguardá-los.

Sintetizando a história de Maria da Penha Maia Fernandes, expõe Renato Brasileiro de Lima:

[...] em data de 22 de setembro de 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, referente à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Esta lei ficou conhecida como Lei Maria da Penha em virtude da grave violência de que foi vítima Maria da Penha Maia Fernandes: em 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, a farmacêutica Maria da Penha, enquanto dormia, foi atingida por disparo de espingarda desferido por seu próprio marido. Por força desse disparo, que atingiu a vítima em sua coluna, Maria da Penha ficou paraplégica.

Porém, as agressões não cessaram. Uma semana depois, a vítima sofreu nova violência por parte de seu então marido, tendo recebido uma descarga elétrica enquanto se banhava.

O agressor foi denunciado em 28 de setembro de 1984. Devido a sucessivos recursos e apelos, sua prisão ocorreu somente em setembro de 2002.

Por conta da lentidão do processo, e por envolver grave violação aos direitos humanos, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que publicou o Relatório nº 54/2001, no sentido de que a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica.

Cinco anos depois da publicação do referido relatório, com o objetivo de coibir e reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher e superar uma violência há muito arraigada na cultura machista do povo brasileiro, entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, que ficou mais conhecida como Lei Maria da Penha (LIMA, 2014, p. 883).

O inconformismo de Maria da Penha Maia Fernandes com o tratamento dado aos acontecimentos graves que, mais uma vez, a vitimaram – incluindo duas tentativas de homicídio e o estado de paraplegia – levou-a formalizar denúncia à Comissão Interamericana, contando, para tanto, com o apoio do Centro de Justiça pelo Direito Internacional e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher.

Rogério da Cunha Sanches e Ronaldo Batista Pinto mencionam que a provocação de Maria da Penha Maia Fernandes, na seara internacional, culminou na publicação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos do Relatório n. 54, em 16 de abril de 2001, referindo que

[...] nesse relatório foi realizada uma profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e Convenção de Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 2005), assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de

implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados.

Dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que ‘a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica’ (SANCHES E PINTO, 2019, p. 24).

O cenário supra descrito aliado aos movimentos feministas que eclodiam à época foram os fatores determinantes para a edição da Lei n. 11.340/2006 - popularmente conhecida como Lei Maria da Penha –, estatuto jurídico que, ainda hoje, se encontra em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio.

Em linhas gerais, o Projeto de Lei teve início em 2002 e contou com o trabalho de cerca de 05 (cinco) organizações não-governamentais atuantes no combate à violência doméstica e na luta pela preservação dos direitos das mulheres em nosso país – as quais “se reuniram sob a forma de Consórcio para elaborar anteprojeto de lei para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher - Projeto que foi apresentado à Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República” (FERRAZ, 2014, p. 20).

Coube ao governo brasileiro, “pressionado pelos movimentos internos e internacionais apoiadores dos protestos contra as violações dos direitos das mulheres no recinto familiar, pelos documentos internacionais a esse respeito e pela provocação do Consórcio das ONG’s” (FERRAZ, 2014, p. 20), a tarefa de constituir o Grupo de Trabalho encarregado da confecção do Projeto de Lei, o que se deu por meio do Decreto n. 5.030/2003.

Formada, a equipe interministerial diligenciou a coleta de dados em diversos ambientes sociais, os quais serviram de base ao Projeto de Lei n. 4.559/2004 - de iniciativa do Poder Executivo - que “tramitou por quase dois anos no Congresso Nacional e, ao final, se converteu no Projeto aprovado nas Casas Legislativas e remetido à sanção do Presidente da República, que o promulgou como Lei Ordinária, sob o n. 11.340, em 7 de agosto de 2006” (FERRAZ, *Id.*, p. 21).

Não obstante, essa norma especial - que neste ano completou 13 (treze) anos de existência jurídica - é objeto de constante preocupação no que tange à necessidade de se assegurar a máxima efetividade de seus comandos, o que se constata das consideráveis modificações em sua redação originária, com o passar dos anos.

Pode-se citar como exemplo da afirmação feita, o advento da Lei n. 13.641, de 03 de abril de 2018 - responsável pela inclusão na Lei n. 11.340/2006 do art. 24-A –, que trouxe a previsão abstrata de um novo tipo penal, ligado aos crimes envolvendo violência doméstica

e familiar contra a mulher, qual seja, a infração penal de descumprimento de medida protetiva de urgência, com pena cominada no preceito secundário de 03 (três) meses a 02 (dois) anos de detenção. Sublinha-se, no ponto, que a incriminação autônoma da conduta do agressor que viola obrigação derivada da medida protetiva de urgência que lhe foi imposta, pôs fim à celeuma criada acerca do assunto.

Com efeito, até a modificação provocada pela edição da Lei n. 13.641/2018, o comportamento do agressor que insistia no descumprimento do dever - a que estava sujeito pelo caráter imperativo da decisão judicial que, após a verificação do preenchimento *in concreto* das circunstâncias e condições impostas à aplicação das disposições reguladoras proclamadas pelo diploma, concedia em benefício da vítima medidas emergenciais para assegurar sua proteção - não encontrava um consenso no tratamento que era dado à transgressão.

Assim, para uma parcela de estudiosos e operadores do direito, o descumprimento da medida protetiva de urgência concedida em favor da vítima e de comprovada ciência do ofensor se enquadrava na descrição típica do crime de desobediência do art. 330 do Código Penal. Para outra, não encontrando a conduta prévia correspondência em lei anterior à prática, a situação não poderia levar ao agravamento da situação do réu - e, em tal ótica, a falta de disciplina por norma penal incriminadora da situação repelia sua tipificação como ilícito penal, podendo ser resolvida em outras esferas ou ramos diversos do Direito Penal.

A controvérsia sobre o descumprimento da medida protetiva de urgência pelo agressor no período que se estendeu de 2006 a 2018, é explorada na obra de Renato Brasileiro de Lima, de onde se retira o excerto infra:

[...] pelo menos até o advento da Lei n. 13.461/18, que acrescentou à Lei Maria da Penha o crime do art. 24-A, havia certa controvérsia quanto à possibilidade de o descumprimento das medidas protetivas de urgência tipificar o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

De um lado, havia quem dissesse que o descumprimento injustificado de uma medida protetiva de urgência subsumia-se ao crime do art. 330 do CP, porquanto tinha-se, *in casu*, a desobediência de uma ordem legal emanada de um funcionário público.

[...]

Não era essa, todavia, a orientação dominante, principalmente no âmbito dos Tribunais Superiores. Isso porque a própria Lei Maria da Penha já previa as consequências decorrentes do descumprimento dessas medidas - substituição por outra medida de maior eficácia, imposição de outras cumulativamente ou decretação da prisão preventiva -, sem fazer qualquer ressalva expressa quanto possibilidade de responsabilização criminal pelo delito de desobediência.

Quando a lei extrapenal não traz previsão de expressa acerca da possibilidade de cumulação do crime de desobediência com outras sanções extrapenais, como ocorre na hipótese em questão, é firma o entendimento jurisprudencial no sentido da impossibilidade de tipificação do referido delito.

Com a inserção do crime do art. 24-A na Lei Maria da Penha – trata-se, aliás, do único delito previsto na Lei n. 11.340/2006 -, essa controvérsia chega ao fim. Doravante, se determinado agente vier a descumprir uma decisão judicial que deferiu medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha, deverá responder pela prática do referido delito (LIMA, 2014, p. 1540/1541).

Outra recente alteração suportada no texto primitivo da Lei n. 11.340/2006, se deu com a Lei n. 13.827/2019, que acrescentou às disposições do microssistema jurídico *in examen* o art. 12-C – dispositivo que consagrou a possibilidade de que, em determinadas hipóteses, a aplicação das medidas protetivas de urgência de afastamento do lar ou da convivência do agressor com a vítima de violência doméstica e familiar e/ou seus dependentes seja imediata e diretamente ordenada pelo Delegado de Polícia ou, na falta da autoridade referida, por policial responsável, dispensando a prévia autorização judicial para execução da medida emergencial.

Ficou claro, nesse ínterim, o receio do legislador da ineficácia da medida cautelar no desempenho de seu objetivo primordial – o de preservar a vida ou integridade física da ofendida e/ou de seus dependentes– constando do art. 12-C da Lei n. 11.340/2006, a expressa ressalva de que para a atuação proposta no comando abstrato, é necessário que pelas circunstâncias do fato se anteveja o risco atual ou iminente dos bens jurídicos tutelados pela norma de garantia.

De acordo com o art. 12-C da Lei n. 11.340/2006²:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:
I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§1º. Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a

² Embora não seja usual a transcrição, em artigos científicos, de artigos de lei, o expediente será utilizado, neste e em outros trechos do trabalho, com o objetivo de permitir ao leitor o estabelecimento de uma relação mais direta entre a temática explorada e a legislação positiva, trabalhando coordenadamente os referidos elementos.

manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§2º. Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso (BRASIL, 2018).

Destarte, conforme explica Rogério da Cunha Sanches:

[...] o caso concreto pode trazer circunstâncias que tornem o prazo legal muito extenso, o que aumenta o risco de ineficácia da medida eventualmente concedida e de que a vítima continue sendo submetida à violência mesmo depois de comunicada a infração penal.

Para suprir essa deficiência na proteção de vítimas de violência doméstica, a Lei 13.827/19 introduz na Lei Maria da Penha, o art. 12-C (SANCHES, 2019, p. 133).

Os aspectos acima destacados são importantes para que se tenha um quadro descritivo adequado acerca do surgimento e da evolução ou aprimoramento da legislação aqui estudada.

2.1.2 Panorama Geral do Conteúdo Normativo da Lei n. 11.340/2006

O art. 1º da Lei Maria da Penha traça o seu principal objetivo, qual seja, coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, detalhando o art. 5º do mesmo diploma o contexto em que deverá ser praticada a conduta pelo agente para que atraia a incidência da norma protetiva de caráter especial.

O art. 7º, a seu turno, traz o rol (não exaustivo) das diversas formas de violência suportadas por pessoas do gênero feminino na esfera de convívio familiar, doméstico e nas relações íntimas de afeto, se observando que os incisos I a V englobam de ofensas verbais até lesões efetivas à integridade da vítima – sexual, psíquica e física – sem excluir comportamentos lesivos ao patrimônio que ela eventualmente possua.

A compreensão das situações especificamente tuteladas pela Lei n. 11.340/2006 e, assim, a delimitação do espectro de abrangência dos comandos dela emanados exige, fundamentalmente, o conhecimento pelo operador do Direito do inteiro teor dos arts. 5º e 7º, os quais, respectivamente, preveem:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria oral (BRASIL, 2006).

Maria Berenice Dias, em obra de notável relevância ao tema, propõe a interpretação conjunta dos preceitos supratranscritos, ao mesmo tempo em que exalta o caráter didático da forma de abordagem dos conceitos, tal como apresentados na Lei Especial.

Segundo a autora,

[...] para se chegar ao conceito de violência doméstica é necessária a conjugação dos seus arts. 5º e 7º. Deter-se somente no art. 5º é insuficiente, pois são vagas as expressões: ‘qualquer ação ou omissão baseada no gênero’; ‘âmbito de unidade doméstica’, ‘âmbito da família’ e ‘relação íntima de afeto’. De outro lado, apenas do art. 7º também não se retira o conceito legal de violência contra a mulher. A solução é interpretar os arts. 5º e 7º conjuntamente para, então, extrair o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ou seja, violência doméstica é qualquer das ações elencadas no art. 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticadas contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva. A Lei não poderia ser mais didática. Primeiro define o que seja violência doméstica: qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois, estabelece seu campo de abrangência. A violência passa a ser doméstica quando praticada: (a) no âmbito da unidade doméstica; (b) no âmbito da família; ou (c) em qualquer relação íntima de afeto, independentemente, da orientação sexual da vítima (DIAS, 2015, p. 49-50).

Do exposto, se conclui que a Lei n. 11.340/2006 tem incidência restrita e abrangência limitada às situações em que se tenha como palco a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, não se aplicando a casos em que não seja possível constatar a presença de alguma das hipóteses anunciadas no art. 5º.

Acrescenta, ainda, Rogério da Cunha Sanches que a Lei Maria da Penha tem seu espaço de incidência reduzido à “a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando-se da sua hipossuficiência” (2019, p. 54).

Outrossim, consistindo em um eixo de efetivação de direitos humanos – tanto que o art. 6º da Lei Maria da Penha evidencia o vínculo entre violência doméstica e familiar e essa categoria de direitos, anunciando que esse tipo de agressão é, sim, uma das formas de violá-los –, em pouco tempo, tal norma ganhou o *status* de ação afirmativa.

A qualificação da Lei n. 11.340/2006 como instrumento hábil à compensação dos prejuízos acumulados no decorrer dos anos pela disparidade no tratamento jurídico de homens e mulheres – herança do pensamento patriarcal que predominou por muito tempo na sociedade é calcada não só na capacidade de servir como meio de resgate da isonomia, mas também por promover a norma protetiva a igualdade de gêneros – prenunciada, inclusive, no art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988.

A posição da Lei Maria Penha no âmbito das ações afirmativas de aspecto constitucional é explicada por Renato Brasileiro de Lima, conforme segue:

Com o objetivo de compensar desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino, e de modo a estimular a inserção e inclusão desse grupo socialmente vulnerável nos espaços sociais, promovendo-se, assim, a tão desejada isonomia constitucional entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), esta Lei passou a prever a possibilidade de adoção de *ações afirmativas* (“discriminação positiva”). Afinal, a promoção da igualdade entre os sexos passa não apenas pelo combate à discriminação contra a mulher, mas também pela adoção de políticas compensatórias capazes de acelerar a igualdade de gênero.

Estas *ações afirmativas* podem ser conceituadas como o conjunto de ações, programas e políticas especiais e temporárias que buscam reduzir ou minimizar os efeitos intoleráveis da discriminação em razão de gênero, raça, sexo, religião, deficiência física, ou outro fator de desigualdade. Buscam incluir setores marginalizados num patamar satisfatório de oportunidades sociais, valendo-se de mecanismos compensatórios. Esses programas de ação afirmativa não se colocam em rota de colisão com o princípio da igualdade, potencializando, pelo contrário, expectativas compensatórias e de inserção social de parcelas historicamente marginalizadas. Destinam-se, pois, a equacionar distorções arraigadas ou minorar-lhes as consequências anti-sociais.

A justificativa racional, neste caso, parte do correto diagnóstico de tendências sociais refratárias à inclusão social (nos setores da educação, trabalho, acesso aos bens culturais, etc), como também da viabilidade do mecanismo escolhido para substituir ou contrabalançar as referidas tendências, ainda que tomado como parte de políticas públicas mais amplas (LIMA, 2018, p. 898).

Para operacionalizar as situações subjetivas tuteladas na Lei Maria da Penha, o art. 2º se encarrega de listar – frise-se, sem o intento de esgotamento do assunto – uma extensa gama de direitos com titularidade atribuída às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Com viés manifestamente inclusivo, o texto do art. 2º estabelece que:

[..] toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Do mesmo modo, o art. 3º da Lei *in examen* preceitua que “serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 2006).

E mais, a parte final do dispositivo legal citado partilha a responsabilidade de franquear os meios para concretização das prerrogativas jurídicas abstratamente proclamadas no bojo da Lei Maria da Penha, de forma solidária, entre família, sociedade e Poder Público.

Em que pese a evidente natureza assecuratória da Lei n. 11.340/2006 - com notável missão protetiva dos direitos normatizados no sistema jurídico com titularidade pelas vítimas e ainda preventiva da reiteração de comportamentos lesivos pelo ofensor – em seu texto primitivo, não trouxe o diploma especial nenhuma regra cujo conteúdo fosse a descrição de conduta tipificada no ordenamento como infração penal (crime ou contravenção).

O silêncio quanto à criação de tipos penais incriminadores de condutas perdurou por cerca de 12 (doze) anos - da edição do Diploma em 2006 até meados de 2018 – quando promulgada a Lei n. 13.641 – que, como já adiantado, promoveu o acréscimo do art. 24-A às demais disposições contidas na Lei n. 11.340/2006.

Do bojo do artigo inserido pela Lei n. 13.641/2018, se observa que “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006” (BRASIL, 2018) sujeita o infrator à pena de detenção de 03 (três) meses a 02 (dois) anos, autorizando, ainda, a prisão em flagrante daquela que viola o comando judicial do qual tinha plena ciência – sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis em razão do comportamento transgressor.

Conforme Souza *apud* Façanha:

[...] na verdade, a Lei Maria da Penha não criou tipos penais próprios, apenas exemplificou condutas tidas como violência doméstica e familiar contra a mulher.

A tutela penal incide se a ação ou omissão considerada como violência doméstica e familiar contra a mulher, estiver tipificada pelo Código Penal ou por legislação específica.

Todavia para efetivar o princípio da proteção integral à mulher, ainda que a conduta não esteja tipificada como crime na Lei Substantiva Penal, nada impede a efetivação da tutela penal pelo Poder Judiciário (FAÇANHA, 2016, p. 89).

Desse modo, se percebe que a Lei n. 11.340/2006 se ocupou precipuamente da definição de conceitos indispensáveis à interpretação e aplicação concreta de seus dispositivos, sem esquecer de cuidar da descrição das formas de violência praticada contra a mulher no contexto pessoal (doméstico, familiar e nas relações íntimas de afeto), relegando ao Código Penal e à legislação extravagante a previsão normativo-abstrata das figuras penais típicas.

Se de um lado, o microssistema protetivo não acarretou maiores transformações no Direito Penal, de outro, em inúmeras passagens, deixou claro o rompimento com o modelo

tradicional de processo, trazendo a ideia de um procedimento inovador e dotado de maior carga de efetividade social - com a tarefa primordial de resguardar o plexo de direitos das mulheres em situação de vulnerabilidade e de coibir condutas lesivas a elas dirigida.

2.2 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LEI N. 11.340/2006: UMA BREVE ANÁLISE DO PROCEDIMENTO PROCESSUAL

2.2.1 Processo X Procedimento

Inaugurando a exposição, indispensável recordar os conceitos de processo e procedimento retirados dos ensinamentos da doutrina de Direito Processual Penal.

Processo é o instrumento utilizado para a persecução penal em Juízo da punição daquele que age em desconformidade com o ordenamento vigente.

Consiste, assim, na relação que se estabelece entre o titular do direito de ação, o acusado/réu e o Estado-Juiz – e que se desenvolve por meio de um instrumento pautado por princípios e garantias constitucionalmente assegurados - no bojo do qual é operacionalizada a atividade de aplicação do Direito Penal Objetivo (norma abstrata de direito material) à situação fática submetida ao crivo do juiz competente.

Bonfim conceitua processo como “o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal” (2006, p. 06-07), salientando que o Direito Processual Penal “se ocupa da forma e do modo pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da Justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e consequente punição dos culpados” (*Id.*).

O processo é constituído pelo conjunto de atos processuais isolados e sucessivos, previamente estruturados na lei e se organizados em ordem cronológica – cujo início se dá ao tempo da apresentação da peça inicial acusatória pelo titular do direito de ação, retirando o Juízo da inércia, até o momento em que se forma a coisa julgada – que servirá de instrumento para execução da condenação imposta pelo provimento judicial.

Examinando e comparando os conceitos de ‘ação penal’ e ‘processo’, o processualista Eugênio Pacelli ressalta que:

[...] a ação diz respeito a um momento anterior à formação do processo, no qual se examinam as hipóteses em que seria possível e sob que circunstâncias, a provocação da jurisdição.

Já o processo seria exatamente o instrumento por meio do qual se manifesta a jurisdição, devendo, pois, ser encarado sob o prisma de sua finalidade: o provimento judicial final, com a solução da controvérsia e a concretização da atuação do Direito.

E nesse sentido o processo seria o gênero, enquanto os diversos e diferentes procedimentos seriam suas espécies (PACELLI, 2011, p. 657).

O procedimento, por sua vez, é o componente formal do processo, sendo o meio pelo qual se exteriorizam os atos sequencialmente praticados por todos os integrantes da relação processual.

Em suma, o procedimento é o rito ou caminho necessariamente percorrido dentro do processo, que segue uma ordem lógica de organização, previamente definida no Código de Processo Penal e/ou na legislação extravagante.

Sob tal ótica, processo e procedimento são figuras que, apesar de conceitualmente interligadas, não se confundem.

Nestor Távora define um e outro, ao mesmo tempo em que critica a forma como foi estruturado o tema no Código de Processo Penal, pois, segundo ele, a redação carece de objetividade e clareza na regulamentação a que se propõe – o que, por vezes - cria entraves à identificação de cada figura.

Pontua o doutrinador que:

[...] os procedimentos no processo penal são bem diversificados.

O Código de Processo Penal não é sistemático como o Código de Processo Civil. Ao lado disso, algumas leis processuais penais especiais trazem previsão de outros procedimentos em conformidade com o delito que se esteja a apurar ou a instância onde deva ser instaurado o processo. Processo se distingue de procedimento.

O procedimento é a sucessão de atos realizados nos termos do que preconiza a legislação.

O processo é o conjunto, isto é, a concatenação dos atos procedimentais, com o desiderato de produzir, ao final, coisa julgada.

O Código de Processo Penal não é preciso nessa distinção. Nele consta, no livro II, a divisão dos 'processos em espécie' em 'processo comum' e 'processos especiais'.

Como a divisão da legislação não é didática e nem facilita a sistematização, é conveniente buscar uma linguagem coerente que possibilite a compreensão dos variados procedimentos processuais penais.

Para os fins aqui propostos, o processo será concebido como relação jurídica,

sendo conceituado como um conjunto de atos tendentes à prestação jurisdicional penal.

O procedimento, a seu turno, deve ser entendido como uma forma de atuar, isto é, uma técnica específica, constituindo-se a face formal, extrínseca (TAVORA, 2017, p. 1069).

Da mesma forma, Renato Brasileiro de Lima explica a diferença entre ambos, oportunizando a compreensão dos traços peculiares a cada um deles, por meio de abordagem simplificada e objetiva, *in verbis*:

Processo e procedimento são expressões que não se confundem.

O processo é uma entidade complexa, que pode ser conceituado em sentido amplo (ou formal) e restrito (ou substancial).

Em sentido amplo, o processo consiste na combinação de atos tendentes a uma finalidade conclusiva. Na segunda acepção, processo é o instrumento por meio do qual o Estado exerce a jurisdição, o autor o direito de ação e o acusado o direito de defesa, havendo entre seus sujeitos (partes e juiz) uma relação jurídica diversa da relação jurídica de direito material, qual seja, a relação jurídica processual, que impõe a todos deveres, direitos, ônus e sujeições.

De seu turno, o procedimento é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo do processo atuar em juízo.

Assim, enquanto o processo funciona como uma direção no movimento, ou seja, o movimento em sua forma intrínseca, o procedimento é o modo de se mover e a forma em que é movido o ato, isto é, o procedimento é esse mesmo movimento, porém em sua forma extrínseca.

Enquanto o processo penal é formado por um conjunto de atos processuais que o levam da formulação da peça acusatória ao provimento final, geralmente uma sentença absolutória ou condenatória, o procedimento é o modo como esse processo se desenvolve, a forma como tramita, enfim, a sequência dos atos que se realizam no exercício da jurisdição, bem como a relação que se estabelece entre eles na série, que pode ser, no âmbito criminal, comum ordinário, comum sumário, comum sumaríssimo ou especial; escrito ou oral; sumário ou dilatado; com uma ou várias instâncias.

Por isso, costuma-se dizer que o procedimento funciona como a medida do processo (LIMA, 2018, p. 1101).

Com foco no estudo do procedimento, no âmbito do Direito Processual Penal, e com o advento da Lei n. 11.719/2008, a classificação dos procedimentos penais sofreu substancial mudança, abandonando-se o critério que partia o procedimento em ordinário e

sumário, de acordo com a natureza da sanção penal (reclusão ou detenção) para facilitar a identificação do procedimento a ser aplicado.

Nesse sentido, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008, os procedimentos são divididos em duas grandes categorias: comum e especial.

O procedimento comum – inteiramente regulado pelo Código de Processo Penal –, na dicção do art. 394, §2º do referido estatuto, é aquele que se aplica de forma geral e indistinta a todos os processos, possuindo, desse modo, um caráter residual e complementar.

Do procedimento comum se retira a fórmula genérica de estrutura dos atos necessários ao regular desenvolvimento do processo, inferindo-se do texto legal que a composição básica é formada por 04 (quatro) fases ou etapas: postulatória, instrutória, decisória e recursal (ressalvando-se quanto à etapa recursal que, embora indicada como a derradeira fase do rito, pode eventualmente não estar presente).

A fase postulatória abarca a apresentação da peça inicial acusatória – que pode ser uma denúncia – nas hipóteses de ação penal pública incondicionada e na condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça – ou queixa-crime - no caso de ação penal privada ou subsidiária da pública.

Oferecida, a denúncia ou queixa é submetida à apreciação pelo juiz competente - a quem incumbe fazer o juízo de admissibilidade, verificando se estão presentes no caso as condições da ação penal, bem como se foram observadas as formalidades descritas pela norma. O resultado dessa verificação é o recebimento da peça (art. 395 do Código de Processo Penal) ou a sua rejeição (art. 396 do Código de Processo Penal).

Rejeitada, caberá recurso pelo interessado.

Se recebida, o acusado é citado para apresentação de resposta à acusação ou defesa prévia por escrito – que, nos moldes do art. 396-A do Código de Processo Penal, é de caráter obrigatório –, o que significa que a falta de defesa leva à nulidade absoluta do processo em razão da violação das garantias constitucionalmente asseguradas, a saber, direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988).

A etapa postulatória se encerra com a verificação da existência *in concreto* de alguma das hipóteses de absolvição sumária, taxativamente relacionadas no art. 397 do Código de Processo Penal, sendo a “existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; o fato narrado não constitui crime; extinção da punibilidade do agente” (BRASIL, 1941).

Também conhecida como ‘juízo antecipado do mérito penal’, a absolvição sumária proposta no art. 397 do Código de Processo Penal, exige o juízo de certeza, salientando

Távora que o instituto “veio em boa hora”, pois “antes da reforma, mesmo havendo juízo de certeza a viabilizar a absolvição, o magistrado tinha que instruir o feito, para ao final absolver o réu. O processo funcionava como verdadeiro fator de estigmatização, sem falar no custo financeiro e humano de ter que levar o processo até o seu final, quando já se sabia que a absolvição era pertinente no caso” (TAVORA, 2015, p. 1071).

Inocorrente qualquer hipótese que implique na absolvição sumária, o procedimento ingressa na próxima etapa, a instrutória.

É neste momento que são produzidas as provas destinadas à formação da convicção do juiz, por meio, principalmente, da realização de audiência de instrução e julgamento (art. 400 do Código de Processo Penal).

Não obstante, conquanto as provas possam ser em parte produzidas na fase preliminar ou pré-processual do inquérito policial, aportando, pois, antes mesmo da apresentação da inicial acusatória, ou, ainda, integrarem a peça preambular acusatória ou a resposta à acusação, tal como se dá com documentos eventualmente anexados e com o rol de testemunhas - é na audiência de instrução e julgamento que se concentram, essencialmente, os atos processuais destinados à produção probatória. Nesse sentido, é a solenidade anunciada pelo art. 400 do Código de Processo Penal que marca a fase instrutória do procedimento penal.

De acordo com o art. 400, *caput* do Código de Processo Penal, na audiência una (como regra), são praticados, conforme a ordem indicada, os seguintes atos destinados a angariar provas da existência da materialidade e autoria delitivas: tomada de declarações do ofendido, inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa (com ressalva ao disposto no art. 222 do mesmo diploma), prestação de esclarecimentos por peritos, acareações, reconhecimento de pessoas e/ou coisas e interrogatório do acusado.

Ao fim da audiência de instrução e julgamento, faculta-se ao Ministério Público, querelante, assistente e ao acusado, sucessivamente, que requeiram, caso assim desejem, a realização de diligências complementares – as quais, segundo consta do art. 402 do Código de Processo Penal - devem, necessariamente, se “originar de circunstâncias ou fatos apurados na instrução criminal” (BRASIL, 1941).

Não formulado pedido de diligências ou indeferida a postulação da parte por decisão judicial fundamentada, declara-se o encerramento da instrução criminal e, ato contínuo, instauram-se os debates orais da causa, com a apresentação das alegações finais por acusação e defesa, sucessivamente. Após as derradeiras manifestações, o magistrado profere, também oralmente, a sentença – iniciando e findando com esse ato, a terceira etapa

do procedimento, que é a decisória.

A última fase – recursal – se resume ao cabimento, processamento e julgamento dos meios de impugnação da decisão judicial – os chamados recursos –, que estão disciplinados, de forma detalhada nos arts. 574 a 646 do Código de Processo Penal.

Destarte, o procedimento comum comporta uma subdivisão embasada na categoria do rito a ser utilizado para percorrer as etapas de formação dos autos, a saber, ordinário, sumário ou sumaríssimo.

O critério definidor do tipo de rito imprimido no caso concreto, ao contrário do que ocorria antes do advento da Lei n. 11.719/2008, não é a natureza da sanção penal, mas o *quantum* de pena máxima abstratamente cominada ao crime cuja apuração é o objeto do processo, depreendendo-se da previsão do art. 394, §1º do Código de Processo Penal, que

[...] o procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I – ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei (BRASIL, 2008).

Já o procedimento especial encerra a exceção, guardando correspondência na legislação extravagante ou em outros Códigos (*v.g.* os procedimentos descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990) –, que em tais casos compete à própria norma regulamentadora a criminalização de condutas e a fixação de normas relativas ao procedimento para a apuração dos fatos e punição do autor da conduta, possuindo, sob tal ótica, um caráter misto ou híbrido.

Um exemplo de procedimento especial - criado por ato normativo diverso de Códigos ou Estatutos – os quais, frise-se, são documentos destinados à concentração em um único documento de todos os aspectos que possam se vincular à matéria submetida à sua disciplina - é aquele previsto pela Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/2006).

Nele são facilmente perceptíveis as características que diferenciam o rito do modelo genérico traçado pela lei, inerente ao procedimento comum ordinário, principalmente no que diz respeito aos prazos para a prática de atos processuais, à expressa previsão da resposta preliminar pelo acusado e à inversão na ordem sequencial dos atos a serem desenvolvidos durante a audiência de instrução e julgamento.

Interessante noticiar, quanto à última característica mencionada, que, de acordo

com a previsão do art. 57, o interrogatório é o ato inaugural da instrução – opção legislativa que incentivou intenso debate sobre a validade da disposição contida na lei especial sobre o procedimento residual e genérico do Código de Processo Penal, mormente, diante da positivação do incentivo ao desrespeito das garantias com assento constitucional.

Contudo, no paradigmático julgamento do HC n. 127.900 pelo Supremo Tribunal Federal, em 25 de junho de 2013, dissiparam-se as controvérsias que pendiam sobre o assunto, na medida em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal responsáveis pelo julgamento do remédio constitucional procederam a releitura dos arts. 400 do Código de Processo Penal e 57 da Lei n. 11.343/2006, tendo como diretrizes o sistema acusatório e os princípios constitucionais-penais, notadamente o contraditório e ampla defesa e, assim, sedimentaram o entendimento de que a ordem dos atos da audiência de instrução e julgamento, disciplinada na regra geral, prevalecia sobre o comando da lei especial, mantendo-se o interrogatório como o último ato de instrução. Conclui-se, assim, que “a Lei n. 11.719/08, geral e posterior, prepondera sobre as disposições em contrário, presentes na lei especial” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Com relação ao rito imprimido aos processos que visam apurar infrações penais praticadas no contexto da Lei n. 11.340/2006, ainda que a norma protetiva contemple determinados atos ou medidas com aplicação restrita às situações a ela submetidas, bem como obste a incidência de outros diplomas normativos – que eventualmente não se amoldem às diretrizes, princípios e finalidades do instituto –, tais fatores não foram suficientes para erigir o rito à categoria de procedimento penal especial, ao contrário do que ocorreu com o delitos da Lei n. 11.343/2006.

Logo, as ações penais em tais hipóteses serão processadas pelo rito comum – com base na regra geral do art. 394, §1º do Código de Processo Penal – o que, gize-se, não prejudica a utilização dos instrumentos consagrados exclusivamente no microssistema protetivo, tais como as medidas protetivas de urgências, de forma cumulativa àquele.

Chancelando a subsunção dos procedimentos envolvendo situação de violência doméstica e/ou familiar contra a mulher ao procedimento comum, se infere do art. 13 da Lei n. 11.340/2006 que

[...] ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso, que não sejam com ela conflitantes [...] (BRASIL, 2006).

Reforçando a aplicação concomitantemente de outros diplomas jurídicos às

disposições da Lei n. 11.340/2006, Renato Brasileiro de Lima preleciona que

[...] por mais que o legislador da Lei Maria da Penha tenha se esforçado para regulamentar o processo e julgamento das demandas envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, é evidente que jamais seria possível regular toda a gama possível de situações fáticas. Daí a importância do art. 13 da Lei n. 11.340/2006, que permite a aplicação subsidiária das normas constantes do Código de Processo Penal, do Código de Processo Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso (LIMA, 2018, p. 1503).

A remissão expressa à aplicação das disposições do Código Processo Penal pelo art. 13 da Lei Especial e a já citada submissão ao procedimento comum regulado no diploma geral aos delitos ligados à norma objeto de abordagem no presente artigo científico, por conseguinte, remete ao uso do critério definidor da subdivisão do rito comum em ordinário, sumário e sumaríssimo, de acordo com *quantum* de pena abstratamente cominada ao tipo penal incriminador imputado, em tese, ao acusado.

Como se antecipou, a incidência da norma geral para definição do procedimento adotado para a persecução penal em Juízo da apuração e eventual punição do ofensor nas situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, não afeta a utilização concomitante e complementar das medidas tendentes à proteção e preservação dos direitos garantidos à ofendida pelo microsistema legislativo de caráter especial, o que será explorado no tópico que segue.

2.2.2 Institutos e Medidas Regulados Exclusivamente pela Lei n. 11.340/2006

Batizado de processo penal protetivo – em razão das finalidades perseguidas pela norma extravagante de garantia da integridade da ofendida, reeducação do ofensor e cessação do ciclo de violência doméstica e familiar –, o procedimento a ser observado para o processamento da ação penal nestes casos conta com a possibilidade expressamente anunciada no texto legal do uso de instrumentos e medidas, exclusivamente por ela disciplinados, dentre os quais merecem destaque: as medidas protetivas de urgência do art. 22; a atribuição de competência para processamento e julgamento das ações cíveis e penais a Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; a realização de audiência preliminar, inclusive, para fins de formalização da renúncia à representação nas ações penais públicas condicionadas; e a proibição da incidência dos institutos ‘despenalizadores’

dispostos na Lei n. 9099/1995 às situações que tenham como cenário a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com efeito, se depreende de pesquisa científica da autoria de Gabriel Habib que, com o advento da norma especial de proteção, foram positivadas no Direito brasileiro questões vinculadas à coibição da violência doméstica e familiar praticada, tais como:

[...] previsão de assistência à mulher em situação de violência doméstica, medidas de integração e de prevenção, atendimento da mulher pela autoridade policial e os procedimentos a serem adotados, definição da competência para o processo e o julgamento de casos que envolvam a violência doméstica e familiar contra a mulher, medidas protetivas de urgência, atuação do Ministério Público, assistência judiciária e formação de equipe de atendimento multidisciplinar, além de outras (HABIB, 2016, p. 850).

Na esteira, Thais Câmara Maia Fernandes Coelho, no trabalho intelectual de sua autoria intitulado “Aspectos procedimentais da Lei Maria da Penha e seu reflexo no âmbito das relações familiares”, descreve as modificações promovidas pela Lei n. 11.340/2006 na esfera do procedimento penal, discorrendo que

[...] antes da Lei Maria da Penha ser aplicada em nosso ordenamento jurídico, a violência doméstica e familiar contra a mulher tinha sua competência nos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), que julgava esses crimes com pena de até dois anos (menor potencial ofensivo) e permitia a aplicação de penas pecuniárias e multas. Os Juizados Especiais Criminais tratavam somente do crime, sendo que a mulher vítima da violência doméstica precisava procurar um advogado para que o agressor saísse da residência, por meio de uma ação de separação de corpos ajuizada nas Varas de Família. Algumas vezes, essa medida era indeferida liminarmente, sendo designada uma audiência de justificação posto que o boletim de ocorrência era prova unilateral, cabendo ao convencimento do Juiz o seu deferimento. Portanto, as mulheres retornavam para a casa e tinham de conviver com o agressor ao mesmo tempo em que aguardavam a audiência, com medo de sofrer nova ameaça.

Com a vigência da Lei Maria da Penha os procedimentos mudaram. A mulher vítima de violência doméstica comparece à delegacia, sendo assegurada, de imediato, proteção policial. Após a realização do registro da ocorrência, deverá a autoridade policial ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada. Requerendo a vítima a adoção de medidas protetivas de urgência, a autoridade policial deverá formar expediente apartado contendo a qualificação da ofendida, do agressor e dos dependentes, bem como a descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas.

O procedimento é, então, remetido ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM). Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao Juiz, no prazo de 48 horas, conhecer do expediente e do pedido para assim decidir sobre as medidas protetivas de urgência, determinando ainda o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso.

Finalmente, deve-se comunicar ao Ministério Público para que este adote as providências cabíveis. Enquanto não estruturados os JVDFM, o pedido das medidas protetivas será distribuído às Varas Criminais, como analisaremos no próximo tópico.

Com o advento da Lei Maria da Penha, o crime de lesão corporal qualificada, previsto no art. 129, §9º é apurado mediante ação penal pública incondicionada, conforme posicionamento do STJ (COELHO, 2019).

O enfoque introdutório das peculiaridades procedimentais trazidas pela Lei n. 11.340/2006 é reforçado por estudo confeccionado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, lastreado em dados coletados no período de 2006 a 2012, do qual se extrai que:

[...] a Lei Maria da Penha representa um dos mais relevantes avanços legislativos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois significa o reconhecimento da violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos. O fenômeno, longe de ser inédito, era considerado, culturalmente, até então, um problema da esfera privada. A especificidade da violência contra a mulher, instituída pela Lei Maria da Penha, constitui mecanismo essencial ao enfrentamento de todas as formas de opressão e agressão sofridas pelas mulheres no Brasil.

Promulgada em 7 de agosto de 2006, essa lei definiu violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer “ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Os diversos tipos de violência contra a mulher (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) ocorrem, predominantemente, no contexto de relações domésticas, familiares e afetivas e não se restringem a determinada classe social, idade, região, estado civil, escolaridade e orientação sexual. Portanto, foi necessário estabelecer uma série de proteções e garantias que permitissem a preservação da integridade física, moral e patrimonial da mulher nas suas relações privadas e íntimas, em que, precisamente, ocorre a maior parte das violências contra as mulheres.

Entre as principais inovações da referida lei, enfatiza-se a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; a proibição da aplicação de penas

pecuniárias aos agressores; a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência; e o caráter híbrido das ações, que podem ser penais ou não penais.

Para assegurar os direitos previstos na nova legislação, que não se restringe à maior punição dos agressores, pois estabelece medidas de caráter cível, trabalhista, assistencial e psicossocial, faz-se necessária a articulação entre os Poderes da República, o investimento em estruturas adequadas para o atendimento da demanda e a formação de profissionais especializados para atuar em casos de natureza complexa e multidisciplinar.

Desse modo, devido à gravidade e à alta incidência da violência contra as mulheres no Brasil, fez-se necessária a elaboração de uma política estatal especializada, que enseja, para seu efetivo cumprimento, a integração entre a norma e as políticas públicas. No que diz respeito ao Poder Judiciário, a efetividade da Lei Maria da Penha depende do desenvolvimento de políticas judiciárias que garantam a estrutura judicial e humana adequada para a tramitação dos processos, a qualificação profissional de servidores e magistrados, a eficiência da gestão nas varas especializadas e a articulação com o Ministério Público e as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Feitas as considerações inaugurais, a primeira especialidade procedimental digna de nota é a previsão pela Lei n. 11.340/2006 da criação de Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A estes órgãos - integrantes da estrutura da Justiça Comum Estadual – reservou a Lei Maria da Penha a competência cumulativa (cível e penal), para processamento, julgamento e execução dos processos, enunciado o art. 14 da norma *in* estudo que:

[...] os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

Sustenta-se que a opção legislativa de inserir a norma programática supra, dentre os comandos da Lei Maria da Penha, teve como razões determinantes a celeridade na prestação jurisdicional e a efetividade na concretização dos fins por ele visados, partindo-se da premissa que a especialização do órgão incumbido do julgamento das ações envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher e, conseqüentemente, a capacitação do quadro funcional que o integre, somada à oportunidade de dedicação exclusiva propiciada pela restrição de competência - evidenciou a necessidade da implantação de instâncias judiciais próprias.

Ademais, o próprio Conselho Nacional de Justiça ao realizar o levantamento de dados sobre a aplicação da Lei Maria da Penha no Poder Judiciário, consoante estudo publicado no ano de 2013, sublinhou a importância de uma estrutura judiciária especialmente destinada ao atendimento de casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, concluindo que

[...] embora a Lei n. 11.340/2006 não tenha atribuído caráter obrigatório à criação de varas ou juizados de competência exclusiva para o processamento das ações, o CNJ, por meio da Recomendação CNJ n. 9, de 8 de março de 2007, recomendou aos tribunais a criação e a estruturação de Juizados especializados na matéria nas capitais e no interior. Além disso, este ato da Presidência do CNJ recomendou aos tribunais que integrassem equipes multidisciplinares aos cartórios judiciais. A destinação de unidades judiciárias com competência exclusiva para processamento das ações relativas à violência contra a mulher decorre do reconhecimento, pelo CNJ, da relevância e da peculiaridade dessa temática. Crimes previstos pela Lei Maria da Penha diferem muito dos crimes comuns, pois o escopo dos casos extrapola o aspecto jurídico, exigindo-se dos profissionais formação específica para resolver conflitos de cunho emocional, psicológico e cultural, com repercussões econômicas e sociais relevantes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Ainda no que se refere aos Juizados Especializados, oportuno referir que o art. 33 da Lei n. 11.340/2006 se incumbiu de regulamentar o período de transição entre a vigência da norma especial e a operacionalização efetiva desses órgãos, constando do texto do dispositivo indicado que “enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as Varas Criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher [...]” (BRASIL, 2006).

A justificativa para inclusão da norma destinada a disciplinar o período de transição da previsão abstrata de criação dos órgãos especializados ao plano da implementação concreta e funcionamento destes, é atribuída ao fato de que, até a promulgação da Lei Maria da Penha, os crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher eram julgados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9099/1995) e, dessa forma, a resposta estatal a essa espécie de comportamento não era proporcional à lesão ou ameaça de lesão por ele provocada.

Explicitando, as situações comumente relacionadas a essa forma de violência consistiam em delitos contra a honra (*v.g.* ofensas verbais), vias de fato ou em ameaças proferidas contra a ofendida pelo ofensor – acontecimentos estes que pelo ordenamento

penal são sancionados com pena privativa de liberdade inferior a 02 (dois) anos de detenção/reclusão – e, portanto, se amoldam ao conceito de infrações de menor potencial ofensivo – as quais, ao lado das contravenções penais eram (e ainda são!), processadas e julgadas pelos Juizados Especiais Criminais regulados na Lei n. 9099/1995.

Frente a tal quadro, se reclamava uma postura estatal mais enérgica e severa no combate a essas espécies de delito que, ao que se observou, caminhava na contramão da erradicação da violência, atingindo a cada ano proporções e índices alarmantes.

Maria Berenice Dias defende que a redação do art. 14 da Lei n. 11.340/2006 deixa clara a *mens legislativa* de não mais admitir que os crimes que envolvessem violência doméstica e familiar contra a mulher fossem tratados como lesões sem maior relevância no Direito Penal, alterando-se o posicionamento, até então predominante, de erroneamente categorizar os delitos dessa gravidade como lesões de pouca ou nenhuma relevância jurídica (DIAS, 2015, p. 125).

Ocorre que a previsão de criação dos Juizados Especializados para os casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que tenha representado um avanço no tratamento jurídico do tema, na prática não gerou o resultado esperado pelo legislador, qual seja, da disseminação desses órgãos por todo o território nacional.

Pelo contrário, a regra do art. 33 da Lei n. 11.340/2006, cuja missão era disciplinar por um curto espaço de tempo a competência nos casos sujeitos ao regramento especial, se afastou por completo de seu objetivo primitivo e se estabeleceu como a regra geral de competência para as ações intentadas para apuração dessa espécie de delito - o que perdura até o momento –, fruto da realidade vivenciada pelos Tribunais pátrios de carência de recursos humanos, financeiros, etc. para colocar em prática os ideais legislativos.

O retrato acima esboçado foi corroborado pelas pesquisas realizadas em conjunto pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania e pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, nos anos de 2006 a 2012 e 2016 a 2017 – que estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico oficial do órgão de controle da atuação do Poder Judiciário –, pelas quais se pode visualizar que a realidade dos Juizados Especializados e das Varas Criminais em todos cantos do país não é, nem de perto, aquela anunciada no art. 14 da Lei n. 11.340/2006.

Com efeito, entre os anos de 2006 – quando entrou em vigor a Lei Maria da Penha – e 2012, se verificou a criação de 66 (sessenta e seis) Juizados Especializados, distribuídos desproporcionalmente entre as regiões da Federação, pois, quando do levantamento feito, 03 (três) se localizavam na região Sul, 20 (vinte) na região Sudeste, 12 (doze) no Norte, 15

(quinze) no Nordeste e 16 (dezesseis) no Centro-Oeste.

Segundo consta da conclusão da pesquisa feita pelo órgão de controle da atuação do Poder Judiciário,

[...] quando observada a relação entre a média de varas/juizados por Estado segundo a região, percebe-se que a distribuição regional das estruturas carece de implementos em determinados locais.

O Sudeste, cujos Estados possuem o maior contingente populacional, possui, coerentemente, a maior quantidade de unidades judiciais exclusivas por Estado: cinco em média.

No entanto, a segunda região mais populosa do Brasil, o Nordeste, possui menos de duas varas ou juizados exclusivos por Estado, ou seja, na maior parte deles há apenas uma vara (na capital).

O mesmo acontece com a região Sul, que ocupa o terceiro lugar no *ranking* populacional brasileiro. Nessa região, não se iniciou o processo de interiorização das estruturas de competência exclusiva, uma vez que há apenas uma vara na capital de cada um dos três Estados.

Na região Norte a situação é similar, posto que há menos de duas varas por Estado, em média. Há de se ressaltar que, na região Norte, o único Estado que possui mais de uma vara é o Pará, o que influenciou positivamente na média da região.

Já o Centro-Oeste, que é a região menos populosa do Brasil, possui quatro varas, em média, por Estado, o que se deve, primordialmente, ao elevado número de estruturas no Distrito Federal (10) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Aliás, no cruzamento de dados quantitativos pela fórmula - Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e população feminina residente em cada Estado - se chegou à preocupante conta de aproximadamente 3.000 (três mil) mulheres por Vara ou Juizado exclusivo, nos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Bahia e Santa Catarina, o que segundo o Conselho Nacional Justiça representava no período de apuração um “déficit estadual no atendimento judicial às mulheres em situação de violência” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Id.*). Em tais Estados, a competência para o julgamento dos casos envolvendo as situações abrangidas pela Lei n. 11.340/2006 era cumulada pelos Juízes das Varas Criminais e Juizados já em atuação.

Na segunda pesquisa, cujos dados foram levantados nos anos de 2016 e 2017, se colhe que no ano de 2016 já existiam 109 (cento e nove) Varas Especializadas, nos moldes do art. 14 da Lei Maria da Penha – número que subiu para 122 (cento e vinte e duas) Unidades no ano seguinte -, tornando claro o esforço dos Tribunais de Justiça Estaduais em dar efetividade

aos comandos do microsistema protetivo da mulher em situação de violência (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Id.*).

No que se refere especificamente ao Estado de Santa Catarina, por meio de e-mail encaminhado à Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (CEVID) - órgão do Poder Judiciário de Santa Catarina incumbido do fomento das políticas para o combate da violência contra mulher, nos termos da Resolução n. 12/2018 do Tribunal de Justiça do Estado – se obteve a informação que, até o corrente ano, foram criados e estão em atuação efetiva 06 (seis) Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar, com distribuição espacial-geográfica nas regiões Sul (um Juizado, situado na Comarca de Tubarão), Oeste (único, localizado em Chapecó), Grande Florianópolis (dois Juizados: um operando na Capital, Florianópolis, e outro em São José) e Vale (dois: um situado em Itajaí e o outro em Penha).

A informação coletada no âmbito do Poder Judiciário Estadual reforça o quadro geral exposto na pesquisa do Conselho Nacional de Justiça da insuficiência de órgãos especializados para atender à demanda existente.

O ‘*déficit*’ na implantação de estruturas judiciárias especificamente destinadas à tramitação de ações penais envolvendo a Lei n. 11.340/2006, além de refletir negativamente na esfera de concretização dos comandos da norma especial – esvaziando a força inibidora de comportamentos ilícitos e levando à fragilidade da proteção concreta das vítimas -, repercute na atuação das Varas Criminais, na medida em que afeta o processamento e julgamento de crimes de natureza diversa.

Isso porque o acúmulo da competência especializada da Lei Maria da Penha com infrações penais comuns e com àquelas decorrentes de legislação alienígena – como, por exemplo, os crimes previstos nas Leis n. 11.343/2006 (Drogas) e 8.137/1990 (Ordem Tributária) – ou de procedimento especial, *v.g.* o do Tribunal do Júri – conduz à sobrecarga de processos e ao asoerramento das pautas de audiência.

A situação torna-se ainda mais grave quando nos deparamos com a falta de meios operacionais pelos Juízos (recursos humanos e materiais), com a disparidade resultante da fórmula numérica ‘Varas Criminais operantes em cada Comarca X quantidade de processos em andamento’ e, ainda, com a massiva proliferação dessa espécie de ilícito penal.

Corroborando o quadro apresentado no âmbito do Estado de Santa Catarina, em consulta ao Relatório de Diagnóstico das Varas com Competência em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - confeccionado pelo CEVID no ano de 2018 e publicado na página destinada ao órgão no sítio oficial do Tribunal de Justiça - se constatou que a dificuldade

citada por expressivo número de Comarcas é exatamente a elevada quantidade de processos em trâmite, fruto da cumulação da competência para processar e julgar os procedimentos regidos pela Lei n. 11.340/2006 com uma gama diversificada de delitos com igual ou maior urgência. Referida situação, saliente-se, ocorre na Comarca de Criciúma, integrante da 5ª Circunscrição Estadual, onde exercida a prática jurídica pessoalmente e que, como exposto na introdução do presente trabalho, foi tal experiência de fundamental importância na escolha do assunto estudado.

O segundo traço diferenciador dos procedimentos sujeitos à Lei Maria da Penha é a previsão da realização de audiência preliminar ou de ratificação, que vem disciplinada no art. 16, de onde se extrai que “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público” (BRASIL, 2006).

A audiência preliminar ou de ratificação é aquela realizada antes do recebimento da denúncia ou queixa-crime, com o objetivo de verificar se subsiste o interesse da vítima na persecução penal em Juízo – de modo que, caso seja a sua vontade, é nesta oportunidade que se poderá manifestar a retratação ou renúncia ao direito de queixa ou representação – competindo ao magistrado apenas aferir se o querer expressado pela ofendida/vítima conta com o nível minimamente exigido pela lei de liberdade e espontaneidade para sua validade.

Desse modo, a forma de exercício do direito de retratação ou renúncia pela vítima nas ações cujo objeto envolva violência doméstica e/ou familiar contra a mulher se submete à observância de formalidades legais, sem as quais não opera os efeitos pretendidos, a saber: manifestação da vítima perante o Juiz em audiência especialmente designada com tal finalidade e oitiva do Ministério Público.

Além disso, há que se obedecer ao limite temporal máximo anunciado pela norma especial, só sendo possível a retratação da representação até o juízo de admissibilidade da inicial acusatória.

De outro lado, a retratação nos moldes do Código Penal dispensa qualquer formalidade para seu exercício pelo titular, bastando para sua concretização que seja oferecida até o recebimento da denúncia ou queixa-crime.

Maria Berenice Dias leciona sobre as distinções entre a retratação do Código Penal, da Lei do Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9099/1995) e da Lei Maria da Penha, asseverando que

[...] a depender da lei, distinto o momento em que a vítima pode arrepender-se.

O Código Penal exige a representação para o desencadeamento do inquérito policial e admite a retratação até o oferecimento da denúncia.

Na Lei dos Juizados Especiais a representação é manifestada em audiência, ocorrendo renúncia ao direito de representar na hipótese de ser feito acordo.

Já na Lei Maria da Penha, a representação é levada a efeito perante à autoridade policial quando do registro da ocorrência havendo a possibilidade de ocorrer a renúncia até o recebimento da denúncia, em audiência perante o juiz e o agente ministerial [...].

Mas as diferenças não terminam aí.

Sob a égide do Código Penal, o momento derradeiro para a retratação é o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Em sede de violência doméstica, a possibilidade de retratação vai até o recebimento da denúncia pelo juiz.

[...]

Deste modo, a representação é oferecida pela vítima quando ela comparece à Delegacia. É neste momento que a autoridade policial procede ao registro da ocorrência, ouve a ofendida, lavra o boletim de ocorrência e toma por termo a representação (LMP, art. 12, I).

A partir daí o inquérito se instaura quando da manifestação da vítima. Encaminhado o inquérito a Juízo, o Ministério Público oferece a denúncia. Até o momento de a denúncia ser recebida pelo juiz, há a possibilidade de a vítima retratar-se, desistir da representação, desde que o faça atendendo aos requisitos legais (LMP, art. 16): em audiência, perante o juiz e com a ouvida do Ministério Público (DIAS, 2015, p. 100-101).

O terceiro aspecto inerente aos procedimentos pautados na Lei n. 11.340/2006, que igualmente serve como critério ‘especializante’ quando comparado aos outros procedimentos de natureza penal, repousa no art. 17 do texto normativo – do qual se verifica a vedação expressa da “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 o pagamento isolado de multa” (BRASIL, 2006).

Seguindo idêntica linha de pensamento, o art. 41 da Lei Maria da Penha preceitua que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099/95” (BRASIL, 1995).

A opção legislativa de categoricamente estabelecer o impedimento do uso de instrumentos ‘despenalizadores’ no âmbito dos delitos cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, segundo aponta Renato Brasileiro de Lima, se ampara na finalidade de exterminar o pensamento de que “para bater na esposa ou companheira,

bastava pagar” (2018, p. 1511).

Desse modo,

[...] ao vedar a possibilidade de aplicação isolada da pena de multa, a Lei Maria da Penha deixa evidente que seu objetivo é demover o agressor da ideia de persistir na prática da violência doméstica e familiar contra a mulher. Afinal, por mais que não haja qualquer óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o agressor saberá de antemão que o eventual descumprimento dessas penas alternativas poderá resultar na conversão em prisão, ao contrário do que ocorre com a pena de multa, cujo não pagamento não autoriza a conversão em pena privativa de liberdade. Enfim, por mais que a Lei Maria da Penha não imponha o cumprimento obrigatório da pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória, a simples possibilidade de conversão em prisão de eventual pena restritiva de direitos aplicada ao agressor serve como importante fator de dissuasão evitando-se, assim, a reiteração delituosa (LIMA, *Id.*).

O derradeiro traço distintivo no procedimento sacramentado na Lei n. 11.340/2006 é a faculdade de utilização de medidas emergenciais para atender aos reclamos protetivos por ela proclamados.

As medidas protetivas de urgência são, assim, instrumentos de natureza cautelar com vistas a assegurar a eficácia do provimento judicial final pela imprescindibilidade constatada no caso concreto em razão da presença de situação de risco que, dada a gravidade das circunstâncias, exija a imediata intervenção estatal. Sublinhe-se que o risco que se visa extirpar não diz respeito apenas à proteção da esfera jurídica da vítima e/ou de seus dependentes, podendo estar ligado à garantia da apuração dos acontecimentos, à eficácia de futura execução da sanção penal que venha a ser imposta ou ao ressarcimento dos danos suportados em razão da violação do comando legal.

A importância desses aparatos para a consecução das finalidades da Lei n. 11.340/2006 é grifada na doutrina de Renato Brasileiro de Lima, afirmando o processualista que

[...] a persecução penal no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher precisa dispor de instrumentos e mecanismos capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito à coerção para assegurar a finalidade do processo (LIMA, 2018, p. 1514).

O amparo legal dos mecanismos dotados de cautelaridade, especialmente, inseridos

pela Lei n. 11.340/2006, é o art. 22 da regra regulamentadora, cuja redação se colaciona:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§1º. As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§2º. Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§3º. Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§4º. Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 2006).

Entretanto, a despeito da importância das figuras mencionadas quando se fala nas ações penais tendentes à apuração dos delitos combatidos pela Lei Maria da Penha, é inviável o aprofundamento do assunto, sendo suficiente à compreensão do tema central uma noção sucinta do que são e quais são as medidas cautelares disciplinadas na regra especial.

2.3 O FATOR CRONOLÓGICO NO PROCESSO PENAL: INFLUÊNCIA DO TEMPO PARA A ADEQUADA INSTRUÇÃO CRIMINAL

2.3.1. Notas Sobre Tempo e Sua Ligação com o Procedimento Penal

De acordo com o dicionário *Michaelis* da língua portuguesa, o vocábulo ‘tempo’ é empregado para identificar “1. Época, era, período; [...] 4. Oportunidade, ocasião, ensejo; 5. Prazo [...]” (MICHAELIS, 2009, p. 585).

São poucos os que aceitam o desafio de elaborar um conceito técnico para a palavra ‘tempo’, o que se dá em razão da amplitude de seu significado semântico e das infindáveis reflexões que se revelam quando se coloca em debate o diminuto termo.

Entretanto, aqueles que se aventuraram na tarefa de explicar o fenômeno o fizeram com maestria, como o aclamado físico Albert Einstein – que por meio de sua “teoria da relatividade” constatou a íntima ligação estabelecida entre tempo e espaço.

Ademais, interessante sintetização do sentido do vocábulo é obtida do estudo acadêmico patrocinado por Alexandre Augusto de Oliveira Lopes - que se encontra disponibilizado em sítio eletrônico destinado aos operadores da ciência do Direito –, o qual sob o título “O tempo e sua importância na vida processual administrativa e judicial” tratou de focar o aspecto cronológico na seara administrativa, sem se imiscuir das referências à relação estabelecida entre o tempo e o processo penal, importando-se do texto científico por ele confeccionado que “o tempo é um componente do sistema de medições usado para sequenciar eventos, para comparar a duração deles e seus intervalos, bem como para quantificar o movimento de objetos” (LOPES, 2019).

No âmbito do Direito Processual Penal a expressão está intimamente vinculada à noção de prazo, isto é, tem escorreita ligação com ideia de intervalo ou período de tempo fixado em lei, oriundo de convenção das partes ou definido pelo juiz da ação, para que um ato seja validamente praticado.

São inúmeras as classificações doutrinárias quanto aos prazos processuais, bem como diversos os parâmetros de distinção entre os tipos de prazos que se conhece da *práxis* forense – dentre os quais, apontam-se os prazos próprios e impróprios – caso sua violação gere ou não efeitos e obrigação àquele que incumbia praticar o ato processual, bem como os dilatórios e peremptórios, a depender da faculdade de ampliação ou redução do interregno de tempo legalmente estabelecido ou ao relegado a consenso das partes ou ao arbítrio do juiz.

Destarte, à margem de ampliações desnecessárias no ponto, há que se ressaltar que as finalidades perseguidas ao se restringir no tempo a duração dos atos que formam o procedimento penal, operada por meio do estabelecimento de marcos de início e fim para cada uma das etapas que se desenvolvem no bojo da ação penal, são impedir a perenidade de processos criminais, coibir comportamentos manifestamente protelatórios por qualquer dos integrantes da relação processual e evitar o esvaziamento do interesse perseguido.

A tempestividade para a prática dos atos que instrumentalizam a persecução penal em Juízo é deveras valorizada pelo legislador pátrio que cuidou de estabelecer prazos materiais ou processuais na quase totalidade dos diplomas normativos, prevendo, ainda, como retaliação à inércia do titular do direito, que, após provocar a jurisdição, abandona o processo em curso, o instituto da preclusão.

A preclusão pode ser sintetizada como a perda da faculdade de praticar determinado ato processual pela inobservância do lapso temporal estipulado para a sua concretização, podendo ser aplicada nos procedimentos penais, ainda que omissa o Código de Processo Penal a seu respeito, por meio do empréstimo de normas processuais civis que não contrariem os postulados por aquele observados.

Nesse viés, da doutrina civilista se retira o conceito da figura acima anunciada, preconizando Humberto Theodoro Junior que

[...] todos os prazos processuais, mesmo os dilatatórios, são preclusivos. Portanto, “decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial” (art. 223, caput). Opera, para o que se manteve inerte, aquele fenômeno que se denomina preclusão processual.

E preclusão, nesse caso, vem a ser a perda da faculdade ou direito processual, que se extinguiu por não exercício em tempo útil. Recebe esse evento a denominação técnica de preclusão temporal.

Mas, há, em doutrina, outras espécies de preclusão, como a consumativa e a lógica, todas elas ligadas à perda de capacidade processual para a prática ou renovação de determinado ato.

A preclusão, como adverte Couture, está, no processo moderno, erigida à classe de um princípio básico ou fundamental do procedimento. Manifesta-se em razão da necessidade de que as diversas etapas do processo se desenvolvam de maneira sucessiva, sempre para frente, ‘mediante fechamento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a etapas e momentos processuais já extintos e consumados’.

Com esse método, evita-se o desenvolvimento arbitrário do processo, que só geraria a balbúrdia, o caos e a perplexidade para as partes e para o próprio juiz (THEODORO, 2018, p. 569).

No mais, cumpre trazer à baila o apanhado de ideais acerca do instituto feito por Freddie Didier Júnior, *in verbis*:

Etimologicamente, em suas origens latinas, preclusão advém de *preclusio*, mais especificamente, do verbo *praecludere*, que significa fechar, tapar, proibir, vedar.

A preclusão, como instituto processual, é antiga. Remonta ao direito romano-canônico, quando assumia um caráter punitivo, sendo concebida como forma de ameaça jurídica.⁷ No século XIX, os processualistas franceses também referiam a fenômeno semelhante, a chamada *forclusion (exclusio a foro)*, no sentido de caducidade referente não só ao direito processual, como também ao direito material.

[...]

A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz (DIDIER, 2017, p. 474-475).

Na esteira, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira *apud* Freddie Didier Junior explana que

[...] Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar; fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado (*Id.*)

Além da preclusão, o reprovável comportamento daquele que se omite na defesa de seus próprios interesses ou direitos, adotando a posição de espectador do impulso do processo que outrora foi por ele proposto, pode, ainda, levar à decadência do direito (art. 38 do Código Penal) ou ao encerramento prematuro do procedimento, o que no ramo do processo penal, *v.g.* se verifica nas hipóteses em que operada a perempção, com disciplina no art. 60 do Código de Processo Penal.

2.3.2 A duração razoável do processo

Sem dúvidas, o fator cronológico ou temporal nos procedimentos, independentemente

de sua natureza ou ramo do Direito que os regulamente, vem respaldado na garantia - com amparo constitucional - de que o processo não se prolongue além do tempo necessário por entraves burocráticos injustificados.

A duração razoável do processo que, com vistas a atribuir uma maior efetividade ao direito de todos ao devido processo legal, foi uma das mais notórias mudanças promovidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

O instrumento de modificação do texto constitucional referido foi o responsável por acrescentar ao rol dos direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que trouxe como prerrogativa aos litigantes pátrios, em qualquer das esferas (administrativa ou judicial), “a garantia da razoável duração do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Desse modo, é a garantia proclamada na norma suprema eficaz instrumento para o cumprimento dos fins proclamados na Lei n. 11.340/2006.

2.3.3 A influência do tempo na prova processual penal

O decurso dos dias, meses e até mesmo anos tem repercussão direta nos procedimentos processuais penais, em especial, na fase de instrução criminal.

Com efeito, no Direito Penal os elementos de investigação que são colhidos na fase pré-processual e reunidos no bojo do inquérito policial não gozam suficiente valor probante para, isoladamente, fundamentar uma condenação penal, preceituando o art. 155 do Código de Processo Penal que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1940).

Dáí resulta que os elementos informativos produzidos em sede de inquérito policial apesar de servirem como um dos argumentos aptos para lastrear o decreto condenatório - desde que encontrem amparo no restante das provas que ocasionalmente componham o caderno probatório - ao mesmo tempo em que são suficientes para amparar decisões de natureza cautelar, como as prisões temporária e preventiva ordenadas no liminar do processo, não podem servir como argumento único para o pronunciamento de uma sentença condenatória.

O motivo para a desvalia dos elementos angariados na fase de investigação preliminar - e que são de notável relevância na busca da verdade dos fatos pela proximidade com a sua ocorrência, é a natureza inquisitorial do procedimento administrativo no qual se

dá a sua produção, posto que não é obrigatória sua sujeição ao contraditório, tampouco se faculta qualquer espécie de defesa pelo investigado.

O contrário se verifica da prova produzida no curso da ação penal, denominada de 'prova judicializada', haja vista que as circunstâncias como se dá a formação da prova, a saber, na presença do Juiz e das partes e com a garantia do contraditório real pelo acusado, que não só acompanha como pode participar da sua produção, lhe garante valor probatório superior, ainda que contenha apenas a ratificação do apurado em sede de inquérito.

Em tal ótica, a avaliação das características ínsitas ao procedimento administrativo a cargo da Polícia Judiciária à luz do princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII da CF, faz com que, sem a mínima correspondência entre os depoimentos prestados na fase policial e os relatos colhidos em sede de instrução na ação penal em curso, seja impossível uma condenação penal.

De lição de Luiz Guilherme de Souza Nucci, se tem que

[...] a meta é a formação da convicção judicial lastreada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos trazidos na investigação, mormente a policial, que constitui a maior parte dos procedimentos preparatórios da ação penal. Em outros termos, não se trouxe grande inovação, mas apenas se tornou expresso o que já vinha sendo consagrado pela jurisprudência pátria há anos. O julgador jamais pôde basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos unicamente do inquérito policial. Porém o juiz sempre se valeu das provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas, posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório (NUCCI, 2014, p. 352/363).

Em publicação sobre o limite de abrangência dos depoimentos prestados em sede de inquérito policial e a efetiva influência na prova processual, Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Junior discorrem que

[...] provavelmente uma das maiores conquistas do processo penal democrático seja a garantia de ser 'julgado com base na prova', ou seja, com base nos elementos produzidos em juízo, a luz do contraditório e demais garantias constitucionais processuais. Prova é o que se produz em juízo. O que se faz no inquérito são meros atos de investigação cuja função endoprocedimental os limita a servir como base para as decisões interlocutórias da investigação (prisões cautelares, quebra de sigilo bancário, interceptações telefônicas etc.) e para a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia. Não mais do que isso, como regra (claro que a exceção são as provas técnicas irrepetíveis e aquelas produzidas antecipadamente através

do respectivo incidente judicial). Os atos do inquérito não se destinam a forma a convicção do julgador sobre o caso penal, mas apenas indicar o *fumus commissi delicti* para a formação da *opinio delicti* do acusador e a decisão de recebimento/rejeição (ROSA E LOPES, 2015).

Em tal contexto, tem-se que o menor ou maior distanciamento entre a produção da prova em juízo e a prática delitiva tem interferência direta na eficácia da instrução criminal, na medida em que quanto mais longe a data da audiência de instrução e julgamento daquela em que se deu o fato delituoso que se apura na ação penal em curso, mais difícil se torna a reconstituição dos acontecimentos tal como se deram na realidade vivenciada pelos envolvidos e, com isso, mais risco há à formação da convicção do juiz.

Um dos fenômenos comumente ligados à demora na instrução processual é chamado de 'criação de falsas memórias'.

Alvo de estudos no ramo das ciências que cuidam da '*psiqué*', o fenômeno ligado à dificuldade de evocar da memória, imagens, dialógicos, sons, cheiros e experiências, vistas ou vivenciadas, é considerado uma consequência natural do transcurso do tempo.

Consiste, em suma, em distorções fáticas advindas do preenchimento dos detalhes dos acontecimentos esquecidos pelo longo período desde a ocorrência do evento alvo do relato, de forma inconsciente pelo narrador.

A esse respeito, sintetiza Lopes Junior:

[..] o esquecimento dos detalhes ao longo do tempo é facilmente constatado, principalmente quando se está, por exemplo, diante de uma tragédia. Logo que o fato acontece, as pessoas lembram do acontecimento com riquezas de detalhes (mas sempre será uma parte, o fragmento do todo, que é inapreensível para nós). Contudo, com o passar do tempo, estes são esquecidos, mas fica a lembrança do momento dramático (LOPES, 2019).

Contudo, não só as falsas memórias são um reflexo negativo oriundo da demora em instruir a ação penal.

Explicitando, tem se constatado na prática forense, em especial, no âmbito dos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, que o longo intervalo de tempo entre a ocorrência do delito e a realização da audiência destinada à oitiva dos policiais responsáveis pela abordagem e condução do ofensor na data dos fatos, tem frustrado a detalhada exposição dos acontecimentos, distanciando e, não raro, colidindo com a versão narrada na fase do inquérito policial.

O esquecimento da riqueza de detalhes expostos e, até mesmo, da íntegra do

acontecimento atendido pelo agente de segurança tem sido justificado pelo crescimento desenfreado de delitos praticados no âmbito de incidência da Lei n. 11.340/2006 - que guardam entre si incontáveis semelhanças, seja quanto às circunstâncias e motivos que levaram à prática de violência, as características da vítima ou do agressor, seja quanto ao *modus operandi* – de modo que diariamente são atendidas pelos policiais em serviço incontáveis ocorrências, o que torna, por conseguinte, humanamente impossível o armazenamento de particularidades de cada um dos fatos que chegaram ao seu conhecimento no momento do acionamento pela vítima e da efetiva abordagem feita.

Desse modo, a falta de correspondência das versões apresentadas na fase policial e judicial afeta a validade da prova oral produzida e, assim, o próprio desfecho da ação penal.

Salienta-se, no entanto, que a reiteração das situações acima desenhadas levou ao entendimento de alguns juízes de atribuir valor probatório ao ato de reconhecimento da firma/assinatura constante no termo de declaração feito na fase de investigação pelo policial, no momento do depoimento perante o Juízo, a fim de preservar a ocorrência descrita e assim a propiciar o convencimento sobre a dinâmica dos eventos que estão sendo apurados – o que, todavia, em razão da característica da ‘oralidade’ da prova testemunhal - implica na valoração desse ato instrutório como prova documental e não na qualidade de prova oral propriamente dita.

Outra situação constatada pelo excesso de prazo da instrução criminal se refere à alteração não comunicada do domicílio da ofendida e das testemunhas, o que além de alongar ainda mais o tempo necessário à realização da audiência, ante a renovação ou duplicação de diligências para a localização do atual paradeiro da fonte de prova – que, não raro são inúteis ao fim a que se destinam -, tem acarretado a falta de reprodução, sob o crivo do contraditório judicial, da prova obtida na fase de inquérito policial.

Referida circunstância, na medida em que cria entrave intransponível à ‘judicialização’ da prova (até então, inquisitorial) reflete em um esvaziamento do conteúdo formador do conjunto probatório e, destarte, prejudica sobremaneira, não apenas a audiência direcionada à instrução criminal, mas também a busca da verdade dos fatos.

Explicitando, a perda de contato com vítimas e testemunhas essenciais à elucidação do ocorrido e as infrutíferas diligências empreendidas no intuito de resgatar o meio de prova, o que se atribui à passagem de tempo – na medida em que, não raro, passam-se anos entre a ocorrência e a constatação de que a fonte de prova ‘desapareceu’ ou ‘sumiu no mundo’ – tem importado na desistência do instrumento probatório pelo interessado.

No contexto, não detendo elementos concretos suficientes à formação de sua

convicção, não resta outra alternativa ao juiz, a não ser se valer das regras processuais penais para o deslinde da ação, na hipótese específica, da regra de distribuição do ônus da prova descrita no art. 156 do Código de Processo Penal e que proclama que “a prova da acusação incumbe a quem a fizer” (BRASIL, 1940).

Ademais, é comum que o magistrado se ampare na premissa que é fruto do princípio constitucional da presunção de inocência – do *‘in dubio pro reo’* – que tem como conteúdo o entendimento de que a dúvida sobre a materialidade ou autoria delitivas, ainda que se lastreie no insucesso da reprodução em Juízo das provas colhidas à época do fato, milita em favor do réu.

Em síntese, na falta de elementos ‘judicializados’ para a formação da convicção do juiz, o que prevalece é a garantia constitucional dos acusados de não serem considerados culpados até prova cabal em contrário (art. 5º, LVII da CF), defendendo-se que o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é de equacionar vetores colidentes em meio aos elementos do processo, o que significa, em outras palavras, que

[...] no processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, Apelação Criminal n. 29.991, 2019).

Na esteira de trecho extraído do julgamento da Apelação Criminal n. 0133006-14.2013.8.24.0064, da Quinta Câmara Criminal do mesmo Tribunal de Justiça, se infere que:

[...] à míngua de provas robustas do ilícito de furto narrado à inicial, impossível a condenação do réu, não bastando, para tanto, somente a presença de indícios isolados ou a eventual certeza moral do cometimento do delito. Afinal, no processo penal, para que se possa concluir pela condenação do acusado, necessário que as provas juntadas ao longo da instrução revelem, de forma absolutamente indubitável, sua responsabilidade por fato definido em lei como crime (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2019).

Por fim, não se pode deixar de mencionar que a superação de prazo razoável à instrução da ação penal tem sido substancialmente afetada pela superação do episódio de violência doméstica e familiar pelo casal.

Essa situação inaugurou a controvérsia sobre o prosseguimento da ação penal, na medida em que a natureza indisponível do direito de demandar em juízo a punição do ofensor

- cuja titularidade é, como regra, atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal (art. 129, I) -, impede que a reconciliação noticiada pelos envolvidos no evento desencadeador da ação tenha o condão de por si só gerar a extinção do processo.

Em tal cenário, o que se observa da experiência da rotina forense é que a expressa manifestação de vontade da ofendida em não levar adiante à persecução penal, na medida em que não produz qualquer efeito na ação, cuja titularidade é do órgão de acusação – que, por sua vez, se vê limitado pelas normas processuais vigentes que vedam a disposição do direito de perseguir em juízo a punição do ofensor –, não importa necessariamente na absolvição do ofensor e, nesse ponto, traz o risco de eventual decreto condenatório, o que fatalmente irradiará efeitos que levem ao enfraquecimento do laço familiar reconstruído.

Do exposto, se conclui que para que seja se chegue à solução definitiva e adequada da complexidade da situação retratada, visando a uniformização de decisões judiciais no tocante a esse mesmo conflito de interesses, não se vislumbra como meio suficiente à controvérsia a simples fixação de precedentes orientadores do tema.

Com efeito, imaginando-se hipoteticamente os potenciais efeitos produzidos pelas ferramentas que autorizam o aproveitamento de atos/decisões de um procedimento/recurso a outro, independente de apensamento ou reconhecimento prévio de conexão entre ambas ações em análise – as quais se encontram dispostas na Constituição Federal e nas regras de processo civil – não se chega, ainda que aproximadamente, ao encerramento da celeuma.

Isso porque mesmo que a Instância Recursal possa se utilizar do método de julgamento de recursos repetitivos - selecionando um, dentre um número expressivo de recursos que versem sobre questão idêntica, para servir como paradigma - o uso desse modelo sem a correlata modificação da legislação processual penal quanto à titularidade da ação penal para devolver o poder decisório à vítima\ofendida, apenas resolveria de maneira precária e transitória, um problema generalizado.

Desse modo, quanto ao último reflexo do excesso de prazo na formação da culpa na ação criminal que foi supracitado, se vislumbra, de antemão, que a colisão dos interesses da vítima e do órgão de acusação no que se refere a perseguir a punição do ofensor não é matéria afeta exclusivamente ao Poder Judiciário, haja vista que a retomada do relacionamento, nas situações desprovidas de contornos mais graves com influência direta da demora em apuração dos acontecimentos (o que pode ser atribuído à calma de ânimo que só o passar do tempo proporciona), sinaliza a necessária revisão das normas reguladoras nesse ínterim, ou, mesmo a título paliativo, uma solução jurisprudencial com repercussão em caráter geral que observe todos os interesses em conflito.

Com isso, não só se chega a um denominador comum em circunstâncias especiais, primando-se pela preservação do laço familiar, como também se evita o asoerramento dos órgãos judiciários em virtude da exigência de formalidades processuais referentes ao exercício da tutela punitivo-estatal que não tem qualquer razão de ser diante da superação de quadro isolado de violência doméstica e familiar, o que beneficiaria, mormente, a tramitação dos demais procedimentos sujeitos à Lei 11.340/2006 em que a gravidade ou a reiteração da violação dos direitos reclama urgência.

2.4 DADOS LEVANTADOS SOBRE O TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ENVOLVENDO A APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006 COM ABRANGÊNCIA TERRITORIAL ESTADUAL

2.4.1 Tabela do Tempo Médio de Duração dos Procedimentos - Distribuição até Sentença em Processos de 'Feminicídio' (Sentença em 2019) – Processos que tramitaram no Estado de Santa de Catarina

COMARCA	VARA	ASSUNTO	NATUREZA DA AÇÃO	DATA DA SENTENÇA	MÉDIA DE DIAS ENTRE DISTRIBUIÇÃO E SENTENÇA
Armazém	Vara Única	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	46
Capital	Vara do Tribunal do Júri	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	309
Cunha Porã	Vara Única	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	730
Curitibanos	Vara Criminal	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	632
Fraiburgo	2ª Vara	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	3314
Ipumirim	Vara Única	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	1179
Itapiranga	Vara Única	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	540
Jaraguá do Sul	1ª Vara Criminal	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	415

Lages	1ª Vara Criminal	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	644
Navegantes	Vara Criminal	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	504
Porto Belo	2ª Vara	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	158
Rio do Sul	Vara Criminal	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	238
Rio Negrinho	2ª Vara	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	814
São Miguel do Oeste	Vara Criminal	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	298
Tubarão	1ª Vara Criminal	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	687
Xaxim	2ª Vara	282	Ação Penal de Competência do Júri	2019	100
Média Total (cálculo da média – todas Comarcas)					507 dias

Fonte: Coordenaria Estadual (CEVID) - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (2019)

2.4.2 Quadro-Resumo do Tempo Médio (em dias) da Duração dos Procedimentos Com Delitos Diversos de ‘Feminicídio’ (Sentenciados no período de 2006 a 2019)

RELATÓRIO DE TEMPO MÉDIO DA DISTRIBUIÇÃO ATÉ A SENTENÇA EM PROCESSOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, INDEPENDENTEMENTE DE SER O ASSUNTO PRINCIPAL (PROCOLO 31758-CEZHCG)

Parâmetro: Inquéritos policiais, Medidas protetivas de urgência e Procedimentos Penais Comuns (ordinários, sumários e sumaríssimos). Excluídas ações de competência do Tribunal do Júri. Tempo de duração - retroagindo da data da sentença até a distribuição dos feitos

Período: anos de 2006 a 2019 (data da sentença)

Cálculo: Dias + abrangência de todas as Comarcas do Estado

2006	= 29	2011 = 390	2016 = 637
2007	= 141	2012 = 475	2017 = 660
2008	= 300	2013 = 517	2018 = 663
2009	= 181	2014 = 575	2019 = 688
2010	= 286	2015 = 607	

MÉDIA TOTAL (2006 a 2019): 439 dias (duração média dos processos no Estado – da distribuição até a sentença).

Fonte: Coordenaria Estadual (CEVID) - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (2019)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho buscou-se compreender a evolução da Lei n. 11.340/2006 - nestes 13 (treze) anos de existência -, retrocedendo-se ao cenário contemporâneo à sua elaboração e ao paradigmático caso de violência doméstica e familiar envolvendo Maria da Penha Maia Fernandes, a fim de verificar quais foram os avanços conquistados com mudança incentivada por essa norma no que se refere, principalmente, ao tratamento jurídico do tema e à forma de punição dessa espécie de agressão.

Neste diapasão, fez-se uma exposição geral sobre as circunstâncias que concorreram à inserção da Lei n. 11.340/2006 no sistema jurídico brasileiro e apresentou-se um breve resumo sobre as previsões normativas mais relevantes de seu texto, com enfoque na explicação de conceitos e institutos essenciais à compreensão do problema cujo estudo foi proposto.

Não obstante, considerando a ótica processual pretendida na abordagem, entendeu-se pertinente rememorar as definições de processo e procedimento, as classificações da doutrina de procedimento comum e especial, com a menção expressa à subdivisão do procedimento comum em ordinário, sumário e sumaríssimo, sem olvidar de traçar os contornos elementares do processo comum ordinário (aplicável à extensa maioria dos casos).

Ao ingressar no cerne do desenvolvimento, através da interpretação semântica de 'tempo' e 'prazo', analisou-se se o passar do tempo tem reflexos em sede de processo penal, discorrendo se o excesso de prazo na formação da culpa pode trazer riscos à prova 'judicializada' e, nesse sentido, à adequada recomposição dos fatos e ao conteúdo do provimento final e ilustrando a premissa estabelecida, de forma concreta, mediante a exposição de situações da *práxis* forense nas quais foi possível visualizar essa íntima vinculação 'tempo e processo'.

Ademais, no derradeiro tópico desenvolvido se mostrou através de números obtidos em pesquisa a cargo da Coordenaria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – um dos órgãos de maior e mais louvável atuação no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – a situação atual dos procedimentos que envolvem a Lei Maria da Penha, com a diferenciação conforme versassem sobre 'feminicídio' ou delitos diversos daquele, em relação a todas as Comarcas integrantes do território do Estado, indicando-se o tempo médio de duração, em um ou outro caso.

Assim que o estudo da Lei n. 11.340/2006 e do instrumento destinado à perseguição da punição do agressor/ofensor nas situações envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher levou, inicialmente, à compreensão dos motivos da constante preocupação

legislativa em reforçar a rede de proteção às vítimas dessa forma de violação de direitos/garantias – que conduziu, inclusive, a diversas modificações e acréscimos no texto originário da norma.

A partir daí, evoluindo-se na pesquisa e desenvolvimento do tema da violência doméstica e familiar contra a mulher e do processo penal, após se constatar que o tempo é um fator de extrema relevância para o adequado e regular desenvolvimento da ação criminal, investigou-se algumas das causas da demora da instrução criminal nos procedimentos destinados à apuração e à eventual punição do infrator e seus potenciais reflexos e, em tal âmbito, ao se levantarem hipóteses tendentes à solução do problema – que tende a se agravar pelo crescimento desenfreado da violência de gênero –, se pretendeu fomentar as futuras discussões e estudos a serem desenvolvidos e/ou aprimorados, principalmente no que diz respeito ao combate de entraves burocráticos, barreiras ou comportamentos manifestamente protelatórios. Tais comportamentos fatalmente conduzem à fragilidade do conjunto probatório e têm como consequência, diante da insuficiência de elementos probatórios, a utilização de regras teóricas do processo penal para decisão dos casos envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher e, por conseguinte, a sensação de impunidade às vítimas/ofendidas e o aumento do descrédito no Poder Judiciário.

Desse modo, como resultado do período dedicado ao estudo do tema – cuja relevância é reforçada pelas frequentes notícias de casos de ‘feminicídio’ que se espalham na mídia e pela proliferação de comportamentos violentos que, aos olhos da sociedade patriarcalmente estruturada, até então eram tidos como irrelevantes ou ‘normais’ –, se verificou que a *mens* legislativa na elaboração da Lei n. 11.340/2006 foi desenvolvida sob a ótica da finalidade idealizada com a norma e não sob o viés da forma real de estruturação do Poder Judiciário – em especial, no tocante aos meios e recursos disponíveis para compor e expandir o sistema garantidor de efetiva proteção às vítimas - o que levou a uma direção oposta da objetivada.

Um dos resultados da falta de correspondência entre a intenção da lei e a realidade na sua aplicação que exige atenção é o reduzido número de Juizados Especializados em violência doméstica e familiar em todo o território nacional, cuja insuficiência orçamentária, de recursos humanos, etc. refletiu no assoberbamento das Varas Criminais que têm competência cumulativa e na lamentável preterição das ações criminais em que se apuram tais delitos em favor de outras demandas, sob a justificativa de versarem sobre ‘condutas mais graves ou urgentes’.

No entanto, embora desprovido do aparelhamento e estrutura para atingir o cenário descrito como ideal (quando editada a Lei n. 11.340/2006, ou seja, há 13 (treze) anos),

se observa do estudo feito que o Poder Judiciário tem conjugado esforços para o gradual progresso na busca da efetivação dos comandos emanados do microsistema protetivo - seja dedicando-se à colheita de dados por meio de pesquisas científicas que apurem causas-efeitos-métodos para problemas encontrados na realidade prática, seja rumando a passos lentos no combate à superação das falhas/obstáculos e, que, ao longo do caminho, insistem em desestimular a luta pela garantia dos direitos das mulheres vitimadas, oprimidas e fragilizadas pela violência e abusos cometidos na sua esfera mais íntima de convivência. Afinal, “não é necessário que você veja toda a escada. Apenas dê o primeiro passo” (KING, Marthin Luther).

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougénotr. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação na da Lei Maria da Penha**, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm. Acesso em: 03 dez. 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 2848**, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 3689**, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. **Lei n. 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Lei n. 13.461**, de 03 de abril de 2018. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. *Habeas Corpus* n. 127900/AM, do Tribunal Pleno. DF, 03 de março de 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310049352&ext=.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Direito Processual Penal. Apelação Criminal n. 0133006-14.2013.8.24.0064 da Quinta Câmara Criminal. São José, 21/02/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Relatórios e dados estatísticos. <https://www.tjsc.jus.br/web/violencia-contr-a-mulher/relatorios>. Acesso em: 02 dez. 2019.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Aspectos procedimentais da Lei Maria da Penha e seu reflexo no âmbito das relações familiares**. Disponível em: <http://revistapensar.com.br/direito/artigo/no=a115.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006 Comentada artigo por artigo. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: *Juspodivm*, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Código de processo penal e Lei de Execução Penal comentados por artigo. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: *Juspodivum*, 2019.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER, Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2017.

FAÇANHA, Josanne Ferreira. Lei Maria da Penha e poder judiciário: entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhã. Rio de Janeiro: Barra Livros, 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Direitos das Mulheres. São Paulo: Edifício, 2014.

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais, Vol. único. 8ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2016.

KING, Marthin Luther. Citação disponível em: <https://www.opensador.com/frase/marthinlutherking>. Acesso em: 04 dez. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Vol. único. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: *Juspodivum*, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada – 2ª ed. Salvador: *Juspodivum*, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: *Juspodivum*, 2018.

LOPES, Alexandre Augusto. **O tempo e sua importância na vida processual e administrativa judicial**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-tempo-e-a-sua-importancia-na-vida-processual-administrativa-e-judicial>. Acesso em: 04 dez. 2019.

NUCCI, Guilherme Souza. Leis penais e processuais comentadas. Vol. 1. 11ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PALACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 15ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2011.

POLIITO, André Guilherme. **Michaelis Dicionário de Sinônimos e Antônimos**. 3ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

ROSA E LOPES, Alexandre Moraes e Aury Junior. **Porque os depoimentos prestados em delegacia não podem ser usados em juízo**. Revista Consultor Jurídico, 27 de março de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/limite-penal-depoimentos-prestados-delegacia-nao-podem-usados-juizo>. Acesso em: 04 dez. 2019.

TAVORA, Nestor. Curso de Direito processual penal. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: *Juspodivum*, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

**DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE PERÍCIA
COMPLEXA COM BASE EM CRITÉRIOS OBJETIVOS
PARA FINS DE BALIZAR A COMPETÊNCIA DOS
JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA**

Catherine Recouvreux



DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE PERÍCIA COMPLEXA COM BASE EM CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA FINS DE BALIZAR A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

DELIMITATION OF THE CONCEPT OF COMPLEX OFFICIAL INVESTIGATION BASED ON OBJECTIVE CRITERIA TO CONSTRAIN THE JURISDICTION OF THE SMALL CLAIM COURTS OF TREASURY

Catherine Recouvreux¹

RESUMO

Os Juizados Especiais foram instituídos, inclusive com assento constitucional, com o fim de facilitar o acesso à justiça e assegurar prestação jurisdicional gratuita e célere. Atualmente, a jurisprudência majoritária entende que a necessidade de realização de perícia não teria o condão de, por si só, afastar a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Sucede que tal posicionamento não se encontra em consonância com o pensamento dos doutrinadores sobre a questão, além de encontrar entraves na legislação de regência. Com efeito, a efetivação de exame pericial de natureza complexa não se mostra compatível com o objetivo constitucional e com os princípios norteadores do Juizado Especial, mormente porque impede a adoção do rito sumaríssimo. Diante disso, mostra-se necessário, em especial para assegurar segurança jurídica e a observância dos postulados regentes do sistema dos Juizados Especiais, identificar critérios objetivos para delimitar o conceito de perícia complexa para fins de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Juizados Especiais da Fazenda Pública. Competência. Perícia complexa. Conceito.

ABSTRACT

The Small Claim Courts were established, including the constitutionally enshrined, to ease the access to justice and guarantee free and fast jurisdictional work. Nowadays, the jurisprudential standards dictates that the necessity of official investigation wouldn't have

¹ Bacharel em Direito; Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina; Juíza de Direito, catherine@tjsc.jus.br

the ability of, alone, removing the jurisdiction from the Small Claims Courts of Treasury. This attitude isn't in accordance with the thoughts from scholars about it, besides it has obstacles with today's legislation. In fact, the realization of complex official investigation doesn't seem compatible with the constitutional objective and the guiding principles from the Small Claim Courts, most importantly because it hinders the ultra-summary rite. Therefore, it is necessary, especially in regards to assure the legal security and respect the commanding postulates from the Small Claim Courts, to identify objective criteria to delineate the concept of complex official investigation when in the jurisdiction of the Small Claim Courts of Treasury.

Keywords: Small Claim Courts of Treasury. Jurisdiction. Complex official investigation. Concept.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a jurisprudência pátria passou a entender que a mera necessidade de realização de perícia não tem o condão de afastar a competência dos Juizados Especiais.

Ocorre que a legislação específica dos Juizados Especiais da Fazenda Pública prevê apenas a realização de exame técnico, de forma que a necessidade de realização de perícia de natureza complexa tem o condão de impedir a utilização do procedimento sumaríssimo, em ofensa tanto aos princípios orientadores do Juizado Especial como ao contraditório e à ampla defesa.

Diante desse panorama, por meio desta pesquisa, pretende-se estabelecer critérios objetivos com a finalidade de identificar circunstâncias aptas a tornar a perícia necessária para o deslinde do processo de natureza complexa, buscando esclarecer a delimitação da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A relevância do assunto está centrada na atual controvérsia a respeito da espécie de prova técnica que pode ser realizada no âmbito do procedimento sumaríssimo. Com efeito, muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha assinalado que a simples necessidade de prova pericial não teria a função de, isoladamente, afastar a competência dos Juizados Especiais para processar e julgar determinada demanda², deixou de indicar quais peculiaridades dessa

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 753.444 - RJ (2015/0185865-6). Agravante: Marcelo Diniz Pieroni de Siqueira. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 17 de agosto de 2015.

espécie de prova que, por incompatibilidade com o sistema dos Juizados e o respectivo procedimento, conduziram à necessidade de adoção do rito comum.

Vê-se por oportuna a discussão porque a ausência de requisitos objetivos para a análise do tema gera severa insegurança jurídica, além de afetar por sobremaneira a celeridade processual exigida primordialmente no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, visto que a dúvida quanto à competência para a análise do processo muitas vezes conduz à interposição de recursos que demoram anos para serem apreciados pelas diversas instâncias. Ao retorno do feito para apreciação em conformidade com o rito então tido por cabível, é possível que a demanda já tenha perdido o objeto e sequer interesse mais ao requerente, afetando inclusive a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

Assim, para o fim proposto foram analisadas as leis norteadoras do sistema dos Juizados Especiais, em especial seu histórico, objetivo e princípios norteadores; verificado e comparado na literatura e na jurisprudência o entendimento sobre a possibilidade de realização de exame pericial no rito sumaríssimo e indicadas as possíveis consequências de realização de prova técnica complexa na seara dos Juizados Especiais.

O método indutivo foi utilizado neste estudo, uma vez que a partir de premissas particulares e de fatos individuais buscou-se extrair as conclusões para o estudo. Por consequência, foi realizada uma revisão da literatura sobre o tema, através de busca de livros, artigos, dissertações de mestrado e teses de doutorado em base de dados de textos científicos especializados.

A partir disso, em especial porque ausente tal informação nos julgados dos Tribunais e na literatura revisada, observou-se a necessidade de serem identificados critérios objetivos para delimitar o conceito de perícia complexa para fins de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

2 SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Em princípio, é de se registrar que os Juizados Especiais são consubstanciados em um sistema de justiça estruturalmente diverso da justiça comum, na forma prevista no art. 98, I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). São órgãos do Poder Judiciário, nesta perspectiva, que buscam resolver o conflito entre as partes primordialmente pela conciliação.

O referido sistema tem o propósito de conferir ao cidadão uma forma simplificada

de acesso à justiça, visto que facilita a resolução dos impasses de menor complexidade de forma rápida, eficiente e gratuita.

2.1 HISTÓRICO E OBJETIVOS DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

O microsistema dos Juizados Especiais surgiu, na conjectura atual, com o advento da Lei n. 9.099/1995 (BRASIL, 1995), a qual serviu para regulamentar o mandamento constitucional insculpido no art. 98, I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Em seguida, foi editada a Lei n. 10.259/2001, norteadora dos Juizados Especiais Federais (BRASIL, 2001) e, por último, a Lei n. 12.153/2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública (BRASIL, 2009).

O intento do constituinte com a previsão de criação dos Juizados Especiais foi ampliar o acesso à justiça, assegurando o ingresso de demandas que possivelmente não seriam ajuizadas em virtude da singeleza ou pequeno proveito econômico final (CÂMARA, 2010, p. 5). Observou-se, como destacam Marinoni; Arenhart (2014, p. 199), que o procedimento comum não era adequado para tutelar determinados tipos de interesse, uma vez que o alto custo e a morosidade tendem a esvaziar a utilidade da tutela jurisdicional.

Por essa razão, a Constituição da República (BRASIL, 1988) estabeleceu em seu art. 98, inciso I, a instituição pela União, pelo Distrito Federal e Territórios e pelos Estados de “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo [...]”.

Percebe-se, diante disso, que, mediante a previsão de procedimento diferenciado e gratuito, os Juizados Especiais “visam apresentar ao jurisdicionado um caminho de solução das controvérsias mais rápido, informal e desburocratizado, capaz de atender às necessidades do cidadão e do direito postulado” (MARINONI; ARENHART, 2014, p. 200). Em consequência, relacionando o exposto com o presente estudo, toda interpretação jurisdicional relacionada ao microsistema não pode, sob pena de inclusive malbaratear o texto constitucional, conduzir ao desvirtuamento do próprio fim da criação desse órgão.

2.2 PRINCÍPIOS REGENTES DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Como dito, formam o sistema dos Juizados Especiais a Lei n. 9.099/1995 (BRASIL, 1995), regulamentadora dos Juizados Cíveis e Criminais em âmbito estadual, a Lei n. 10.259/2001 (BRASIL, 2001), instituidora dos Juizados Especiais Federais e, enfim, a Lei n.

12.153/2009, que discorre a respeito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (BRASIL, 2009). A primeira das normas, cumpre salientar, tem cunho geral e é aplicada de modo subsidiário às demais, no que forem omissas e com o propósito de manter a coerência do sistema.

A quem afirme, ainda, que as referidas normas compõem, em conjunto, um só estatuto, de maneira que haveria uma influência recíproca entre todas elas, tal como um ‘diálogo de fontes’ (CÂMARA, 2010, p. 4-5). Com isso, permite-se que as omissões verificadas em alguma das três leis seja suprida por previsão constante em outra, desde que a integração seja compatível com as particularidades procedimentais inerentes a cada espécie regulamentada (rito de natureza cível, criminal e de direito público). Para corroborar essa tese, a última das leis do sistema editada (Lei n. 12.153/2009) já previu expressamente a aplicação subsidiária das Leis n. 9.099/1995 e n. 10.259/2001.

Dessa forma, a listagem de critérios norteadores elencados no art. 2º da Lei n. 9.099/1995 serve para estabelecer diretrizes cabíveis a todo o microsistema dos Juizados Especiais, abrangendo também os Juizados Especiais Federal e Fazendário.

Nesse sentido, afirma Rocha (2017, p. 27) que os itens mencionados na citada lei – oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade – não devem ser vistos por simples critérios, mas sim tratados como princípios, de modo que possam efetivar o propósito de guia exegético a eles inerente. Em complemento, registra o mencionado autor que “o tema central dos princípios listados é o ato processual, sua realização, exteriorização e seu aproveitamento. Esses princípios, entretanto, servem também de base para a estruturação do órgão e para definir os contornos fundamentais do instituto”.

No particular em relação aos princípios da simplicidade, informalidade e celeridade, de suma importância para a conclusão do presente estudo, devem ser vistos por balizas orientadoras estabelecidas legalmente com o intento de garantir-se a fiel observância aos objetivos da legislação, ou seja, assegurar a rápida e pouco custosa resolução dos conflitos. Sobre o tema, esclarecem Tourinho Neto; Figueira Júnior (2017):

Essas regras de orientação, aliás, já eram atendidas pela Lei n. 7.244/1984, porquanto pressupostos estabelecidos à instrumentalidade e efetividade do processo, visto que as demandas precisam ser rápidas para a solução dos conflitos, simples no seu tramitar, informais nos seus atos e termos e o menos onerosas possível aos litigantes, bem como econômicas, compactas, na consecução das atividades processuais.

Note-se que o procedimento estabelecido na Lei n. 9.099/1995, como dissemos, não é sumário, mas, sim, sumaríssimo – como fez questão de ressaltar o

constituente de 1988 – isto é, um rito extremamente sumário, cujas características são a rapidez, a simplicidade, a informalidade, a concentração dos atos e a economia processual. Em outros termos, um processo fundado na oralidade em grau máximo. Por outro lado, em que pese o rito previamente estabelecido para os Juizados Especiais em face da incidência do princípio da informalidade, nada obsta que o juiz busque soluções alternativas de ordem procedimental para obter uma prestação da tutela jurisdicional mais rápida e hábil a adequar a ação de direito material àquela de direito processual.

Forçoso concluir, em cotejo com o até então apresentado, que o desatendimento das diretrizes trazidas pelo guia de princípios arrolado na legislação importa em violar o próprio propósito constitucional que culminou com a criação dos Juizados Especiais, abstendo-se de tutelar de forma satisfativa o direito do cidadão.

2.3 INFLUÊNCIA DA BASE CONSTITUCIONAL E PRINCIPIOLÓGICA NA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Ao estabelecer a criação dos Juizados Especiais, no âmbito cível, a Constituição Federal previu que teriam competência para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade. Para regulamentar na esfera infraconstitucional essa definição, cada uma das normas acima elencadas firmou critérios de competência, adotando o critério material para incluir e excluir determinadas demandas do rito sumaríssimo, e quantitativo, fixando como teto máximo o valor atribuído à causa de 40 (quarenta) ou 60 (sessenta) salários mínimos.

Em primeiro, é importante frisar que a interpretação das normas infraconstitucionais não pode ser promovida de maneira alheia aos ditames constitucionais, notadamente quando destes decorre a própria criação da lei em questão. Da mesma forma, é certo que, para garantia de coerência do sistema, a tramitação de demanda no âmbito dos Juizados Especiais deve pressupor que o respectivo deslinde permita a adoção do procedimento sumaríssimo, bem assim observar os princípios acima delineados.

Nesse sentido, afirmam Tourinho Neto; Figueira Júnior (2017, p. 141-142) que o critério quantitativo inserido pelo legislador para firmar a competência dos Juizados Especiais não pode ser visto de maneira isolada em relação ao critério qualitativo imposto pela Constituição Federal, qual seja, a complexidade da causa. Para reforçar a referida conclusão, argumentam que, por princípio básico de hermenêutica jurídica, os parágrafos e incisos do art. 3º da Lei n. 9.099/1995, os quais estabelecem o critério valorativo e as demandas incluídas e

excluídas da respectiva competência, não podem ser interpretados de forma desassociada do *caput* do dispositivo, o qual precisamente repete o texto constitucional (“O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de *menor complexidade*, assim consideradas:”).

Por esta mesma razão, sustenta Paula Filho (2013) que “defender a competência dos Juizados Fazendários, independentemente da complexidade do caso, viola o art. 98, I, da Constituição Federal, bem assim os princípios reinantes do Sistema dos Juizados Especiais”.

Continua o referido autor, descrevendo que:

Consequentemente, se o caso concreto, complexo, tramitar pelo procedimento sumaríssimo duas situações podem ocorrer: ou estará desnaturado o Juizado Especial, porquanto equivalerá a uma Justiça paralela (adoção do procedimento traçado no Código de Processo Civil); ou, firme cerradamente na celeridade, informalidade, simplicidade, oralidade e economia processual que o procedimento exige, restarão violados princípios constitucionais, como o efetivo contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV). Logo, não haverá outra solução, a não ser declarar a incompetência dos Juizados Especiais Fazendários, sob pena de afronta visceral da Constituição Federal.

Na mesma linha, afirma Velloso (2016, p. 327-328):

O que não se deve perder de vista é a diretriz fixada pela Constituição, art. 98, I - submetem-se aos Juizados Especiais as “causas cíveis de menor complexidade”. Este é o dado fundamental a ser observado, ainda que a lei, na busca da definição de quais seriam essas causas, tenha estabelecido alguns critérios nem sempre compatíveis com a realidade. É dizer, é a complexidade o único critério constitucionalmente reconhecido para a fixação da competência dos Juizados Especiais. O dado econômico pode ajudar na definição de maior ou menor complexidade, mas será sempre desta última a palavra final, pois o valor do pedido nada tem que ver com a instrução do processo e sua prova.

Entende o citado autor, ainda, que o fator determinante para se averiguar a complexidade de determinada causa é a complexidade da respectiva instrução probatória, de maneira que deve ser tido por simples o processo judicial que depende para a sua conclusão de prova documental básica, facilmente acostada aos autos juntamente com a inicial ou contestação, ao passo que se reputa por complexa a demanda dependente da realização de prova pericial, oitiva de testemunha em outra comarca etc. (VELLOSO, 2016).

Em igual sentido Tourinho Neto; Figueira Júnior (2017, p. 142):

[...] quando se fala em complexidade da causa, objetivamente, está se tratando de complexidade probatória que, por sua vez, diz diretamente respeito com o objeto do litígio propriamente dito e sobre o qual incide a pretensão do autor articulada em juízo. Assim, o que determina a complexidade de uma causa não é o direito posto para exame do Estado-Juiz, ou seja, a complexidade jurídica submetida ao conhecimento do julgador, mas sim a complexidade probatória oriunda aos fatos da lide pendente. Aliás, não poderia ser diferente, pois a carga de subjetividade atinente à complexidade jurídica é enorme, ou seja, o que se afigura complexo juridicamente para alguns, pode, aos olhos de outros observadores, revestir-se da grande simplicidade.

Diante de sua configuração objetiva, o mesmo já não sucede com a matéria de fato controvertida e, por conseguinte, com a prova que haverá de ser produzida; assim, se a perícia for indispensável para o deslinde de uma causa, as partes não poderão supri-la por ouvida de testemunha ou juntada de qualquer espécie de documento. Portanto, fica evidenciado que a maior complexidade da causa está intimamente ligada com a matéria de fato que, por sua vez, poderá exigir (dependendo da hipótese em exame) a comprovação do alegado por meio de perícia.

Constata-se, isto posto, que a imprescindível harmonia entre a previsão constitucional e a legislação ordinária impõe a compreensão no sentido de que os critérios de competência firmados pelas leis de regência devem também observar os parâmetros impostos pela norma superior. Por consequência, a complexidade da causa submetida a julgamento, no seu aspecto fático, também por impossibilitar o respeito aos princípios norteadores e a adoção do rito simplificado, tem o condão de afastar a atribuição de veredicto dos Juizados Especiais.

3 A PROVA TÉCNICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

É indubitável que a grande questão controvertida relacionada com a competência dos Juizados Especiais recentemente é a possibilidade de tramitação de processos cuja solução demande a produção de prova de natureza técnica. Isso porque, como visto alhures, parte majoritária da doutrina entende pela incompatibilidade da prova pericial com a simplicidade do procedimento sumaríssimo e com os ditames constitucionais.

Sobre o assunto, a Lei n. 9.099/1995 não traz previsão expressa, dispondo apenas que “Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida

às partes a apresentação de parecer técnico” (art. 35). Diante disso, e para compatibilizar a respectiva previsão com o procedimento de audiência una esculpido na norma, a prova técnica admitida no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais limitar-se-ia, em tese, à oitiva de perito pelo Juízo antes ou durante a solenidade, com a juntada de parecer técnico ao máximo também nesse momento pelas partes.

Noutro viés, a norma que versa sobre os Juizados Especiais Federais tratou de maneira expressa a respeito da produção de prova técnica, estabelecendo que, para tanto, será nomeada pessoa habilitada pelo Juízo, a qual deverá apresentar o laudo em até 5 (cinco) dias da data da audiência (Lei n. 10.259/2001, art. 12, caput). Apenas na hipótese de se tratar de ação de natureza previdenciária ou relacionada com assistência social, as partes serão intimadas para apresentarem quesitos e indicarem assistentes (Lei n. 10.259/2001, art. 12, § 2º).

A lei regente dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (n. 12.153/2009), por derradeiro, trouxe previsão idêntica à norma criadora dos juizados na seara federal sem, contudo, trazer qualquer exceção sobre a possibilidade de indicação de quesitos ou assistentes técnicos pelos envolvidos.

Sucedendo que, a despeito do teor do texto constitucional e das especificidades trazidas pela legislação ordinária, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento prevalente no sentido de que a exigência de prova de cunho técnico não importa em afastar a competência dos Juizados Especiais, a despeito da respectiva complexidade.

Para ilustrar a afirmação, seguem julgados oriundos da Corte Superior a respeito da temática:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 2º DA LEI 12.153/2009. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL COMPLEXA. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

1. O art. 2º da Lei 12.153/2009 possui dois parâmetros - valor e matéria - para que uma ação possa ser considerada de menor complexidade e, conseqüentemente, sujeita à competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

2. A necessidade de produção de prova pericial complexa não influi na definição da competência dos juizados especiais da Fazenda Pública. Precedente: REsp 1.205.956/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 01.12.2010; AgRg na Rcl 2.939/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 18.09.2009; RMS 29.163/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 28.04.2010.3. Agravo Regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 753.444 - RJ. Agravante:

Marcelo Diniz Pieroni de Siqueira. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 17 de agosto de 2015).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535, II DO CPC/1973. JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA QUE NÃO AFETA A COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há falar em violação dos arts. 165, 458 e 535, II do CPC/1973, tendo em vista que o Tribunal de origem apreciou a lide de forma clara e adotou fundamentação suficiente para negar a pretensão da parte recorrente. Portanto, em não havendo omissão, contradição ou obscuridade no julgado, rejeita-se a tese de violação dos mencionados artigos.

2. A jurisprudência desta Corte entende que a competência dos Juizados Especiais deve ser fixada segundo o valor da causa, que não pode ultrapassar 60 salários mínimos, sendo irrelevante a necessidade de produção de prova pericial, ou seja, a complexidade da matéria. Precedentes: AgRg no AREsp. 753.444/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 18.11.2015; AgRg no REsp. 1.214.479/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 6.11.2013; AgRg no REsp. 1.222.345/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 18.2.2011.

3. Agravo Interno da Contribuinte a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 572.051/RS. Agravante: Rosalda de Fátima Vieira. Agravado: Município de Erechim. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. 26 de março de 2019).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE DE COMPETÊNCIA DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 376/STJ. DECADÊNCIA. ART. 23 DA LEI Nº 12.016/2009. MANDAMUS IMPETRADO APÓS MAIS DE 120 DIAS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA IMPUGNADA. DECADÊNCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COMPETÊNCIA QUE INDEPENDER DO VALOR DA CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE DA DEMANDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, admite-se a impetração de mandado de segurança perante os Tribunais de Justiça dos Estados para o exercício do controle de competência dos juizados especiais, ficando a cargo das Turmas Recursais, a teor do que dispõe a Súmula nº 376 do STJ, o writ que tenha por escopo o controle de mérito dos atos de juizado especial. Precedentes.

2. A teor do disposto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009, o direito de postular, pela via do mandado de segurança, a desconstituição de sentença por suposta incompetência do juizado especial prolator, extingue-se após transcorrido in albis

o prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da data em que se operou o trânsito em julgado do referido decisum.

3. No caso, o transcurso de prazo superior a três anos entre o trânsito em julgado da sentença que se pretende desconstituir e a data da impetração impõe o reconhecimento da decadência.

4. Nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 9.099/97, conjugado com o art. 275, II, d, do CPC, cabe aos Juizados Especiais Cíveis julgar as demandas de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre, qualquer que seja o valor da causa.

5. A suposta necessidade de realização de prova pericial, por si só, não afasta a menor complexidade da causa.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 46.955/GO. Recorrente: Agenor Rodrigues Rezende. Recorridos: Ivanilda Silva Santos Luciano e outros. Relator: Ministro Moura Ribeiro. 17 de agosto de 2015).

A esse respeito, Figueira Júnior (2017, p. 215) menciona que tal interpretação olvida da necessidade de serem os critérios para a fixação da competência da Lei n. 9.099/1995 (quantitativo e qualitativo, no sentido da complexidade da causa) interpretados conjuntamente. Em continuidade, Figueira Júnior (2017, p. 215) relembra que, de forma diversa, a Lei n. 12.153/2009, orientadora dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, prevê textualmente que o magistrado pode valer-se de auxiliar da Justiça para a confecção de exame técnico necessário para o deslinde do feito.

Contudo, registra que, “não se realizarão nos Juizados Fazendários perícias complexas ou demasiadamente onerosas, sob pena de violação aos princípios da simplicidade, celeridade e da economia” (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 216). Não elenca, contudo, os critérios para verificar a complexidade de uma perícia, justamente com o fim proposto.

Na mesma linha, discorre Chimenti (2012, p. 88) que:

Verificando o juiz do Juizado que a tentativa de conciliação restou infrutífera, que as provas documentais e orais colhidas são insuficientes para a solução do litígio e que será necessária intrincada perícia para a solução do litígio, deverá extinguir o processo sem a apreciação do seu mérito (art. 51, II, da Lei n. 9.099/95), podendo a parte renovar a ação no juízo comum.

Chimenti (2012, p. 88) cita, para corroborar a tese, o Enunciado 91 do Fonajef (FONAJEF, 2017), no seguinte sentido: “Os Juizados Especiais Federais são incompetentes para julgar causas que demandem perícias complexas ou onerosas que não se enquadrem no

conceito de exame técnico (art. 12 da Lei 10.259/2001)”.

Por oportuno, vale salientar que os Tribunais Estaduais, notadamente a Corte Catarinense, firmaram posicionamento mais maleável a respeito do tema, admitindo a análise da complexidade da prova para fins de delimitação da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DEMANDA PROPOSTA PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. MAGISTRADO QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA PARA O JUÍZO CÍVEL RECONHECENDO A NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA COMPLEXA. AUTOR QUE POSTULA A REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS COM A OBRA DE DUPLICAÇÃO DA BR 101, AFIRMANDO QUE A ELEVAÇÃO DOS CANAIS DE DRENAGEM DA ÁGUA CULMINOU POR AFETAR O SOLO DO SEU IMÓVEL, VIZINHO À RODOVIA, QUE RESULTOU IMPRODUTIVO. PROVA TÉCNICA A SER REALIZADA QUE É DE RAZOÁVEL COMPLEXIDADE. ACERTO DA DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO REJEITADO. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito de competência n. 0001921-58.2017.8.24.0000. Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Araranguá. Suscitado: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Araranguá. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. 23 de novembro de 2017).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO DE DANOS MORAIS. DEMANDA PROPOSTA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. AUTORA QUE REQUEREU PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL (GRAFOTÉCNICA). COMPETÊNCIA DECLINADA. AUTOS REMETIDOS A UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE PALHOÇA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, QUE NÃO SE ENQUADRA NA HIPÓTESE ELENCADE NO ART. 35 DA LEI N. 9.099/95. EXEGESE DO ART. 98, INCISO I, DA CARTA MAGNA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO NÃO ACOLHIDO.

“(…)Tendo em vista que para a adequada resolução da lide pendente mister se faz a realização de perícia técnica especializada (que não se confunde com a simples inquirição de técnicos admitida no art. 35 da Lei 9.099/1995), afasta-se a competência do Juizado Especial Cível e declara-se a competência do Juízo Suscitante para prosseguir com o processamento e julgamento da causa. Soma-se ainda a circunstância de que, nos Juizados Especiais Cíveis, inexistem em primeiro grau de jurisdição o pagamento de custas, taxas ou despesas processuais (art. 54 da Lei 9.099/95), que, por si só, inviabiliza a produção de prova pericial.” (CC n. 2015.019828-4, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 23/04/2015). (SANTA

CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito de competência n. 0155435-02.2015.8.24.0000. Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Palhoça. Suscitado: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Palhoça. Relator: Desembargador Saul Steil. 16 de junho de 2016).

Dessa forma, mormente porque inexistente, até o momento, precedente de caráter vinculante a respeito do assunto, nos moldes definidos pela legislação processual vigente (CPC, art. 927), ainda há espaço para discussão aprofundada e aprimoramento da questão em voga.

De toda sorte, pelo apresentado, verifica-se discrepância entre o pensamento dos juristas e o entendimento pretoriano hodierno acerca do tema. Nessa perspectiva, buscando firmar consenso sobre a questão, mostra-se necessário analisar as possíveis consequências práticas da realização de perícias dessa natureza no âmbito dos Juizados Especiais, bem assim delimitar qual circunstância teria o condão de conduzir a classificação de prova técnica como complexa.

3.1 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIAS COMPLEXAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Para iniciar, não se pode olvidar que o rito sumaríssimo prevê a solução do processo a ele submetido mediante a realização de audiência una de conciliação, instrução e julgamento, a qual concentra todos os atos processuais e probatórios, sendo designada de antemão no despacho de impulso inicial do processo, no prazo máximo de 15 (quinze) dias (Lei n. 9.099/1995, art. 16). Isso ocorre, vale frisar, diante do primado da celeridade, inafastável das demandas de competência do Juizado Especial.

Dessa feita, em observância ao rito previsto legalmente, eventual exame técnico necessário à conciliação ou julgamento da causa também deverá ser determinado logo na fase inicial do processo, com a nomeação de pessoa habilitada para entregar o laudo até 5 (cinco) dias antes da solenidade aprazada (Lei n. 12.153/2009, art. 10). O procedimento de nomeação e aceitação do perito, além da própria realização do exame e finalização do laudo, deverá ser promovido, diante dos prazos acima delineados, em no máximo 10 (dez) dias.

Não seria possível, por ausência de previsão legal ou mesmo total inexecutabilidade em virtude do exíguo interstício, a apresentação pelas partes de quesitos ou indicação de assistente técnico.

Contudo, a fiel observância do procedimento acima delineado, em casos de

perícias de alta complexidade, esbarra em contratempos muito recorrentes no cotidiano forense. Primeiro, destaca-se que uma das grandes dificuldades para o eskorreito andamento do processo judicial consubstancia-se em localizar perito disposto a aceitar o encargo, notadamente em comarcas de porte pequeno e localizadas em regiões afastadas dos grandes centros urbanos. Segundo, o prazo diminuto previsto na legislação impossibilita a confecção de laudo qualificado sobre situação fática de grande complexidade, em especial quando necessário o deslocamento do perito. Enfim, em determinadas conjunturas, afastar o direito da parte em apresentar quesitos poderia importar em verdadeiro cerceamento do direito de ação ou defesa, podendo resultar em provimento jurisdicional em total descompasso com o contexto fático vigente.

Nesse sentido, Souza (2010, p. 123), conquanto entenda ser cabível a realização de prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais Fazendário, nos moldes do disposto no art. 10 da Lei n. 12.153/2009, indica que deve ser elaborada de forma simplificada, dispensando-se o procedimento previsto no Código de Processo Civil. Para a citada a autora, a efetivação da prova em questão deve obedecer à sistemática estabelecida pelo art. 12 da Lei n. 10.259/2001, de maneira que deve o juiz nomear técnico para apresentar o laudo em até cinco dias antes da audiência, sem a intimação prévia das partes para participarem da perícia ou apresentarem quesitos.

Souza (2010, p. 123) conclui que:

[...] todo o procedimento probatório deve se adequar à sumariedade do procedimento perante os Juizados Especiais Fazendários. Se a prova, por ser complexa, não puder ser realizada no prazo e dentro do procedimento previsto, o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito por inadequação procedimental (art. 51, inc. II, da Lei n. 9.099/1995).

Logo, entende que, muito embora a parte autora possa perder a celeridade e informalidade inerentes ao rito do Juizado Especial, como a prova necessária para o correto julgamento do feito não é admitida no âmbito do procedimento sumaríssimo, com a adoção do rito comum terá assegurado provimento jurisdicional melhor adequado ao caso.

Paula Filho (2013), seguindo o mesmo rumo, traz importante conclusão das implicações antes mencionadas:

Aliando cegamente apenas o critério em razão do valor com a competência absoluta, o regramento dos Juizados Especiais Fazendários é uma afronta aos princípios constitucionais do efetivo contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), uma vez que o procedimento sumaríssimo é célere em grau máximo (cotejo com

procedimento sumário e ordinário do Código de Processo Civil), absolutamente ineficaz para abrigar as causas de maior complexidade, bem como é desprovido de alguns meios de impugnação do julgado, o que, decisivamente, trará resultados inaceitáveis ao interesse público.

Por fim, como ponto deveras importante para o deslinde do estudo, é válido destacar que uma das características primordiais do Juizado Especial da Fazenda Pública é a isenção do pagamento de despesas processuais em primeiro grau de jurisdição (Lei n. 9.099/1995, art. 54).

A definição de despesas processuais é vista por gênero, na qual estão abrangidos todos os gastos decorrentes do trâmite processual, como custas e dispêndios relacionados com a produção de prova pericial. Nesse sentido, “o conceito de despesas processuais abrange, entre outros, as custas judiciais, as custas e honorários periciais, as multas impostas às partes, as despesas dos oficiais de justiça, as diárias e as despesas para a condução das testemunhas” (ALVIM *et al.*, 2017).

Dessa forma, em tese, não se pode imputar ao autor o pagamento de honorários periciais em ação em trâmite sob o rito sumaríssimo, situação apta a impor dúvida sobre quem deverá arcar com o adiantamento de tal despesa. Nessa senda, entende Mendes Junior *et al.* (2011) que compete aos Tribunais de Justiça regulamentar a questão, elencando como opções a reserva de dotação orçamentária específica, com posterior reembolso pelo poder público eventualmente vencido, ou a contratação de peritos pelo próprio Poder Judiciário ou, ainda, a realização do exame técnico por órgão do Poder Executivo.

Independentemente da solução adotada, é certo que impor ao poder público o custeio de quantia em favor de jurisdicionado não necessariamente hipossuficiente, diante da impossibilidade de reembolso mesmo se vencida a parte autora em primeira instância, configura por política pública em total descompasso com perspectiva de melhoria de distribuição de renda no país. Decerto, em vez de se buscar melhorar a situação financeira daqueles mais necessitados mediante a distribuição dos rendimentos dos mais abonados, impõe-se a toda a sociedade arcar com quantia para beneficiar aquele cidadão que não precisaria de qualquer auxílio financeiro para ter garantido provimento jurisdicional.

Tal contradição se mostra ainda mais inusitada quando se trata do pagamento de altas quantias para a realização de provas técnicas de alta complexidade, em que os numerários exigidos pelos peritos ultrapassam inclusive o valor estipulado como teto para o trâmite de demandas no âmbito dos Juizados Especiais.

3.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE PERÍCIA COMPLEXA PARA FINS DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA

Firmadas as premissas acerca da problemática da tramitação de processos cujo deslinde dependa da realização de prova técnica intrincada no contexto dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, afigura-se por imprescindível estabelecer quais os critérios hábeis a tornar o exame pericial complexo e, por corolário, afastar a incidência do rito previsto na Lei n. 12.153/2009.

Isso porque, nos termos já exaustivamente delineados acima, muito embora seja praticamente uníssono o entendimento dos pesquisadores da área sobre a impossibilidade de realização de prova técnica complexa sob o procedimento sumaríssimo, furtaram-se os estudiosos em indicar quais elementos objetivos teriam o condão de tornar a realização da prova complexa.

De modo geral, limitaram-se os doutrinadores a afirmar ser complexa a prova técnica que não permita a observância do procedimento insculpido na lei regulamentadora do Juizado Especial da Fazenda Pública, com a indicação, na sequência, da providência a ser tomada após essa constatação, qual seja, a extinção do feito na forma do art. 51, II, da Lei n. 9.099/1995.

Com base nesse alicerce, fundada em experiência forense cotidiana e dos indicativos básicos trazidos pela legislação e pela jurisprudência, buscou-se estabelecer quais situações concretas importariam em impossibilitar a observância do rito simplificado.

Importante salientar que os critérios a seguir elencados almejam garantir o cotejo entre a maleabilidade de formas admitidas nos Juizados Especiais com os primados da celeridade, simplicidade e informalidade. Ou seja, não se observou por complexa a prova técnica que somente demande pequena adaptação de rito, mas sim aquela em que a mudança necessária possa impedir o próprio desiderato constitucional imposto ao rito.

- a) Em primeiro, verifica-se como entrave importante para ser assegurada a rapidez no trâmite do processo a ausência de perito cadastrado nos sistemas do Tribunal respectivo com atuação na região para realização do exame. Isso se dá porque a necessidade de consulta de diversos profissionais para a busca de alguém disposto a atuar no caso importa em atraso de anos, impedindo, igualmente, de ser seguido o rito sumaríssimo, diante da entrega do laudo antes da audiência designada logo no despacho inicial. Cumpre registrar que esse empecilho não ocorre quando a perícia em questão não depender da presença física do perito na comarca de trâmite do processo, como sucede, por exemplo, em exames indiretos, realizados apenas com a análise de documentos. Isso porque, nessa situação,

seria possível indicar perito cadastrado em outras regiões.

- b) Ainda nessa perspectiva, deve ser certamente afastada a competência do Juizado Especial quando o perito cadastrado, ao ser intimado para realizar o exame, indicar justificadamente que necessita de maior tempo para apresentar o laudo, de maneira que seria desatendido o requisito de apresentação prévia à data da solenidade aprazada.
- c) Cita-se como circunstância complexa também a hipótese de ser o exame de natureza tão específica que dificulte a elaboração de quesitos suficientes para esclarecer corretamente a questão controvertida por parte do Juízo, sendo necessário conferir às partes prazo não apenas para apresentarem seus quesitos como também para indicarem os respectivos assistentes técnicos. Tal como narrado em tópico anterior, não há previsão na lei específica a respeito desse procedimento, mostrando-se desarrazoado observar o disposto no rito comum nesse ponto, visto que não compatível com a celeridade.
- d) No tocante ao valor do exame pericial, da mesma forma, não se deve admitir a tramitação de demanda que importe em dispêndio demasiado. Tal circunstância pode conduzir à severa injustiça social e política pública de questionável cabimento, como explanado no tópico anterior. Sugere-se como limite a ser adotado aquele previsto nos atos normativos do respectivo Tribunal como máximo a ser pago em casos de gratuidade judiciária.
- e) Ao final, a necessidade de deslocamento do perito para realizar inspeção em locais distantes ou em diversas localidades possivelmente importará em maior demora e custo com o exame pericial. Trata-se, por fim, de outra situação que, muitas vezes, terá o condão de causar transtorno à permanência do processo sob o rito sumaríssimo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o apresentado, percebe-se que a questão posta a estudo divide doutrinadores e juristas, além de ter uma importância prática inegável.

Em análise última, é de se destacar não ser o rol indicado no tópico acima de caráter exaustivo. A dinamicidade da atuação jurisdicional e as vicissitudes inerentes a cada espécie de litígio posto a julgamento são inúmeras, de forma a impossibilitar serem arroladas todas as situações hábeis a conduzir ao desvirtuamento do rito sumaríssimo.

Logo, almejou-se apenas indicar determinados critérios de natureza objetiva para facilitar o enquadramento no caso concreto, sem impedir que outras sejam verificadas no

cotidiano forense. Com efeito, deve ser conferido ao juiz da causa, destinatário primordial das provas produzidas no processo, margem para averiguar se a produção da prova que entende por imprescindível para a resolução satisfatória da demanda, em razão da sua complexidade, teria o condão impedir a observância dos preceitos constitucionais e legais do sistema dos Juizados Especiais.

Vale salientar que grande parte da morosidade atualmente verificada no âmbito dos Juizados Especiais ocorre justamente porque o procedimento respectivo é ignorado. Isso se dá, muitas vezes, porque os Tribunais impõem a manutenção no Juizado Especial de processos cujo deslinde probatório impede a adoção do rito sumaríssimo.

Em arremate, não se pode descuidar o fato de que, quisesse o legislador admitir no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública toda e qualquer espécie de perícia necessária para o deslinde de processo judicial, teria simplesmente determinado nesse ponto também a aplicação subsidiária da legislação processual cível ordinária, tal como fez em outras questões. Do contrário, não apenas trouxe regras diversas para compatibilizar a prova técnica com o procedimento sumaríssimo, como também nomeou de maneira diversa o instituto ('exame técnico'), justamente para esclarecer as suas peculiaridades.

Diante disso, e na forma expressamente determinada pela legislação de regência (Lei n. 9.099/1995, art. 51, II), acaso o magistrado observe ser inadmissível o procedimento sumaríssimo ou o seu seguimento após a conciliação inexitosa em razão da imprescindibilidade de produção de prova complexa, tem o dever de extinguir o processo sem resolução do mérito, remetendo às partes para solução mediante ingresso na via ordinária.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angelica Arruda; DE ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Comentários ao código de processo civil** – Lei 13.105/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26->

[setembro-1995-348608-normaatualizada-pl.pdf](#). Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal**. Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal**. Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 753.444 - RJ. Agravante: Marcelo Diniz Pieroni de Siqueira. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 17 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 572.051/RS. Agravante: Rosalda de Fátima Vieira. Agravado: Município de Erechim. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 26 de março de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 46.955/GO. Recorrente: Agenor Rodrigues Rezende. Recorridos: Ivanilda Silva Santos Luciano e outros. Relator: Ministro Moura Ribeiro. 17 de agosto de 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: Uma abordagem crítica**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados Especiais da Fazenda Pública**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais da Fazenda Pública – Comentários à Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FONAJEF. Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. **Enunciados do FONAJEF**, 2017. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/fonajef/enunciados-fonajef/257-enunciados-xiv-fonajef>. Acesso em: 27 abr. 2019.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. **Comentários à Lei dos Juizados**

Especiais da Fazenda Pública: Lei 12.153/2009. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos Especiais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAULA FILHO, Manoel José de. **Uma análise da competência dos Juizados Especiais Fazendários.** Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25874>. Acesso em: 27 abr. 2019.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais - Teoria e Prática,** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito de competência n. 0155435-02.2015.8.24.0000. Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Palhoça. Suscitado: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Palhoça. Relator: Desembargador Saul Steil. 16 de junho de 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito de competência n. 0001921-58.2017.8.24.0000. Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Araranguá. Suscitado: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Araranguá. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. 23 de novembro de 2017.

SOUZA, Marcia Cristina de. **Juizados Especiais Fazendários.** 1. ed. São Paulo: Forense, 2010.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUERA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais:** Comentários à Lei n. 9.099/1995. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. **Juizados Especiais. Incompetência absoluta para o julgamento de causas complexas, nas quais é necessária a prova pericial.** Ofensa à constituição, artigos 5º, IV, LIII e 98, I. *Ius Gentium*. v. 7, n. 1, p. 314-340, jan./jun. 2016.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: PARÂMETROS PARA A LEGÍTIMA ATUAÇÃO JUDICIAL

Edipo Costabeber



POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: PARÂMETROS PARA A LEGÍTIMA ATUAÇÃO JUDICIAL

PUBLIC POLICIES FOR THE SUPPLY OF MEDICINES: PARAMETERS FOR LEGITIMATE JUDICIAL ACTION

Edipo Costabeber¹

RESUMO

O presente estudo propõe abordagem sobre o direito fundamental social à saúde e sobre a formulação de políticas públicas de assistência farmacêutica, com explanação das repercussões para a atividade administrativa e do alto custo social decorrentes do ajuizamento de ações individuais, voltadas ao fornecimento gratuito de medicamentos não previstos nas listas públicas. As decisões judiciais concessivas de medicamentos, em situações particularizadas, subtraem da sociedade o poder de decisão sobre a formulação de políticas públicas, direcionam para pessoa determinada os recursos públicos destinados à coletividade, sem considerar a insuficiente disponibilidade financeira do Estado e, com isso, causam séria interferência no orçamento público. A pretexto da consagração do direito fundamental social à saúde, são preteridas normas como a isonomia e a universalidade no atendimento à população. Constatase, com isso, grave distanciamento do projeto constitucional. Ao final da pesquisa serão propostos parâmetros para o legítimo controle judicial das políticas públicas de fornecimento de medicamentos, por meio de ações coletivas e abstratas. Esses instrumentos possibilitam a discussão global e aprofundada sobre o tema, a compreensão realista das necessidades sociais e a melhor alocação dos recursos públicos disponíveis. Por esse caminho, a definição de prioridades na área da saúde será tratada em caráter geral, o que permitirá o avanço na efetivação do direito subjetivo à boa administração da política social de saúde.

Palavras-chave: Saúde. Medicamento. Assistência farmacêutica. Judicialização. Política pública. Orçamento público.

¹ Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp; Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Juiz Substituto no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; E-mail: edipocostabeber@yahoo.com.br.

ABSTRACT

This study proposes an approach about the fundamental social right to health and about the formulation of pharmaceutical care public policies, with explanation of the repercussions for the administrative activity and the high social cost resulting from the filing of individual actions, aimed at the free supply of medicines not provided for in public lists. Judicial decisions granting medicines, in particular situations, subtract from society the power of decision about the formulation of public policies, direct to a particular person the public resources destined to the community, without considering the insufficient financial availability of the State and, with that, cause serious interference in the public budget. Under the pretext of consecration of the fundamental social right to health, rules such as isonomy and universality in the care of the population are neglected. As a result, there is a serious distance from the constitutional project. At the end of the research, parameters will be proposed for the legitimate judicial control of the public policies for the supply of medicines, through collective and abstract actions. These tools enable global and in-depth discussion about the topic, realistic understanding of social needs, and better allocation of available public resources. In this way, the definition of priorities in the health area will be treated in general, allowing progress in the realization of the subjective right to good administration of social health policy.

Keywords: Health. Medication. Pharmaceutical care. Judicialization. Public policy. Public budget.

1 INTRODUÇÃO

A saúde integra o rol de direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Para além disso, o art. 196 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doença e de outros agravos, bem assim ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

O adequado atendimento ao direito social em questão, conforme previsto no texto constitucional, demanda planejamento, desenvolvimento e efetivação de políticas públicas de caráter socioeconômico, de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a todos os cidadãos, de forma igualitária, o acesso universal à assistência

em saúde, o que compreende, também, o fornecimento de medicamentos. O atendimento dessa missão passa pela consideração de fatores econômicos.

A intervenção judicial no âmbito da gestão das políticas de saúde é alvo de amplas controvérsias. As decisões judiciais concessivas de medicamentos não inseridos em listas públicas, proferidas em demandas individuais, ao imporem destinação forçada dos limitados recursos orçamentários, comprometem a estabilidade das políticas sociais e econômicas instituídas com a finalidade de atender a coletividade.

As aludidas decisões judiciais, ao tomarem o direito à saúde de forma individual e preterirem políticas de distribuição de medicamentos já existentes, desconsideram elementos importantes de planejamento administrativo e a correta alocação de recursos públicos. Essas ações acabam por impactar de maneira relevante no orçamento público, o que gera a disfunção das políticas administrativas do setor da saúde. O Poder Judiciário, com isso, passa à injustificada tarefa de gestor das políticas públicas, sem considerar os custos reais de tais medidas, condição que debilita a condução administrativa-financeira do Estado e compromete a consecução de outros serviços básicos.

Para além disso, o cenário permite o surgimento de situação paradoxal: o deferimento de pedidos individuais, sob a justificativa de fazer valer o direito à saúde, acaba por aprofundar as desigualdades de acesso ao sistema público de saúde, na medida em que favorece aqueles que possuem melhores condições, ainda que meramente informacional, de veicular demanda judicial, em detrimento de grande parcela da população que não possui acesso ao Judiciário. Esse panorama parece incompatível com o objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais e regionais, previsto no art. 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por outro lado, o exame de pretensões individuais inviabiliza a aplicação dos recursos farmacêuticos aos demais portadores de idêntica condição patológica, contexto que conflita com o objetivo disposto no texto constitucional de garantir políticas sociais e econômicas destinadas ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

A partir desse contexto, parece que o processo individual, pela própria falta de legitimidade democrática dos juízes, não é o caminho adequado para a abordagem de questão de tamanha sensibilidade como o fornecimento de fármacos não incluídos em política pública. A alternativa legítima ao problema apresentado passa pelo amadurecimento e ampliação da cultura de ações coletivas, instrumento adequado para o sadio diálogo institucional entre os Poderes, e melhor ajustado com o projeto constitucional de garantir tratamento isonômico e atendimento universal a todos aqueles que se encontrem em iguais condições.

2 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

A saúde foi consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil como direito fundamental social da pessoa humana, corolário do direito à vida digna. A abordagem constitucional do tema principia com a concretização, na norma do art. 6º, da saúde como autêntico direito social.

Conforme Ferreira Filho (2007, p. 288-289):

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos sociais, desse modo, vinculam-se ao valor igualdade, em sua concepção material.

Para Cunha Júnior (2012, p. 759):

Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Por outro lado, o tratamento constitucional do direito à saúde é estruturado a partir da disciplina jurídica dos arts. 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelecem, segundo Bianchi (2012, p. 94), “regras gerais e diretrizes norteadoras da política pública de saúde”.

De acordo com Mendes e Branco (2013, p. 622):

O direito à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais

e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

No art. 196, o constituinte definiu que o direito à saúde será garantido por políticas sociais e econômicas. Essas políticas devem ser alicerçadas nos conceitos de universalidade – todas as pessoas possuem acesso às ações e serviços de saúde – e igualdade de acesso – todos os indivíduos que estiverem em condições equivalentes devem ser assistidos pelas ações e serviços de saúde – às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Na promoção da saúde inclui-se todo o conjunto de ações cuja finalidade é a de proporcionar a qualidade de vida. A proteção da saúde representa a existência de atuação sanitária prévia à instalação da doença. A recuperação da saúde, por fim, refere-se ao processo curativo de restabelecimento da saúde do paciente acometido de uma doença (BIANCHI, 2012).

O art. 198, por sua vez, ampara a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde. A regionalização do Sistema Único de Saúde propicia, segundo Bianchi (2012, p. 97), “a redução da complexidade do trato da questão relativa à saúde, já que esta passa a ser tratada segundo as peculiaridades de cada região”. A hierarquização, por outro lado, conforme Bianchi (2012, p. 98), indica que “excetuadas as situações de emergência, o acesso do paciente aos tratamentos mais sofisticados do Sistema Único de Saúde – SUS depende do seu ingresso nos níveis de menor complexidade e da avaliação do seu caso concreto pelos respectivos responsáveis”.

São diretrizes do Sistema Único de Saúde, segundo preceituam os incisos do art. 198, a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, e a participação da comunidade (BRASIL, 1988). Convém, nesse ponto, identificar o alcance da diretriz atendimento integral, prevista no inciso II do art. 198, por meio da qual são abrangidas todas as ações de assistência à saúde (promoção, proteção e recuperação), sem significar direito subjetivo a todo e qualquer tratamento e/ou medicamento.

Para Bianchi (2012, p. 99):

[...] deve o sistema dispensar ao doente todos os cuidados necessários para o tratamento do mal que lhe acomete, desde as ações de promoção e proteção de saúde até as relativas à recuperação de saúde, abarcando desde o inicial atendimento ambulatorial até procedimentos cirúrgicos e tratamentos mais complexos, como, por exemplo, é o caso dos transplantes.

Convém afastar a errônea ilação de que integralidade de atendimento é sinônimo de direito subjetivo da parte a todo e qualquer tratamento e/ou medicamento, sobretudo aqueles experimentais e de alto custo financeiro para o Sistema Único de Saúde – SUS.

O financiamento do Sistema Único de Saúde é realizado com recursos do orçamento da seguridade social e dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 198 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelecem percentuais mínimos de investimento em ações e serviços de saúde.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, tratou sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, estabeleceu a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde e apresentou a sua forma de organização e de funcionamento.

Concluída a análise do direito fundamental social à saúde e de sua organização no ordenamento jurídico, inclusive com o tratamento da estruturação do Sistema Único de Saúde, passarão a ser objeto de estudo as políticas públicas de distribuição gratuita de medicamentos pelo Estado.

3 POLÍTICAS DE DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS: AS LISTAS PÚBLICAS

O estabelecimento de determinada política pública, de acordo com Bianchi (2012, p. 111), “busca, em última análise, dar concretude aos direitos fundamentais – notadamente aos direitos sociais”. Ainda, para o autor (2012, p. 171-172), as políticas públicas “são imprescindíveis quando se tem por escopo garantir a observância da integralidade, igualdade e equidade”.

Nesse contexto, a partir das disposições constitucionais relativas ao direito à saúde e, com amparo no art. 6º, inciso VI, da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispositivo que inclui, no campo de atuação do Sistema Único de Saúde “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (BRASIL, 1990), foi organizada, por meio da Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde, a Política Nacional de Medicamentos. Esse instrumento apresenta importantes critérios para a repartição de competências, no que toca à distribuição de medicamentos, entre a União, os Estados e os Municípios, na medida em que

o art. 23, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, atribuiu competência comum aos entes da federação para a formulação e a execução de políticas públicas de saúde (BARROSO, 2008).

Conforme o item 5 da Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998 (BRASIL, 1998):

No que respeita às funções de Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Como consequência da estruturação da Política Nacional de Medicamentos, foi implementada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Essa última política pública objetiva propiciar o acesso da população a medicamentos voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde, e é subdividida em três categorias, ou seja, assistência básica ou primária, programa de medicamentos especializados e programas estratégicos de saúde. Por meio da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), elaborada pelo Ministério da Saúde, são listados os medicamentos essenciais, destinados às necessidades prioritárias de saúde da população, financiados pelos três componentes da Assistência Farmacêutica. O medicamento é anunciado na lista pública a partir do seu princípio ativo aprovado e registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, após criteriosa análise econômica e de valor terapêutico, a partir de evidências clínicas (BIANCHI, 2012).

Pela importância na Política Nacional de Assistência Farmacêutica, a Relação Nacional de Medicamentos representa, conforme Bianchi (2012, p. 118), “importante instrumento de acesso equânime da população a um conjunto de medicamentos necessários ao atendimento do direito fundamental à saúde”.

A incorporação, a exclusão e a alteração de medicamentos na Relação Nacional de Medicamentos serão realizadas, nos termos do art. 19-Q da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, a partir de relatório produzido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). O relatório deverá estar amparado em evidências científicas “sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso” (BRASIL, 1990), bem assim em “avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível” (BRASIL, 1990).

Diante desse panorama, cabe à União, em conjunto com os Estados e o Distrito

Federal, a aquisição e a distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, isto é, aqueles voltados a doenças específicas e que apresentam alto custo. Compete aos gestores estaduais, desse modo, particularmente entre aqueles de caráter excepcional, a definição dos medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo ente federativo. Aos Municípios, por sua vez, cabe a definição, com base na Relação Nacional de Medicamentos, da relação municipal de medicamentos essenciais, e a execução da assistência farmacêutica, com a finalidade de assegurar o fornecimento de medicamentos voltados à atenção básica à saúde (BARROSO, 2008).

As políticas de distribuição gratuita de medicamentos, aqui tratadas, veiculam, segundo Barroso (2008, p. 332), “as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes”, e consubstanciam, conforme se abordará adiante, políticas públicas sociais limitantes do direito fundamental social à saúde amparadas constitucionalmente.

4 LIMITAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL AO DIREITO À SAÚDE

Em conformidade com o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, a saúde é direito de todos e dever do Estado e será garantida por meio de políticas sociais e econômicas, destinadas a reduzir o risco de doença e de outros agravos e a possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Como se constata, no caso do direito à saúde existe verdadeira restrição constitucional, que é instrumentalizada por meio de cláusula limitativa expressa, prevista no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil. Referido preceito estabelece que o direito à saúde será delimitado por políticas sociais e econômicas (BIANCHI, 2012).

Nesse sentido, segundo Barroso (2008, p. 334):

A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

O direito fundamental social à saúde, como é natural, encontra-se suscetível de

colisões com outros direitos². No entanto, ao contrário do que se poderia concluir, a partir de análise precipitada, o que está representada na cláusula constitucional limitativa, resultado de ponderação pelo constituinte originário, não é a colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro lado, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. O que está representado na norma é a colisão entre o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros.

Esse é o entendimento de Barroso (2008, p. 321-322):

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros.

Para Bianchi (2012, p. 169-170):

Constata-se, pois, que o Constituinte, ao visualizar a colisão entre o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros, optou por restringir, no texto constitucional, o alcance do direito fundamental à saúde, explicitando que ele será garantido a todos por intermédio de políticas sociais e econômicas.

Com efeito, as políticas de distribuição gratuita de medicamentos, implementadas pelo Estado, são evidentes políticas públicas sociais limitantes do direito fundamental social à saúde amparadas constitucionalmente. Isso em razão de que, conforme pondera Agra (2012, p. 605), os direitos sociais “não podem ser outorgados a alguns em detrimento de outros, a não ser que haja uma motivação fática que possa justificar tal diferenciação”. Com o mesmo pensamento, Novellino (2016, p. 463) enfatiza que “não se pode exigir judicialmente do Estado uma prestação que não possa ser concedida a todos os indivíduos que se encontram em situação idêntica, sob pena de violação do princípio da isonomia”. Nesse contexto, segundo Barroso (2008, p. 334), “as decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam [...] à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988”.

O próprio constituinte originário, a partir de ponderação em abstrato, inseriu

² É o caso, por exemplo, de colisão entre o direito à vida e à saúde de uma pessoa versus o direito à vida e à saúde de outra pessoa, no caso de ambos necessitarem do transplante de determinado órgão e existir somente um disponível (BARROSO, 2008).

restrição diretamente constitucional para balizar a atuação estatal em matéria de direito à saúde (BIANCHI, 2012).

A posição do constituinte sobre questão de tamanha relevância não poderia ser diferente, e se legitima na medida em que, conforme avalia Barroso (2008, p. 335), “o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais”. No mesmo sentido, Amaral (2011, p. 92) observa que “administrar, em termos de saúde, é gerir recursos limitados para atender necessidades ilimitadas”. Por sua vez, Martins Filho (2012, p. 344), com precisão, enfatiza que “não se exige da medicina estatal a disponibilização de meios extraordinários para manutenção e recuperação da vida e saúde, em face da necessidade de otimizar os recursos destinados à saúde”. Correta, portanto, a orientação constitucional, pois, segundo Bianchi (2012, p. 160), “é fácil visualizar que de um lado se põe uma infinitude de demandas sociais; e de outro se coloca a questão atinente à limitação dos recursos orçamentários”. Afinal, de acordo com Amaral (2011, p. 107), “é necessário ter, como elemento de pré-compreensão, que a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas. A interpretação deve ter isto em consideração”.

A complexidade na formulação de políticas públicas em matéria de fornecimento de medicamentos é intensificada diante da velocidade com que surgem novas patologias e novas tecnologias farmacêuticas. São elucidativas, no ponto, as lições de Mendes e Branco (2013, p. 623):

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.

Contudo, para além do problema orçamentário, o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo e não pode ser tratado de maneira particularizada. O individual não se sobrepõe ao coletivo. Na linha do que sustenta Silva (2016, p. 846):

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

Nessa perspectiva, o constante enfrentamento fragmentado da questão, no âmbito de ações judiciais individuais, em que a apuração da eficácia, da acurácia, da efetividade e da segurança do medicamento pretendido, e o debate sobre a alocação de recursos públicos destinados à saúde são temas alheios ao conflito verificado no processo, expõe o sistema de saúde a sério risco de derrocada. Indiferentes à posição constitucional, as decisões judiciais em apreço privilegiam o particular em detrimento da coletividade; priorizam o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Em muitos casos, segundo Barroso (2008, p. 321), “o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.

Ao tratar da dicotomia evidenciada, Mendes (2013, p. 669) ressalta:

A discussão sobre o tema reflete a dicotomia que cerca a questão: privilegiar o individual ou o coletivo? De um lado, a participação do Judiciário significa a fiscalização de eventuais violações por parte do Estado na atenção à saúde, mas, de outro, o excesso de ordens judiciais pode inviabilizar a universalidade da saúde, um dos fundamentos do Sistema Único de Saúde – SUS.

Portanto, a previsão de políticas públicas, no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, é fruto de ponderação realizada pelo constituinte originário e decorre do legítimo reconhecimento de que pertence aos Poderes Executivo e Legislativos, e não ao Poder Judiciário, a iniciativa para a formulação de escolhas em matéria de saúde.

Conforme sintetiza Bianchi (2012, p. 170):

Tal restrição constitucional é produto do sopesamento realizado pelo legislador originário e deriva da já apresentada constatação de que o Executivo e Legislativo (e não o Judiciário) são os poderes mais indicados para deliberar sobre decisões alocativas que dizem respeito a escolhas trágicas envolvendo o direito à vida e à saúde dos cidadãos.

Decorrência dessa constatação, segundo expõe Barroso (2008, p. 327), é a conclusão de que “se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático”.

Superado, ao fim desse ponto, o exame sobre a existência de limitação ao direito fundamental social à saúde, a qual decorre de cláusula inserida no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, será objeto de aprofundamento, doravante, as implicações

da atuação do Poder Judiciário, por meio de demandas individuais, nas políticas públicas de promoção igualitária de distribuição farmacêutica definidas pelo Estado, assim como a excepcional possibilidade de controle dessas políticas por intermédio de processos coletivos.

5 MICROJUSTIÇA³: A NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS

Surge, desde logo, uma questão de relevante importância, lançada por Barroso (2008, p. 326): “podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas?” Parece evidente que a atuação judicial, nessa seara, por não expressar prévia deliberação majoritária e pelo inequívoco risco democrático resultante, precisa de limites.

A questão foi objeto de análise por Bianchi (2012, p. 159):

O atuar da jurisdição constitucional não pode se converter em um ativismo judicial desmedido como por vezes verificável em matéria de direito à saúde e fornecimento de medicamentos, sob pena de incorrer no chamado risco democrático.

Nesse sentido, para Timm (2011, p. 271), “a demanda individual é o pior e mais injusto caminho para implementação de um direito social”. Isso decorre, conforme já antecipado, da própria falta de legitimidade democrática dos juízes, que são recrutados por critérios não eletivos e, dessa forma, não traduzem a vontade popular, conforme enfatizado por Barroso (2008, p. 326):

O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A ideia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

³ Argumenta-se que o juiz, no âmbito da demanda individual, preocupado com a solução do caso concreto (microjustiça), ignora outras necessidades relevantes e a obrigação de gerenciamento de recursos limitados para o atendimento de necessidades ilimitadas (macrojustiça) (BARROSO, 2008).

A atuação judicial voltada ao fornecimento gratuito de medicamentos pelos entes federativos, por meio de decisões proferidas em processos de caráter individual, pelos excessos e inconsistências verificados, segundo adverte Barroso (2008, p. 321), coloca em risco “a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação dos escassos recursos públicos”. Conforme Bianchi (2012, p. 165), “os juízes – ao adotarem escolhas individuais racionais –, desembocam num verdadeiro buraco negro: o do resultado coletivo irracional”.

É oportuno mencionar, portanto, diante do que foi exposto, que não cabe ao Poder Judiciário fazer escolhas públicas, em substituição aos demais Poderes republicanos e com a subtração do poder de decisão da sociedade. Por isso, afigura-se correta e consentânea com os ideais democráticos a posição que restringe a atuação de juízes e Tribunais em novas escolhas públicas já operadas pelos demais Poderes constituídos, em consonância com políticas públicas sociais e econômicas, previamente estabelecidas, em matéria de saúde e fornecimento de fármacos (BIANCHI, 2012).

Afigura-se evidente, portanto, em consonância com a posição de Barroso (2008, p. 338), que “no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos”. Na mesma linha é a posição de Bianchi (2012, p. 174):

[...]: a interferência judicial em demandas individuais para fins de fornecimento judicial de medicamentos por parte do Estado deverá se restringir às hipóteses em que verificada omissão estatal no fornecimento de fármaco integrante das listas de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS.

É notório que a atuação judicial é meramente paliativa no campo individual. Não existe, a longo prazo, a estabilização de resultados positivos em termos sociais. A interferência judicial casuística na distribuição de medicamentos, ao direcionar para o particular recursos anteriormente destinados à coletividade, revela-se altamente danosa ao sistema público de saúde. É compreensível, segundo Barroso (2008, p. 339), que se os órgãos governamentais já “estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário”.

Por essa lógica, constata-se que o papel ativista do Poder Judiciário não trará resultados muito concretos, nem os mecanismos de que dispõe esse ramo do Estado são adequados para uma discussão mais profunda sobre implementação de políticas e de escolhas públicas (TIMM, 2011).

Sobre esse ponto, Amaral (2011, p. 106), com acerto, pondera que “o Judiciário não é o mais preparado nem o mero somatório de ações individuais é o melhor método para a alocação dos recursos ligados à saúde”. Para agravar o quadro, conforme apontam Mendes e Branco (2013, p. 631), “as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema”.

Nessa perspectiva, de acordo com Barroso (2008, p. 336-337):

[...], a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.

A questão, como se constata, é preocupante. A efetivação de determinado direito social não pode despontar como o direito de um indivíduo contra toda a sociedade. O que qualifica um direito social é justamente a sua não apropriação por determinada pessoa. Segundo Timm (2011, p. 269):

[...] o que caracterizaria um direito como social é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível x de atendimento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do posto de saúde. Esse não é um direito social ou coletivo, mas individual.

Os efeitos da atuação judicial individual são incomensuráveis. O resultado dessa atuação apresenta-se contraditório com a proposta constitucional de reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme objetivo fundamental definido pelo art. 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil. A generalidade dos integrantes do corpo social é atingida.

Conforme Amaral (2011, p. 107):

[...], o processo judicial individual, o controle pontual – seja da necessidade, seja da disponibilidade necessária para aquela situação específica – pode mascarar um “custo oculto”, pode mascarar uma massa sem rosto e sem identidade conhecida, mas que são atingidos pela transferência alocativa quanto aos meios empregados.

Para Barroso (2008, p. 335-336):

Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Segundo Mendes e Branco (2013, p. 631), o cenário apontado não se compatibiliza com o projeto constitucional:

Esse quadro indica o desenvolvimento de situação completamente contraditória ao projeto constitucional, quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários.

Mais perigosa, contudo, é a incapacidade técnica do Poder Judiciário para tratar da questão atinente à política pública de fornecimento de medicamentos, porquanto, conforme Bianchi (2012, p. 166), “os juízes não são gestores públicos e não estão dotados de conhecimento técnico suficiente para dirimir assuntos ligados a políticas sociais e orçamentos públicos”. Não se pode apenas utilizar, nesses casos, o argumento genérico da necessidade de implementação da garantia do mínimo existencial. Diz-se genérico pois, na maioria dos casos, é utilizado para justificar a concessão de fármacos sem investigação aprofundada da questão trazida para discussão no processo judicial, especialmente no que toca à ineficácia da política pública existente. O ponto crucial é que, se existe autêntico limite fático à concretização do direito social à saúde, imposto diretamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, essa baliza deve ser observada por todos os Poderes constituídos.

Segundo Sampaio Júnior (2013, p. 413-414):

[...] o Poder Judiciário, apesar de sua competência ampla, não pode ser arbitrário e decidir sem qualquer tipo de parâmetro, daí porque, todo o seu agir se encontra delimitado no mesmo limite substancial dos outros Poderes, pois a ideia de um poder absoluto e sem limites não encontra guarida em um sistema democrático como o nosso.

Diante desse cenário, Bianchi (2012, p. 172-173) defende a observância, nas demandas individualmente ajuizadas, das listas públicas de medicamentos elaboradas no âmbito do Sistema Único de Saúde:

O art. 196 da Constituição Federal é cristalino ao prever que o direito à saúde será garantido a todos por intermédio de políticas públicas a cargo dos poderes

Legislativo e Executivo (e não por decisões judiciais). Parece claro, então, que as listas públicas de medicamentos elaboradas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS não podem ser desconsideradas pelos juízes nas demandas individualmente ajuizadas, sob pena de patente violação à ponderação realizada pelo Constituinte, com sério e preocupante impacto negativo no desenho institucional traçado e estruturado pela Constituição da República.

Alinhado a essa posição, Barroso (2008, p. 333) conclui que a atuação do Poder Judiciário deve se restringir às hipóteses de absoluta inércia dos Poderes Executivo e Legislativo:

Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Para finalizar, é apropriado consignar, diante do pensamento defendido nesse estudo, que o autor da demanda individual, para possibilitar o exame do pedido de dispensação de medicamentos, deverá apresentar detalhada narrativa fática na petição inicial, sob pena de se reputar inepta (arts. 319, inciso III, e 330, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil), acerca da existência, ou não, de política pública que contemple a prestação de saúde almejada. Segundo Dinamarco (2017, p. 152), “das dimensões que tiverem dependerão os limites da decisão de mérito a ser proferida, a qual não pode apoiar-se em fatos não narrados”.

Ademais, caso a prestação de saúde pretendida não esteja incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas, além de demonstrar formalmente a negativa do ente público, deverá o demandante indicar, com clareza, se a situação decorre de omissão legislativa ou administrativa, decisão administrativa de não fornecimento ou vedação legal expressa. Somente com a completa exposição do fato é que se poderá, na demanda individualmente proposta, promover encaminhamento jurídico consentâneo com as diretrizes constitucionais, com prudência e com responsabilidade em relação aos direitos sociais da coletividade.

Por outro lado, caberá também ao demandante individual informar os medicamentos disponibilizados pela rede pública já utilizados no tratamento e, inclusive, demonstrar a ineficiência de tecnologia farmacêutica alternativa ofertada gratuitamente por meio de política social pública (ônus probatório do autor). A exigência alinha-se ao que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial repetitivo, quando se assentou tese, após o julgamento de embargos de declaração (EDcl no REsp n. 1.657.156/RJ, STJ, Relator

Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 12.9.2018), no seguinte sentido:

[...]: 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.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina possui entendimento de que é necessária a demonstração da ausência de política pública voltada ao tratamento de determinada patologia, ou, ainda, a comprovação de sua ineficácia, conforme fixado em decisão de observância igualmente obrigatória (IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, TJSC, Relator Desembargador Ronei Danielli, julgado em 9.11.2016):

[...]. 1. Teses Jurídicas firmadas: 1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível. [...].

Para além disso, a cautela recomenda que não sejam admitidos laudos médicos produzidos unilateralmente, em especial aqueles assinados por profissionais não integrantes do Sistema Único de Saúde. Nesses casos, é imprescindível a realização de perícia, conduzida por perito médico, nomeado pelo juiz do processo e não vinculado a nenhuma das partes.

Sob outro ângulo, cabe ao poder público, demandado no processo individual,

justificar nos autos as escolhas anteriormente realizadas, informar a origem dos recursos públicos destinados à determinada política de fornecimento de medicamento e a coletividade de pessoas beneficiada pela decisão administrativa. Ainda, sem se apegar a argumentos meramente formais, compete ao ente público apontar, com base em dados concretos, a partir de prova documental, a parcela da população que seria prejudicada no caso de eventual procedência do pedido.

Nesse sentido é a posição de Amaral (2011, p. 107):

Incumbe em especial ao órgão público justificar suas escolhas. O não atendimento da pretensão abarcada pelo mínimo existencial pressupõe razão extrema, que ou bem é notória como um cataclismo, ou deve ser cabalmente demonstrada. Cabe ao órgão público ao menos delinear “quem paga a conta”, qual o perfil daqueles que foram beneficiados pelo nível de decisão alocativa tomado e seriam prejudicados se fosse determinado o atendimento pretendido na demanda. Cabe à Advocacia Pública zelar para que tais informações sejam prestadas nos autos e orientar não apenas que as escolhas sejam fundamentadas, mas que haja registro disto. O espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público são de pouco valor prático.

Em arremate, Timm (2011, p. 267-268) assinala, com acurácia:

Se é verdade que se deve procurar uma interpretação que garanta ao máximo o respeito aos direitos fundamentais, por outro lado, isso não significa uma leitura de curto prazo, que não reflete sobre o futuro. A realidade orçamentária não pode ser compreendida como uma peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deveriam atender.

Concluída a abordagem sobre as implicações da atuação do Poder Judiciário, por meio de demandas individuais, nas políticas públicas de promoção igualitária de distribuição farmacêutica definidas pelo Estado, passa-se agora ao exame da possibilidade excepcional de controle dessas políticas por intermédio de processos coletivos.

6 DEMANDAS COLETIVAS: A POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Revela-se fundamental tratar, antes de ultimar o presente estudo, sobre a viabilidade de controle excepcional, por atuação do Poder Judiciário, das políticas públicas de fornecimento de medicamentos, estabelecidas pelos Poderes legitimamente encarregados da função, caso constatado grave distanciamento do projeto constitucional.

O instrumento processual apropriado para esse controle, todavia, não é o processo individual. Segundo Barroso (2008, p. 339), “a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas”.

Conforme Bianchi (2012, p. 184):

Muito embora exista uma presunção de que os poderes públicos realizaram uma análise detalhada e adequada acerca da inclusão de determinado fármaco nas listas públicas, esta é apenas relativa. Por isso mesmo, embora o Poder Judiciário não deva, em regra, rever as escolhas democraticamente realizadas pelos poderes públicos em sede de demandas individuais, mostra-se possível o controle das políticas públicas de fornecimento de medicamentos nas demandas coletivas. Propõe-se, na verdade, uma mudança de foco: do direito subjetivo do jurisdicionado consistente em exigir individualmente o fornecimento gratuito do medicamento em favor do seu direito subjetivo à boa administração da política social de saúde.

No mesmo sentido é o pensamento de Mendes e Branco (2013, p. 631):

É bem verdade que, em muitos casos, a judicialização do direito à saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais. Especialmente nas hipóteses em que um remédio encontra-se na lista de aprovados pela ANVISA, mas não na listagem do SUS, a cultura das pretensões coletivas seria um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições.

Com esse ponto de vista, ainda, pondera Timm (2011, p. 270-271):

[...], a análise econômica do Direito, [...], além de sugerir, [...], que as políticas públicas governamentais tendem a ser mais eficientes do que aquelas concedidas

casuisticamente pelo Poder Judiciário, ela também aponta para o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objetivo for a garantia de direitos sociais via atuação da magistratura em situações excepcionais de correção do processo democrático [...].

Isso porque essa é a ação apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais, onde justamente os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade.

Por meio do processo coletivo, destinado por natureza à defesa de direitos difusos e coletivos, é produzida decisão com efeitos erga omnes, para além do processo judicial, condição que preservará a igualdade e a universalidade no atendimento da população, marcas vitais do Sistema Único de Saúde. O processo individual, por sua vez, produz decisão apenas entre as partes do processo, com possibilidade de causar grave risco de desperdício de recursos públicos e de desorganização da atividade administrativa. É possível tratar a questão, ainda, no âmbito de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se debata a validade das alocações orçamentárias (BARROSO, 2008).

Para Bianchi (2012, p. 186):

Com a prolação de uma única decisão judicial determinativa da inclusão de um novo fármaco nas listas públicas evita-se não só o desperdício de dinheiro público como também a desorganização da Administração Pública. O poder público – ao invés de realocar vultosas quantias para a aquisição de um medicamento em regime de urgência e sem processo licitatório para um determinado paciente em uma demanda individual –, poderá estruturar seus serviços de forma mais organizada e eficiente.

Dessa forma será viabilizada a investigação do contexto global, e não fragmentado, das políticas públicas discutidas, na medida em que os legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública, entes públicos, associações etc.) terão melhores condições de apresentar elementos no processo e efetivamente discuti-los. Mais do que isso, será possível uma compreensão realista da dimensão das necessidades sociais e do montante financeiro exigido e, principalmente, da quantidade de recursos financeiros disponível para aplicação naquela política pública. Com isso, evita-se que outras necessidades igualmente relevantes sejam ignoradas, porquanto, na esfera coletiva ou abstrata, a alocação de recurso e a definição de prioridades serão tratadas em caráter geral (BARROSO, 2008).

Para além disso, a demanda coletiva possibilita a abertura da discussão para atores sociais com profundo interesse na questão discutida no processo judicial. De acordo com

Timm (2011, p. 271):

É também a ação coletiva que enseja a consideração dos efeitos da decisão para a sociedade. Vários interesses em jogo poderiam ser ponderados com a participação de vários entes políticos e sociais como se daria por meio do instituto do *amicus curiae* (ou seja, terceiros interessados na lide poderiam participar do feito, trazendo dados, cálculos, argumentos). Assim, talvez não ficássemos ainda dependendo de atuações isoladas do Ministério Público na promoção de ações coletivas e de ações civis públicas baseadas na opinião pessoal de promotores que muitas vezes não entram em acordo sequer com seus pares.

Para Amaral (2011, p. 108), de igual forma, é indispensável a abertura dos processos de tomada de decisão:

Parece evidente a necessidade de avanços nos campos de divulgação das escolhas, dos critérios de escolha, a abertura dos processos de decisão – [...] – e ver que o “direito de todos”, no que tange à saúde, também deve significar a participação nos processos de decisão.

Apenas uma análise responsável de custo-benefício de cada dispêndio de recurso público pode indicar o melhor caminho, com a inevitável consciência de que nem tudo estará protegido (TIMM, 2011). Contudo, segundo pondera Barroso (2008, p. 340), “uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente”.

Conforme ponderam Mendes e Branco (2013, p. 632), a interferência realizada pelo Poder Judiciário no orçamento público, no âmbito das ações individuais, desconsidera os impactos da decisão na sociedade:

[...] ao prover pretensões relacionadas com direito à saúde, normalmente relacionadas com entrega gratuita de medicamentos, de aparelhos ou obtenção de vagas em hospitais – enfim, ações que geram custos –, o Poder Judiciário passa a influenciar o orçamento público.

Nas ações individuais, essa interferência é feita sem que se tenha noção dos reais impactos que podem ser causados pela decisão. Nas ações coletivas, porém, as questões orçamentárias podem ser sopesadas de forma devida, inclusive porque o pedido é analisado com maiores subsídios. Além disso, a longo prazo, as decisões proferidas em demandas coletivas tendem a gerar diminuição de gastos para a Administração Pública, que poderá melhor organizar-se adequadamente para atender às demandas da coletividade dentro de prazos razoáveis.

De outra parte, cumpre ressaltar que o controle das políticas públicas, por intermédio de demandas coletivas, não pode se distanciar de certos parâmetros, adequados para a uniformização das decisões nesse campo, a saber: a decisão deverá adotar o princípio ativo do medicamento (Denominação Comum Brasileira); apenas pode ser determinada a inclusão, em lista pública, de fármaco de eficácia comprovada, registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e disponível no país, com exclusão dos experimentais e dos alternativos; deverão ser priorizados medicamentos genéricos, de menor custo; exame da indispensabilidade da tecnologia para a manutenção da vida (BARROSO, 2008).

Por último, é importante consignar que, após a inclusão de determinado fármaco nas listas públicas, por meio de decisão judicial proferida em ação coletiva, o paciente que necessitar dessa tecnologia passará a ter direito subjetivo a pleiteá-la em demanda individual. Nesse sentido, conforme Bianchi (2012, p. 186):

Determinada a inclusão do novel fármaco nas listas públicas pela via judicial – e passando ele a integrar a política pública de fornecimento de medicamentos –, haverá que ser reconhecido o direito subjetivo do paciente em pleitear esse medicamento em uma demanda individual em caso de eventual negativa de seu fornecimento por parte da Administração Pública, [...].

A partir do que foi apresentado, denota-se que a atuação do Poder Judiciário em casos que envolvam o fornecimento gratuito de fármacos deve ser excepcional, preferencialmente por meio de ações coletivas e/ou abstratas que alcancem todos os titulares de direitos que se encontram em idênticas condições. Apenas dessa forma se preservará a isonomia e o atendimento universal da população.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo partiu da premissa de que o direito fundamental social à saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (o Sistema Único de Saúde). O financiamento desse sistema é realizado com recursos do orçamento da seguridade social e dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Para dar concretude ao projeto constitucional, foram estabelecidas pelos entes públicos políticas de distribuição gratuita de medicamentos: as chamadas listas públicas. A Política Nacional de Medicamentos, organizada por meio da Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde, apresenta importantes critérios para a repartição de competências entre a União, os Estados e os Municípios. Também foi implementada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, que visa propiciar o acesso da população a medicamentos destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde, e que é subdividida em três categorias: assistência básica ou primária, programa de medicamentos especializados e programas estratégicos de saúde.

Por meio da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), elaborada pelo Ministério da Saúde, são listados os medicamentos essenciais destinados às necessidades prioritárias de saúde da população, financiados pelos três componentes da Assistência Farmacêutica. A incorporação, a exclusão e a alteração de medicamentos na Relação Nacional de Medicamentos são feitas a partir de relatório produzido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC).

Como se constatou, existe verdadeira restrição ao direito à saúde expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, na medida em que o art. 196 prevê que esse direito social será delimitado por políticas sociais e econômicas. Trata-se de resultado de ponderação realizada pelo constituinte originário, diante da colisão entre o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. A essência do que foi apresentado consiste na impossibilidade de se sobrepor o individual ao coletivo.

Diante desse panorama, o constante enfrentamento particularizado do tema, no âmbito de ações judiciais individuais, em que não há efetivo debate sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento pretendido, tampouco sobre a prioridade na alocação de recursos públicos destinados à saúde, expõe o sistema de saúde a sério risco de ruína. Percebe-se, com isso, que o Poder Judiciário deve atuar com prudência e responsabilidade quando da concessão de determinada prestação social, sobretudo se perseguida no âmbito de demanda individual. A falta de legitimidade democrática dos juízes impede que sejam feitas escolhas alocativas em tema de saúde pública.

As listas públicas de medicamentos foram constituídas para atender a saúde de toda a população, conforme a disponibilidade financeira do erário. Compelir o poder público a financiar medicamento não incluído em política estatal compromete não apenas o Sistema Único de Saúde, mas outras políticas igualmente essenciais. O prejuízo indubitavelmente será revertido à parcela da população mais necessitada.

É importante deixar claro que a proposta apresentada não ignora eventual inércia ou abuso dos poderes públicos constitucionalmente incumbidos de formular políticas públicas de saúde. É justamente diante desses cenários que a atuação judicial será legítima. Defende-se, contudo, que a inércia e o abuso, se existentes, sejam combatidos, como última instância de deliberação, em processos judiciais coletivos e abstratos, por meio dos quais se possibilitará, além de ampla produção probatória, profundo diálogo institucional e, inclusive, abertura para a sociedade da discussão sobre a inclusão de medicamento e/ou alteração de lista pública, por meio de audiências públicas e do instituto do *amicus curiae*. Para além disso, a demanda coletiva permitirá investigação sobre a efetiva condição de o Estado assumir a responsabilidade para toda a população que necessite de determinado medicamento. Com isso, possibilita-se o planejamento da atuação estatal e preserva-se a isonomia e o atendimento universal em termos de saúde pública.

Ao final, convém salientar que não se desconhece as evidentes adversidades para a implementação da proposta no plano prático. Todavia, é imprescindível o progresso no campo das rotinas dos poderes públicos. Mais do que isso, é fundamental a mudança de perspectiva. Em especial, o buscado direito individual subjetivo de acesso a determinado medicamento deve ceder espaço ao direito subjetivo à boa administração da política social de saúde.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Tratado de direito constitucional: volume 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 583-633.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81-115.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 63, p. 320-344, 2008. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI2MQ%2C%2C>. Acesso em: 12 maio 2019.

BIANCHI, André Luiz. Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. 208 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [1998]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. [...]. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. UNIÃO. RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. TEMA 106. OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO. [...]. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrida: Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 12 de setembro de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27EDRESP%27.clas.+e+@num=%271657156%27\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27EDRESP%27.clas.+e+@num=%271657156%27)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 26 out. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. 1.360 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume 2. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. 808 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 398 p.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva;

MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Tratado de direito constitucional: volume 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286-349.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 1.424 p.

MENDES, Karyna Rocha. Curso de direito da saúde. São Paulo: Saraiva, 2013. 760 p.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. 887 p.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. 2. tir. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 403-429.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Grupo de Câmaras de Direito Público). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rio do Sul. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA - IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO. [...]. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Luiz Carlos da Silva. Relator: Desembargador Ronei Danielli, 9 de novembro de 2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAIoLwAAB&categoria=acordao_5. Acesso em: 27 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 936 p.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255-272.

A CONTRIBUIÇÃO DA COESÃO PARA A ATIVAÇÃO DAS RELAÇÕES DE SENTIDO NOS RELATÓRIOS DE SENTENÇAS CÍVEIS

Eduardo Veiga Vidal



A CONTRIBUIÇÃO DA COESÃO PARA A ATIVAÇÃO DAS RELAÇÕES DE SENTIDO NOS RELATÓRIOS DE SENTENÇAS CÍVEIS

THE CONTRIBUTION OF COHESION TO ACTIVATE SENSE RELATIONSHIPS IN CIVIL SENTENCES REPORTS

Eduardo Veiga Vidal¹

RESUMO

Os relatórios de sentenças cíveis constituem-se discursos jurídicos de uso recorrente na área jurídica. Este artigo tem como objetivo descrever, nesses relatórios, as marcas linguísticas da coesão, além de analisar como elas estabelecem relações e nexos entre os elementos que constituem a superfície do texto, na concepção de leitores diversos, inclusive o jurisdicionado. A pesquisa teve como *corpus* três relatórios de sentenças judiciais cíveis, resguardados os princípios éticos com relação à identificação de partes e documentos. Parte-se das concepções da Linguística Textual, na perspectiva de Koch (e Marcuschi), com a expectativa de que o estudo possa contribuir no aperfeiçoamento da redação de textos judiciais com mais clareza e concisão.

Palavras-chave: Coesão. Relatório. Sentença.

ABSTRACT

The records or summaries of civil court judgments constitute judicial discourse of frequent use in judicial area. The purpose of this paperwork is to point out, in court judgment reports, the linguistic marks of cohesion, as well as to analyze how they establish relationships and connections between the elements that constitute the surface of the text, in the conception of diverse readers, including the jurisdictional one. The research had as corpus three civil court judgments reports of civil court judgments, safeguarding the ethical principles regarding the identification of parts and

¹ Eduardo Veiga Vidal, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio. Juiz Substituto do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), pós-graduado no curso de Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial (TJSC), e-mail: eduardoveiga@tjsc.jus.br.

documents. The paperwork starts from the concepts of Textual Linguistics, from the perspective of Koch (and Marcuschi), with the expectation that the study may contribute to the improvement of the writing of judicial texts with more clarity and conciseness.

Keywords: Cohesion. Report. Court judgment reports.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo aponta as marcas da coesão em relatórios de sentenças judiciais cíveis e faz uma análise linguística de possíveis relações de sentido que elas possam estabelecer entre si: se mecanismos linguísticos forem utilizados de forma consciente, mesmo na modalidade formal do texto jurídico, o resultado será bastante eficiente ao leitor, especialmente o jurisdicionado, compreendido, em regra, como parte da relação processual, ou o destinatário da sentença.

Propõe-se evidenciar que o emprego consciente desses mecanismos é atividade relativamente simples, prática e de baixa complexidade cognitiva, mas que, se bem elaborado, há de sedimentar argumentos e definir sentenças igualmente claras, precisas e com reconhecimento de autoridade, de autoria e de competência linguística eficazes.

A linguagem é o instrumento do trabalho do juiz e o processo de produção textual subsidia seu ofício. Enquanto atividade interacional entre sujeitos sociais, o uso da linguagem tem em vista a realização de determinados fins (Koch, 2007).

O estudo nasceu das aulas da disciplina Linguagem Jurídica no curso de Pós-Graduação em Gestão de Direito, na Academia Judicial, quando a figura do leitor deixou de ser vista como um simples receptor da mensagem – nem sempre decodificada – e passou ao patamar elevado de interlocutor imanente de um processo ostensivo-inferencial, que traz consigo um conhecimento de mundo arquivado em suas memórias, capaz de ativar inferências situacionais na interlocução.

Considerar o leitor e considerar que seus conhecimentos (de mundo, enciclopédico) são diferentes de um leitor para outro, implica a aceitação de uma pluralidade de leituras e de sentidos em relação a um mesmo texto, o que faz com que seja considerada uma *inter-ação* pela e entre a linguagem (KOCH; ELIAS, 2014).

Para a análise de relações e de interações da linguagem em textos jurídicos, fez-se uma pesquisa documental na área, na busca de sentenças judiciais reais que pudessem

ser publicadas, e optou-se pelas compiladas no CD-ROM Sentenças/Decisões dos Juízes Vitaliciandos (1998-2000) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC, disponibilizadas no acervo da biblioteca da Escola da Magistratura de Santa Catarina –ESMESC.

Desse CD foram selecionados três relatórios de sentenças cíveis para o *corpus* deste trabalho e um referencial teórico-metodológico para analisar o texto como interação comunicativa no referido objeto em estudo – relatório de sentenças cíveis. Em função disso, o estudo fundamenta-se em concepções da linguística textual na perspectiva de Koch (2007, 2015, 2016) e Marcuschi (2008); e, para apresentar a noção de sentenças, no Direito, foram abordados os estudos de Sidou (2016), Donizetti (2017) e Alvim (2019).

Observa-se que o fio condutor da linguística textual que norteia este estudo parte de uma teorização mínima essencial, com o intuito de buscar e apresentar a linha de ideias que parece predominante entre os estudiosos das ciências da linguagem e também mais pertinente ao tema em questão (KOCH, 2015, p.7).

A opção pela seleção destes três relatórios atende aos seguintes propósitos: por pertencerem a sentenças proferidas em 1999, por serem considerados bem redigidos, por pertencerem todos à modalidade cível, pela diversidade na temática das ações, por relatarem situações de entendimento de complexidade razoável a um determinado leitor em potencial e, por fim, por um grande critério na escolha – serem concisos, com dimensão reduzida (em torno de apenas uma lauda).

O artigo está estruturado da seguinte maneira: primeiramente, apresentam-se os elementos de cunho introdutório à especificidade desta modalidade textual. Na etapa seguinte, a noção dos elementos das sentenças judiciais, pelos mecanismos coesivos da linguística textual – na perspectiva de Koch, pela aplicabilidade destes em três relatórios que serão apresentados na íntegra; depois, as análises dos elementos coesivos. E, por fim, as considerações finais, com a retomada dos resultados da pesquisa, no intuito de reforçar a importância de o magistrado também ter conhecimento das relações linguísticas na construção de suas sentenças.

2 A INTERAÇÃO PELA LINGUAGEM

Neste estudo, aborda-se o texto como uma unidade linguística concreta, tomada pelos usuários da língua em uma situação de interação comunicativa específica, portadora de uma unidade de sentido e de uma função comunicativa reconhecível e reconhecida, independente da sua extensão, conforme Koch (2015).

2.1 A SENTENÇA E O RELATÓRIO

A sentença jurídica e o relatório cível são gêneros textuais, assim concebidos como o trato da língua em seu cotidiano nas mais diversas formas. São eles um elemento cultural importante como parte integrante da estrutura comunicativa da nossa sociedade (MARCUSCHI, 2008, p. 149).

Nos termos do art. 203, § 1º, do Código de Processo Civil, a “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos art. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Ao analisar o comando legal, Donizetti (2017) informa:

Ao elaborar o novo conceito de sentença, o legislador procurou corrigir o equívoco da conceituação trazida pelo CPC/1973, que tratava da sentença como sendo o ato do juiz que implicava extinção do processo com ou sem resolução do mérito. É que, como na primeira hipótese (ato que resolve o mérito), a sentença não coloca fim ao processo, mas apenas à fase de conhecimento. O processo prossegue normalmente com a fase de liquidação e o cumprimento de sentença, para somente então ser encerrado. Existem ainda outras hipóteses de atos que, embora resolvam o mérito (ainda que parcialmente), não põem fim ao processo (exemplos: decisão que rejeita um dos pedidos cumulados; decisão que homologa reconhecimento da procedência de um dos pedidos etc.).

Muitas são as classificações atribuídas às sentenças, com variações doutrinárias, inclusive. Observado o objetivo deste trabalho, aborda-se a classificação tradicional com base na natureza da jurisdição cível (ALVIM, 2019, p. 341).

Optou-se pela análise dos relatórios das sentenças cíveis, uma vez que as sentenças criminais, por via de regra, são proferidas em ações penais condenatórias ajuizadas pelo Ministério Público e cujos procedimentos em muito se assemelham, o que, se não impedisse, ao menos prejudicaria a análise aqui pretendida.

As sentenças cíveis, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil – CPC, contêm relatório, fundamentos e dispositivos. Como este artigo trata do relatório, cabe esclarecer que em tal modalidade textual são identificados os litigantes, resumidas as pretensões de cada um deles e ressaltados os incidentes surgidos no curso do procedimento, salientando o teor da controvérsia a ser decidida.

Conclui Arruda (1996, p. 2) que tal modalidade textual deve ser resumitiva, contendo a suma do pedido, a resposta do réu e mais as ocorrências processuais de relevo. É a etapa em que o juiz relata os principais fatos ocorridos no processo, demonstrando assim que o julgador conhece as alegações nele suscitadas.

Por fim, sobre a linguagem do relatório, Donizetti (2017) orienta que deve ser predominantemente descritiva, pois nesse momento o magistrado não emite juízo de valor.

Conforme sugerido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas (2016), o jurisdicionado pode ser visto como parte processual, sendo considerado “toda pessoa, natural ou jurídica, que, em processo, tenha interesse, positivo ou negativo, no deslinde de um assunto cuja decisão dependa do órgão administrativo”, ou, ainda, como “pessoa que figura num processo como autor, réu, litisconsorte ou terceiro interessado”.

Especificamente no processo cível, ao qual se prende este artigo, costuma-se entender por partes *principais* o autor e o réu (e os respectivos litisconsortes), e por partes *incidentais* os terceiros intervenientes. Vale mencionar também que, nos feitos judiciais em que o Ministério Público oficia como defensor da lei, o Estado é sempre *parte*, ativa ou passiva.

Enfim, pode-se dizer que os jurisdicionados são, em síntese, os destinatários da jurisdição, da atividade precípua do Poder Judiciário, cuja finalidade é “dizer o direito”, na solução dos conflitos de interesses, pelos meios previstos em lei.

2.2 A COESÃO NAS CIÊNCIAS DA LINGUAGEM

O texto objeto deste estudo consiste no gênero discursivo sentença judicial, de fácil reconhecimento, dado o seu posicionamento num processo judicial, sua linguagem e o teor da sua autoridade.

Sobre os gêneros textuais, Marcuschi (2008, p. 159) menciona que, longe de serem entidades formais, são antes entidades comunicativas em que predominam os aspectos relativos a funções, propósitos, ações e conteúdos, e a tendência é explicar como eles se constituem e circulam socialmente.

O fio condutor da linguística textual que norteia este estudo tem o intuito de buscar

e apresentar a linha de ideias que parece predominante entre os estudiosos das ciências linguísticas.

O interlocutor pode extrair inferências da leitura dos enunciados, seja por meio do contexto, dos seus conhecimentos prévios ou mesmo pelas expressões linguísticas. Há possibilidade da existência de um hiato entre a construção linguística do enunciado pelo produtor do texto e a sua compreensão pelo leitor e, como noticiam SILVEIRA e FELTES (*apud* Grice, 1999, p. 21), “esse hiato no processo interpretativo deveria ser preenchido por inferências”.

Assim, na leitura de um texto, o leitor é, necessariamente, levado a mobilizar uma série de estratégias, tanto de ordem linguística como de ordem cognitivo-discursiva, a fim de levantar hipóteses, validar ou não as hipóteses formuladas, preencher as lacunas que o texto apresenta, enfim, participar, de forma ativa, da construção do sentido. Nesta percepção de Koch e Elias (2014), autor e leitor devem ser vistos como *estrategistas* na interação pela linguagem.

Quanto mais bem posicionadas as marcas linguísticas, mais facilmente são ativados os conhecimentos de mundo do leitor, que pode inferir o sentido do todo; quanto menos mecanismos linguísticos, mais custosa fica a ativação desse conhecimento pré-construído para dar um sentido ao enunciado. Isso demonstra a importância de o produtor do texto, no ato redacional, ter em mente o seu interlocutor, no sentido de o conhecimento ali explanado ser partilhado entre ambos.

No estudo científico da linguagem, considera-se que um texto não é apenas uma soma ou sequência de frases isoladas. Então, faz-se necessário pesquisar o que faz com que um texto seja um texto, isto é, quais os elementos ou fatores responsáveis por sua textualidade.

Em princípio, BEAUGRANDE e DRESSLER (*apud* Koch, 2016, p. 11) esclarecem que esses elementos podem ser assim considerados: coesão (quando a interpretação de algum elemento do discurso é dependente da de outro), coerência (relação entre sentidos no texto e fatores de ordem linguística, cognitiva e interacional), informatividade (acréscimo de algo novo ao leitor, a depender do que se quer informar e a quem), situacionalidade (adequação do texto à determinada situação comunicativa), intertextualidade (um texto é construído a partir de outro já dito, a interpretação de um texto depende da interpretação de outros já lidos), intencionalidade (produtor do texto se esforça para produzir uma comunicação eficiente, que atinja seu objetivo) e aceitabilidade (texto produzido de acordo com a expectativa do leitor).

Nesse estudo, o foco recai em apenas um deles, a *coesão*, que consiste nas relações textuais (no interior do texto) estabelecidas por recursos linguísticos. São elas, muitas vezes

(mas não as únicas) responsáveis por ativar o conhecimento de mundo do leitor. As reações linguísticas estabelecem sentido global ao texto, que pode também ser apreendido em razão de algum elemento que ative o conhecimento e lhe traga coerência.

Aborda-se também a distinção de Koch (2015, p.47-49) em duas modalidades de coesão: a coesão remissiva ou referencial e a coesão sequencial ou sequenciação.

A *coesão remissiva ou referencial* ocorre entre dois ou mais componentes da superfície textual que remetem (ou permitem recuperar) um mesmo referente, que pode ser acrescido de outros traços que se lhe vão agregando textualmente, à medida que o texto se desenvolve – como numa trama. O referente é algo que se constrói textualmente.

Mecanismos que permitem a *coesão remissiva ou referencial* são a *reiteração* – realizada através de sinônimos, de hiperônimos, de nomes genéricos, de expressões nominais definidas, de repetição do mesmo item lexical, de nominalizações – e a *substituição* – realizada na ocasião em que um componente da superfície textual é retomado (anáfora) ou precedido (catáfora) por uma pró-forma (pronome, verbo, advérbio, quantificadores que substituem outros elementos do texto). Há também a substituição por zero (\emptyset), que é a elipse.

A *coesão sequencial ou sequenciação* diz respeito a procedimentos linguísticos por meio dos quais se estabelecem, entre segmentos do texto, diversos tipos de relações semânticas e/ou pragmáticas, à medida que se faz o texto progredir. Nesta situação há basicamente dois mecanismos: *recorrência* e *progressão*.

Recorrência (ou paráfrase): retomada de termos, de estruturas (o chamado paralelismo), de conteúdos semânticos (paráfrase), de recursos fonológicos segmentais e suprasegmentais (ritmo, rima, aliteração, eco, etc.), de aspectos e tempos verbais.

Progressão ou sequencial (ou frástica): mecanismos que possibilitam a manutenção temática, pelo uso de termos de um mesmo campo lexical. Ela organiza os fatos do tempo no texto. E, quando feita por marcadores verbais, é estabelecida, por via de regra, pelas conjugações no pretérito perfeito, pretérito mais-que-perfeito e o pretérito imperfeito do indicativo. Os encadeamentos podem se dar por justaposição ou conexidade.

Embora a progressão textual possa acontecer com ou sem elementos recorrentes, como informam HALLIDAY e HASAN (*apud*, Koch, 2016, p. 18-21), há mecanismos de coesão bastante estudados, quais sejam: referência (pessoal, demonstrativa, comparativa); substituição (nominal, verbal, frasal); elipse (nominal, verbal, frasal); conjunção (aditiva, adversativa, causal, temporal, continuativa); coesão lexical (repetição, sinonímia, hiperonímia, uso de nomes genéricos, colocação).

Com importante papel no estabelecimento da coesão, da orientação argumentativa

e da coerência do texto, a conexidade pode estabelecer a articulação entre orações, períodos, parágrafos e sequências maiores, uma vez que todas essas partes contribuem para que o texto seja compreendido como uma unidade de sentido.

Essa conexidade pode aparecer no texto com a função de ordenar o tempo e/ou espaço, articular relações lógico-semânticas ou discursivo-argumentativas, ou de organização textual e mesmo metadiscursivas (KOCH e ELIAS, 2016, p. 151).

Embora se entenda que o sentido global do texto possa ser apreendido em razão da interação de muitos elementos linguísticos e cognitivos que ativam o conhecimento, e que a coesão não constitui condição suficiente para que um texto seja um texto, é de suma importância destacar que o uso de elementos coesivos dá ao texto maior legibilidade, explicitando os tipos de relações estabelecidas entre os elementos linguísticos que o compõem.

E, em muitos tipos de textos – como os jurídicos, científicos, didáticos, expositivos, opinativos, entre outros – a coesão vai agir como mecanismo de manifestação superficial da coerência.

3 A COESÃO NOS RELATÓRIOS DE SENTENÇAS CÍVEIS

Nesta seção analisa-se o modo como as relações linguísticas de coesão se manifestam em três relatórios de sentenças cíveis.

Os textos se organizam e entrelaçam suas ideias e argumentos através de mecanismos linguísticos de coesão: o foco do presente estudo recai, predominantemente, nos elos coesivos de natureza remissiva e sequencial, segundo Koch (2015, 2016).

A ordenação didática das análises segue nesta sequência: apresentação do relatório de sentenças cíveis na íntegra; apresentação dos mecanismos coesivos e das possíveis relações de sentido; e, por último, considerações sobre o texto analisado².

² Por questões éticas, nos três relatórios o nome dos envolvidos será substituído por letras do alfabeto A., B., C., D. e E., respeitando-se algumas características, como Ltda. e S.A. ou o nome do banco, para que se alcance o entendimento do relatório.

Quadro 1: Texto 1 – Adoção Internacional (sentença proferida em 1999)

Vistos etc.

A. e B., holandeses, casados entre si, (1) **ele** avicultor, passaporte nº 00000000, (2) **ela**, professora, passaporte nº 00000000, residentes e domiciliados em Rosmalen, Blokkenweg, Holanda, **formularam** pedido de ADOÇÃO INTERNACIONAL dos menores C., nascido aos 10/12/93, com cinco anos de idade, D. e E., gêmeos, com três anos de idade, nascidos em 22/05/95, entregues à adoção por (3) **seus** pais, F. e G., mediante termo de consentimento próprio.

O (4) **requerimento** veio acompanhado de toda a documentação pertinente, inclusive com os (5) **autos de habilitação** perante a CEJA.

(6) **Com anuência do Ministério Público**, foi dado início ao estágio de convivência, cuja duração restou estipulada, **nos termos do art. 46, § 2º, do ECA**, em trinta dias. Entregues os (7) **infantes** ao (8) **casal**, (9) **foi expedida carta precatória** de acompanhamento da adaptação à (10) **família** à Comarca da (11) **Capital**.

(12) **Após as visitas pertinentes**, a (13) **equipe técnica** apresentou relatório, constatando o ajustamento dos (14) **menores** na (15) **unidade familiar**, opinando favoravelmente à (16) **adoção**.

O **Ministério Público**, que interveio regularmente durante o processamento do (17) **feito**, manifestou-se pelo deferimento do (18) **pedido**, (19) **eis que atendidos os pressupostos** legais e interesses das (20) **crianças**.

(21) **Vieram-me os autos**.

(22) **É o relato**.

Vejam-se os mecanismos de relações de sentido destacados no Texto 1. Observe-se que quase todos os elementos destacados fazem, de alguma forma, remissão a outro elemento do texto.

(1) **ele** – remete ao referente A.;

(2) **ela** – remete à referente B.;

(3) **seus** – remissão aos três irmãos, C., D. e E.; “seus” aqui se refere aos pais biológicos deles, dos irmãos;

(4) **requerimento** – remete a “pedido de adoção internacional”, por meio do contexto;

(5) **autos de habilitação** – termos do mesmo campo semântico referentes a processos judiciais estabelecem a coesão, remetem a “requerimento”, à “documentação” e a “pedido de adoção”;

(6) **Com anuência do Ministério Público ... nos termos do art. 46, § 2º, do ECA** - coesão sequencial que estabelece uma relação implícita por modalizadores que desencadeiam uma

credibilidade; e “nos termos do art. 46...” desencadeia também a implicatura de que tudo está dentro dos trâmites legais; mais à frente ocorre a coesão por repetição a “Ministério Público”;

(7) **infantes** – remete a C., D. e E. por meio do contexto;

(8) **casal** - remete a A. e B.

(9) **foi expedida carta precatória** - coesão sequencial por progressão encadeada por articulador que estabelece avanço temporal no texto; e “carta precatória” faz parte de termos do mesmo campo semântico referentes a processos judiciais;

(10) **família** - faz remissiva a A. e B.;

(11) **Capital** – remete a “Florianópolis”, e informação fora do texto relatório, comarca dos autos;

(12) **Após as visitas pertinentes** - coesão sequencial por progressão encadeada por articulador que estabelece avanço temporal no texto; aciona o pressuposto de que neste tipo de ação há “visitas pertinentes” aos envolvidos;

(13) **equipe técnica** – remete, por inferência, a termos do mesmo campo semântico como “Ministério Público”, “ECA” e outros;

(14) **menores** – retoma C., D. e E. com repetição desta expressão lá do início do texto;

(15) **unidade familiar** – faz remissão à (junção) de A. e B. e C., D. e E.;

(16) **adoção** – retoma parcialmente a expressão em “pedido de adoção internacional” do início do texto;

(17) **feito** - remete a todo o processo até o momento;

(18) **pedido** - com repetição parcial da expressão “pedido de adoção internacional”;

(19) **eis que atendidos os pressupostos** - coesão sequencial por progressão encadeada por articulador que estabelece avanço temporal no texto e relação lógico-semântica;

(20) **crianças** - retoma C., D. e E.;

(21) **Vieram-me os autos** - coesão sequencial por progressão encadeada por articulador que estabelece avanço temporal no texto;

(22) **É o relato** - coesão sequencial que indica a conclusão da progressão, em relação à reiteração dos termos “Vistos etc” que aparecem no início do relatório; proporciona uma articulação de ordenação no tempo e/ou no espaço.

O Texto 1 apresenta uma sequência temporal bem explicitada na estrutura superficial em (21) e (22). As muitas ocorrências da coesão remissiva conduzem o leitor à ideia pretendida pelo produtor do texto. A repetição de termos ou trechos também é um mecanismo linguístico que norteia a linha argumentativa: nela, houve pouca reiteração pela repetição. O paralelismo na maioria dos tempos verbais (pretérito do perfeito do indicativo) e a construção da forma passiva analítica auxiliam na coesão sequencial por recorrência de aspectos e tempos verbais.

Quadro 2: Texto 2 – Restituição de mercadorias (sentença proferida em 1999)

Vistos etc.

A. LTDA., devidamente qualificada, através de procurador habilitado, na Concordata Preventiva de B. S.A., **requer** a restituição de mercadorias, aduzindo, em síntese, que, (1) **através das notas fiscais**, série única, de n.º 00000 e 00000, vendeu e entregou no dia 19.10.95, (2) **portanto**, dentro dos 15 dias que antecederam ao **requerimento** da (3) **Concordata**, as **mercadorias** descritas na (4) **inicial** no valor de R\$ 3.757,56.

(5) **Requerer**, (6) **ainda**, a citação da (7) **Concordatária**, a produção de provas e a procedência do (8) **pedido**, com a condenação (9) **daquela** nas custas processuais, juros legais, correção monetária e honorários advocatícios.

Valorou a causa e **juntou** documentos.

(10) **Citada** a **Concordatária**, através de procurador habilitado, reconheceu a procedência do **pedido**, (11) **contudo** alegou que, em virtude de já terem sido processadas **as mercadorias** fornecidas pela **Requerente**, a restituição deveria se dar pelo equivalente em dinheiro, sem custas processuais e sem honorários advocatícios (fls. 28/29).

A (12) **Comissária**³, asseverando ter constatado a veracidade dos (13) **fatos alegados**, manifestou-se pela procedência do **pedido** e contrária ao pagamento das custas processuais, (14) **bem como** dos honorários advocatícios (fls. 30).

O (15) **Ministério Público** acompanhou a manifestação da **Comissária** (fls. 30v).

Houve réplica da **Requerente** (fls. 31/32).

Do **pedido** de restituição foi dado ciência aos (16) **interessados** (fls. 34/35).

(17) **Vieram os autos** conclusos.

(18) **É o relatório.**

Observem-se os mecanismos de relações de sentido destacados no Texto 2.

³ “Comissária”, termo atualmente não utilizado em falências e recuperações. À época da publicação (1999), era empregado conforme explica De Plácido e Silva: Comissário(a): “na terminologia jurídica, seja de Direito Administrativo, de Direito Civil ou Comercial, é grandemente aplicado, seja para indicar a pessoa que executa atos ou faz negócios, *comissionada* por outra, seja a pessoa que exerce a *função* administrativa ou outra qualquer, em virtude de designação do poder público.” (2004, p. 314).

- (1) [através de] **notas fiscais** – “notas fiscais” retoma “mercadorias” no início do texto, dentro de um mesmo campo semântico, e remete às formas verbais “vendeu e entregou” no mesmo enunciado. Repete mais à frente por duas vezes “mercadorias”; termos como “notas fiscais”, acompanhado de “de n.º 00000 e 00000” e “no dia 19.10.95” estabelecem uma relação implícita de credibilidade; inferência: tudo foi realizado dentro dos trâmites legais;
- (2) **portanto** - coesão sequencial por progressão que estabelece relação discursivo-argumentativa no texto, expressa que o seguimento que virá concluirá o seguimento do enunciado em questão;
- (3) **Concordata** – remete à “Concordata Preventiva” com repetição parcial do termo;
- (4) **inicial** - coesão remissiva por contiguidade a termos do campo semântico de um processo judicial, neste caso referente à “Concordata Preventiva”;
- (5) **Requerer** - ocorre coesão pela repetição do radical da forma verbal “requer” e da nominalização “requerimento” [da Concordata] empregados no primeiro parágrafo; mais à frente, por remissão, retoma a nominalização agora como **Requerente**, que, por inferência, remete à A. LTDA. e, mais uma vez, no final do texto, repete **Requerente**. Pelos aspectos e tempos verbais (pretérito do perfeito), e pelo teor do relato, infere-se que o sujeito (elíptico) de **Requerer ... Valorou ... juntou** seja A. LTDA.;
- (6) **ainda** - coesão sequencial por progressão com ideia de soma, ou de conjunção, como um reforço à articulação discursivo-argumentativa;
- (7) **Concordatária ... Concordatária** - faz remissão à “Concordata”, o que leva a inferir, por meio do contexto, ser a B. S.A.; repetição do termo;
- (8) **pedido ... pedido ... pedido ... pedido** – em (8) “pedido” retoma “restituição das mercadorias”; mais à frente “pedido” é repetido por mais três vezes, no último parágrafo, inclusive, aparece já no início do período, o que parece reforçar mais o que foi requerido por A. LTDA.: a “restituição das mercadorias”;
- (9) **daquela** – por meio da concordância em gênero e número, percebe-se que “daquela” remete à B. S.A; esta forma remissiva exerce ainda a função localizadora do referente; além disso, os elementos linguísticos formadores do contexto também contribuíram para o estabelecimento da relação de remissão ao sentido possivelmente pretendido;
- (10) **Citada a Concordatária**, - os elementos linguísticos formadores do contexto e no decorrer do enunciado propiciam que o sentido seja retomado, ainda que a vírgula, que deveria estar posicionada após “Citada”, aparece deslocada após “Concordatária”; resolvido isso, fica então mais evidente que o sujeito de “reconheceu” e “alegou” é mesmo “Concordatária”;
- (11) **contudo** - coesão sequencial por progressão que estabelece relação discursivo-argumentativa de contrajunção;
- (12) **Comissária** - coesão dificultada, em princípio, pelo desconhecimento do sentido desta

palavra empregada num relatório, e ainda estar posicionada no início de parágrafo, o que não favoreceu a ativação de conhecimentos prévios; mas dando continuidade ao enunciado, e por contiguidade a termos de processos judiciais, chega-se ao sentido inferido de *assistente social*; “Comissária” vai se repetir mais à frente, reforçando o sentido inferido;

(13) **fatos alegados** – remete a todo o relatado até o momento, ativado pela remissão lexical do nome genérico “fatos”;

(14) **bem como** - coesão sequencial por progressão com encadeamento de conjunção/soma, via articulador discursivo-argumentativo;

(15) **Ministério Público** – coesão remissiva por contiguidade a termos do mesmo campo semântico de um processo judicial; inferência: está dentro dos princípios legais;

(16) **interessados** – remete a A. LTDA. e B. S.A.;

(17) **Vieram os autos conclusos** - remissão por contiguidade a termos do mesmo campo semântico de um processo judicial; os elementos estabelecem avanço temporal no texto;

(18) **É o relatório** - coesão sequencial que indica a conclusão da progressão, em relação à reiteração dos termos “Vistos etc” que aparecem no início do relatório; proporciona uma articulação de ordenação no tempo e/ou no espaço.

A estrutura superficial do Texto 2 pauta-se em mecanismos da coesão remissiva, de orações predominantemente reduzidas, para apontar a progressão sequencial dos trâmites judiciais do processo em questão. O texto esmera-se no emprego da coesão por meio da repetição, para manter a verticalização da temática pretendida.

Destaca-se o paralelismo na coesão sequencial por recorrência de aspectos e tempos verbais, quase todos no pretérito do perfeito do indicativo.

Destaca-se ainda a coesão por meio de alguns operadores que aparentam força na função de articulação discursivo-argumentativa (*portanto, ainda, contudo, bem como*).

Observa-se ainda que uma vírgula deslocada em (10) tornou, num primeiro momento, confusa a ideia de temporalidade aparentemente pretendida, que seria: *quando foi citada, a Concordatária [B. S.A.] reconheceu... alegou.....* No entanto, a sequência do enunciado, juntamente com os elementos linguísticos formadores do contexto, também propiciou ao leitor o reestabelecimento do sentido.

Interessante apresentar o inusitado deste texto: o termo “Comissária”, não mais usual nesta concepção do texto jurídico, forçou este pesquisador, na condição de leitor-juiz, a buscar inferências sobre a historicidade temporal do termo, em seu conhecimento de mundo, para atribuir sentido atualizado ao termo dentro do texto.

Guardadas as devidas proporções, este fato vem ilustrar como o leitor da sociedade se sente ao tentar compreender os textos jurídicos, notadamente quando empregadas expressões em desuso, muito técnicas ou oriundas de outros idiomas.

Quadro 3: Texto 3 – Ação cautelar de exibição de documentos (sentença proferida em 1999)

Vistos etc.

A., qualificada nos autos, **interpôs** ação cautelar de exibição de documentos contra Banco do Brasil S/A, também qualificado.

Alega (1) **a autora**, em síntese, que imigrou da Alemanha para o Brasil no início do século, sendo que possuía a quantia de R\$ 875.420\$000 (oitocentos e setenta e cinco contos e quatrocentos de vinte réis) depositados no Banco Alemão Transatlântico. Em 11 de março de 1942, o Governo Federal editou o Decreto-Lei nº 4.166, que determinava a arrecadação dos bens dos (2) **súditos alemães**, japoneses e italianos residentes em (3) **território nacional**, para eventuais reparações de prejuízos de (4) **guerra**. Sendo que, (5) **desde então**, (6) **vem** tentando a (7) **devolução do dinheiro**, e que a última informação que obteve do (8) **Banco** data de 1959. **Juntou** documentos (fls. 08/24).

Pede, (9) **ao final**, a exibição de (10) **extrato de movimentação dos valores recolhidos** (11) **bem como** dos **documentos** que justificam **tais movimentações**.

A (12) **liminar** foi deferida (fl. 26).

(13) **Devidamente citada**, (14) **a instituição financeira** diz ser impossível cumprir a **ordem judicial**, (15) **pois** não possui a **documentação** mencionada (16) **já que**, (17) estando **legalmente amparada**, realiza expurgos em seus (18) **arquivos**. (19) **Ademais**, nos (20) **termos do art. 177 do Código Civil**, as **ações pessoais** (22) **prescrevem em vinte anos**.

(23) **Em réplica**, (24) **a autora**, (25) **reiterando os argumentos descritos na inicial**, afirma que a (26) **prescrição** não beneficia o (27) **depositário** em relação ao (28) **depositante**.

(29) É o relatório.

Vejam-se os mecanismos de relações de sentido destacados no Texto 3.

(1) **a autora** – remete ao referente A.;

(2) [súditos] **alemães** - remete por reiteração a “imigrou da Alemanha”. A depender do conhecimento de mundo do leitor, ele pode saber que o termo “súditos” se encontra no “Decreto-Lei nº 4.166”, embora evoque uma conotação de subserviência dos imigrantes à época;

(3) **território nacional** - remete a Brasil, coesão exofórica;

(4) **guerra** – por inferência, ativa o conhecimento de mundo do leitor, coesão exofórica;

- (5) **desde então** - coesão sequencial por progressão encadeada por articulador que estabelece avanço temporal à data “11 de março de 1942”; ocorre também uma coesão sequencial por progressão por meio destes articuladores de ordenação temporal;
- (6) **vem ... Juntou ... Pede** - o sujeito (elíptico) destes verbos continua sendo A.;
- (7) **devolução do dinheiro** – remete à quantia de R\$ 875.420\$000, mas o sujeito desta ação não fica tão claro num primeiro momento, porém só no decorrer do enunciado o sentido se esclarece: *o banco deve devolver dinheiro à A., e não ela devolver ao banco*; os elementos linguísticos formadores do contexto foram importantes para o estabelecimento da relação de remissão ao sentido possivelmente pretendido;
- (8) **Banco** – repetição parcial de Banco do Brasil S/A;
- (9) **ao final** - coesão sequencial por progressão por meio de articuladores de ordenação temporal;
- (10) **extrato de movimentação ... valores recolhidos ... documentos ... tais movimentações** – esta sequência num mesmo parágrafo, e pela contiguidade a termos de um mesmo campo semântico, retoma termos como “a quantia de R\$ 875.420\$000”, “depositados”, entre outros;
- (11) **bem como** - coesão sequencial por progressão com encadeamento de conjunção/soma, via articulador discursivo-argumentativo;
- (12) **liminar ... ordem judicial** – coesão estabelecida, por contiguidade a termos do mesmo campo semântico de um processo judicial; ocorre ainda progressão sequencial por meio de termos que acionam ordenação temporal;
- (13) **Devidamente citada** - coesão sequencial por progressão por elementos de ordenação temporal;
- (14) **a instituição financeira** – remete a Banco e a Banco do Brasil S/A;
- (15) **pois** - coesão sequencial por progressão com encadeamento de articulador lógico-discursivo de ideia explicativa;
- (16) **já que** - coesão sequencial por progressão com encadeamento de articulador lógico-discursivo causal;
- (17) [estando] **legalmente amparada** – termos que constituem uma coesão sequencial por progressão encadeada por elementos que estabelecem relação lógico-semântica implícita de causalidade; inferência: dentro dos trâmites legais;
- (18) **arquivos** – remete a “documentos”, por reiteração hiperônima;
- (19) **Ademais** - coesão sequencial por progressão com encadeamento de operador discursivo-argumentativo de acréscimo;
- (20) **nos termos do art. 177 do Código Civil** – termos que estabelecem uma coesão sequencial por progressão encadeada por elementos que estabelecem relação lógico-semântica implícita de conformidade; inferência: dentro dos trâmites legais;

- (21) **ações pessoais** - remete à ação cautelar de A.;
- (22) **prescrevem em vinte anos** - coesão sequencial por progressão que ativa a ideia implícita do articulador lógico-semântico de condicionalidade, o que leva à implicatura de que não há mais o que fazer;
- (23) **Em réplica** - coesão sequencial por progressão que estabelece um encadeamento de ordenação temporal; pelo conhecimento de mundo, é possível que o leitor infira que vá haver litígio;
- (24) **a autora** - remete por reiteração à A.;
- (25) **reiterando os argumentos descritos na inicial** - coesão sequencial por progressão que estabelece um encadeamento de ordenação temporal; não se pode prever que o leitor jurisdicionado vá inferir que “inicial” seja o começo da ação da autora;
- (26) **prescrição** – remete, por remissão, a “prescrevem em vinte anos”;
- (27) **depositário** – remete, pelo conhecimento de mundo, a Banco do Brasil S/A;
- (28) **depositante** - remete, pelo conhecimento de mundo, à “autora” e A.;
- (29) **É o relatório** - coesão sequencial que indica a conclusão da progressão, em relação à reiteração dos termos “Vistos etc” que aparecem no início do relatório; proporciona uma articulação de ordenação no tempo e\ou no espaço.

Em nível linguístico-textual, o Texto 3 também está bem redigido. A ocorrência em grande número da coesão remissiva contribui para que a leitura seja bem-sucedida. O texto traz o emprego de operadores articuladores que conduzem o interlocutor a um encadeamento argumentativo na tessitura, como *já que, pois, bem como (e sendo que* com aparente sentido de conjunção/soma).

A repetição de termos ou trechos, juntamente com o paralelismo entre a maioria dos tempos verbais (preferencialmente no presente, e alguns no pretérito do perfeito), contribuiu como mecanismo linguístico na condução da linha argumentativa e auxiliou na coesão sequencial por recorrência de aspectos e tempos verbais.

3.1 SOBRE OS RELATÓRIOS DOS TEXTOS 1, 2 E 3

Os textos analisados mostram-se bem redigidos. Como usual nesta modalidade de relatório, pautam pela aparente sequência cronológico-judicial no relatar dos fatos. Há uma similaridade em suas construções, com a presença de mecanismos que desencadeiam relações que permitem a tessitura, sendo plausível afirmar que os elos coesivos bem estruturados foram elementos que contribuíram para a coerência.

Os relatórios analisados apresentaram grande frequência da coesão remissiva por reiteração na recorrência de termos, de estruturas, de conteúdos semânticos de aspectos e tempos verbais, além da remissão pela substituição nas anáforas; apresentaram também a ocorrência da coesão sequencial que proporcionou a progressão pela manutenção temática e o encadeamento de conectores e operadores capazes de estabelecer relações discursivas ou argumentativas entre seus enunciados.

Foi possível detectar também que os mecanismos coesivos muitas vezes permitiram a remissão a outros elementos não presentes, mas inferíveis a partir daquele universo textual.

Percebe-se que os referentes representados foram incorporando traços de sentido à medida que o texto se desenvolvia, seja por meio do “novo nome” que recebia, seja por meio da repetição.

Exemplo interessante pode ser observado no Texto 1, “Adoção Internacional”, que chamou atenção por duas linhas de tessitura, a dos referentes que queriam adotar: “A. e B.”, e a dos referentes a serem adotados: “C., D. e E.”. No início do relato, por remissão, os referentes do grupo *um* foram denominados “casal”; e os do grupo *dois* denominados “menores”, “infantes”, “menores” (por repetição) e “crianças”.

Mais ao final da narrativa, quando o texto empregou o elemento “infantes”, o grupo *um* passou a ser chamado de “família” e em seguida ocorreu uma conexão entre os dois grupos, passando ambos a serem unidos e chamados de “unidade familiar”.

Nota-se que aos termos linguísticos não apenas foi agregada reiteração por sinônimo ou quase sinônimo, mas também houve uma progressão de conotação afetiva, de convenções socioculturais. Assim, os referentes foram sendo construídos e reconstruídos.

Em todas essas produções textuais, o emprego dos referidos mecanismos permitiu ao leitor não apenas acompanhar o raciocínio do produtor do texto, mas também identificar os seus argumentos, ativar os vários conhecimentos, preencher lacunas e construir assim um sentido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito deste artigo foi apontar os mecanismos linguísticos utilizados na redação dos relatórios de sentenças cíveis selecionados, que culminaram em relações de sentido.

Os resultados das análises evidenciam que os elos de coesão são recursos linguísticos que, se bem empregados, trazem clareza e concisão ao texto e, bem por isso,

constituem-se recursos de cooperação à compreensão textual promissora ao leitor, neste caso, o jurisdicionado.

Os resultados corroboram a hipótese inicial do estudo: os relatórios de sentença judicial são constituídos de mecanismos coesivos linguísticos claros e concisos, para que possam ativar relações inferenciais de sentido igualmente eficientes.

Embora tentando afastar-se de si mesmo para **ver o texto na concepção do outro**, este analista ainda assim se sentiu sob a influência de uma complexa rede de fatores, como a especificidade da situação como analista, seu nível de conhecimento sobre a temática de cada ação judicial dos relatórios, suas expectativas de antemão sobre a decisão judicial que cada ação deveria receber, suas crenças, convicções, atitudes, até possibilidade de ler e reler várias vezes cada relatório, o que proporcionaria confirmação ou alteração de sentidos, entre outros.

Sendo assim, não é tão fácil ausentar-se de suas convicções para contemplar o texto com o olhar do outro.

Interessante mencionar que este pesquisador, em um dos relatórios (Texto 3, redigido em 1999), deparou-se com um termo, não mais usual, e precisou usar seu conhecimento de mundo para inferir sentido àquele termo dentro do relatório, considerado à época da redação.

Isso lembra, em proporção muito pequena, que um leitor da sociedade também passa por esta dificuldade ao ler um texto jurídico: ele encontra inúmeros elementos que não ativam seu conhecimento de mundo, forçando inferências, o que pode resultar em interpretação malsucedida.

Cabe ao magistrado, pensando no objetivo e no seu interlocutor, desenvolver os mecanismos linguísticos capazes de manter um equilíbrio entre a progressão textual e a retroação, possibilitando inferências que resultarão numa interpretação bem-sucedida.

Convém mais uma vez lembrar que este estudo abordou uma teorização mínima essencial, pertinente ao tema em questão, sem a pretensão de levantar controvérsias.

Do ponto de vista da aplicabilidade, este trabalho pode ser utilizado para fins didáticos, em especial a estudantes de Direito, bacharéis e a outros juízes em início de carreira, uma vez que o enfoque aqui desenvolvido pode contribuir para novas visões sobre o processo interpretativo entre os indivíduos.

Obviamente, o estudo dos elementos coesivos – Linguística Textual – nas produções textuais, como sentenças judiciais, não se esgota neste trabalho. Apenas para citar, há outros elementos coesivos e de progressão que podem ser estudados nos próprios relatórios ou nos dispositivos de sentença, e em situações em que se diz que a comunicação foi “malsucedida”, entre outros.

Assim, o objetivo foi alcançado e, guardadas as devidas especificidades e proporções, pode ser esta uma pequena contribuição de conexão entre Justiça e sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. – 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

APAMAGIS. **Sentenças, Decisões dos Juízes Vitaliciandos** [CD-ROM]. Revista dos Tribunais, 1998-2000. 1 CD-ROM, son., color.

ARRUDA, Geraldo Amaral. **A linguagem do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1996.

Dicionário Jurídico: **Academia Brasileira de Letras Jurídicas** / Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. - 11 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Redigindo a sentença cível**. 8 ed. rev., atual. e reform. – Elpídio Donizetti. – São Paulo: Atlas, 2017.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 22 ed. São Paulo: Contexto, 2016.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **O texto e a construção dos sentidos**. 9 ed. São Paulo: Contexto: 2007.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; ELIAS, Vanda Maria. **Escrever e argumentar**. São Paulo: Contexto, 2016a.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; ELIAS, Vanda Maria. **Ler e compreender os sentidos do texto**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2014b.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **A coerência textual**. 18 ed. São Paulo: Contexto, 2015.


MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Produção textual, análise de gêneros e compreensão**. São Paulo: Parábola, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Jane Rita Caetano da; FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Pragmática e Cognição: a textualidade pela relevância**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

**OS CAMINHOS PERCORRIDOS PELOS JUÍZES
VITALICIANDOS E AS DIFICULDADES
ENFRENTADAS NO INÍCIO DA MAGISTRATURA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SANTA CATARINA**

**Elaine Veloso Marraschi
Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva**



OS CAMINHOS PERCORRIDOS PELOS JUÍZES VITALICIANDOS E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NO INÍCIO DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

THE PATHWAYS WALKED BY THE JUDGES IN PROBATORY PHASE AND THE DIFFICULTIES ENCOUNTERED AT THE BEGINNING OF THE MAGISTRACY OF THE JUSTICE COURT OF THE STATE OF SANTA CATARINA

Elaine Veloso Marraschi ¹

Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva²

RESUMO

A fase de vitaliciamento é uma etapa obrigatória que, ao mesmo tempo, culmina os esforços para aprovação no concurso e marca o início da carreira da magistratura. O registro das experiências dessa fase é sobremaneira relevante para aferir o perfil dos novos magistrados, avaliar a efetividade do concurso e da fase de vitaliciamento. Para isso, foi realizada uma pesquisa entre os 26 novos juízes vitaliciandos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a fim de estudar as dificuldades enfrentadas por eles no início da magistratura. Muitas recomendações foram sugeridas, em resumo, mais tempo para a tomada de decisões; diversas sugestões foram apresentadas para o aumento da produtividade e são descritas no corpo do trabalho. As conclusões que mais se destacaram incluem a importância do Curso de Formação oferecido pela Academia Judicial, a necessidade de oferecimento de mais práticas nesse curso, a pressão por produtividade e a necessidade de trabalhar além do normal e em fins de semana para atingir as metas.

Palavras-chave: Recrutamento de Magistrados. Formação Judicial. Gestão Judiciária.

¹ Juíza Substituta e aluna do curso de pós-graduação em Direito e Gestão Judiciária da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e-mail: elainemarraschi@tjsc.jus.br

² Juiz de Direito e professor do curso de pós-graduação em Direito e Gestão Judiciária da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e-mail: cerf7996@tjsc.jus.br

ABSTRACT

The probatory phase is a mandatory step that, at the same time, culminates the efforts to pass the contest and marks the beginning of the judiciary's career. The record of the experiences of this phase is extremely relevant to assess the profile of the new magistrates, to evaluate the effectiveness of the contest and the preliminary contest's phase. For this, a survey was conducted among the 26 new judges of the Santa Catarina State Court of Justice, to study the difficulties they faced at the beginning of the judiciary service. Many recommendations were suggested, in short, more time for decision-making. Several suggestions have been made for increasing productivity and are described in the body of work. The most notable conclusions include the importance of the Judicial Academy Training Course, the need to offer more practice in this course, stress and the need to work beyond normal and on weekends to achieve the goals.

Keywords: Judges Recruitment. Judicial Training. Judicial Management.

1. INTRODUÇÃO

A magistratura, sem dúvidas, é uma das profissões mais exigentes e desafiadoras, pois, ao lado de uma árdua preparação dos profissionais, propõe-se a resolução dos conflitos em diversas e complexas batalhas judiciais.

Estudos estatísticos indicaram em torno de 18.000 (dezoito mil) juízes de direito em 2016, incluindo desembargadores e ministros, além de, contudo, apontarem um déficit de 19,8% de juízes de primeiro grau, percentual que chega a 22 %, em se tratando de justiça estadual³.

Para Bacellar (2013, p. 66), uma das causas desse déficit é o difícil processo de recrutamento e escolha dos juízes:

A exigência de três anos de comprovação de atividade jurídica, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, também é um fator inicialmente restritivo ao processo de seleção de magistrados. A opção do legislador, entretanto, é uma palavra de ordem no sentido de que quer juízes mais experientes, vocacionados e que

³ Há déficit de 19,8% de juízes no Brasil. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/ha-deficit-de-19-8-de-juizes-no-brasil/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

efetivamente tenham condições de suportar as grandes pressões decorrentes da responsabilidade de decidir. Decidir não é fácil. Opinar é fácil.

Em razão desse déficit, verifica-se que há oferta reprimida de novos juízes, seja pelo número inferior de aprovações ao de vagas oferecidas nos concursos, seja em razão de questões orçamentárias, que impedem a convocação de todos os juízes aprovados nos certames, ou mesmo a sua realização mais frequente. E, ainda assim, para aqueles que obtêm a almejada aprovação, no decorrer da atividade laboral, percebem-se, por vezes, níveis elevados de incidência de doenças profissionais e estresse laboral.

O exercício do cargo de juiz, além de exigir amplo conhecimento do direito para decidir os processos judiciais, também exige contínuos aprimoramento e atualização. Tal aspecto é ainda mais relevante com relação a juízes das pequenas comarcas devido à diversidade de matérias que aguardam uma decisão judicial. Esses juízes devem conhecer um pouco de cada especialidade, sob pena de não gerirem de maneira excelente a contenda judicial.

Quando a teoria fica associada à prática, fica mais fácil de conduzir eficientemente um processo. No entanto, a prática vem a ser obtida no decorrer do exercício da profissão, com todos os percalços e desafios que são inerentes e que precisam ser enfrentados.

Por outro lado, as decisões judiciais, por que não se dizer, também refletem o que mais se espera do operador do direito, a melhor aplicação da lei ao caso concreto, realizando a justiça em toda a sua plenitude. Enfim, somente aqueles que labutam nos meios judiciais sabem o quanto um juiz pode influenciar no destino de um cidadão, de uma criança, de uma família, de uma pequena empresa, de uma associação ou de um idoso. Tal perspectiva, aliada à carência de profissionais, que aumenta de maneira inversamente proporcional à grande demanda, gera cobranças excessivas e, conseqüentemente, o possível desenvolvimento de estresse laboral.

Neste sentido, os juízes que iniciam a carreira, em especial, após perpassarem um longo período de preparação para o concurso, enfrentam não somente a inexperiência de lidar com as situações conflituosas, mas também a insegurança quanto às designações mensais – que muitas vezes chegam a indicá-los para atuarem em três ou quatro comarcas simultaneamente –, a possibilidade de eventuais remoções, cobranças quanto à produtividade, distância de suas cidades natais, pouco tempo disponível para atualização, comarcas distantes da sede, o que demanda maior tempo de deslocamento, e as constantes avaliações do período de vitaliciamento. Por outro lado, quando logram a primeira promoção, assumem comarcas com vara única, com uma extensa gama de competências e, eventualmente, carentes de uma

gestão mais consolidada, pois não é incomum que essas varas permaneçam por um longo período sem juiz titular. Seria possível, assim, mesmo em início de carreira, o juiz substituto desenvolver algum estresse laboral?

Desse modo, os 26 (vinte e seis) juízes vitaliciandos que, incluindo a autora dessa pesquisa, percorreram um longo caminho para chegarem à plena condição de decidir processos judiciais, com os espíritos constantes de aprendizagem, necessitam aflorar para apreenderem, da melhor forma, os meios de se conduzir a uma gestão eficiente como juízes, aliando maior produtividade e qualidade das decisões judiciais a um menor nível de estresse laboral.

O presente estudo, portanto, objetiva pontuar a construção dessa primeira etapa da carreira dos juízes, através dos caminhos percorridos da fase de estudos até a posse no tão almejado cargo de juiz substituto, procurando identificar as maiores dificuldades e os maiores desafios dos novos magistrados no início de sua caminhada profissional.

Assim, pretendeu-se pesquisar, dentre os novos juízes, quais foram os caminhos percorridos até a aprovação, quais são as dificuldades encontradas nos primeiros meses nas varas onde atuam, qual o nível de estresse laboral a que se encontram submetidos, bem como questioná-los a indicarem sugestões, de maneira a diminuir as dificuldades encontradas e objetivando, assim, uma melhor eficiência na sua atuação jurisdicional.

2. MATERIAL, SUJEITOS E MÉTODOS

Apesar de não existir uma ampla bibliografia especializada que trate do assunto, foi efetuada pesquisa bibliográfica, por meio de livros, trabalhos científicos, teses, monografias e sites especializados em direito e em concursos, além da pesquisa de campo, este o principal norte do trabalho, que buscou registrar o momento vivido pelos 26 (vinte e seis) juízes vitaliciandos.

Na pesquisa foram adotados questionários, cujas perguntas tiveram por escopo os assuntos pertinentes à pesquisa. No questionário foi utilizado o site <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2013/09/como-criar-um-formulario-de-pesquisa-usando-o-google-drive.html> e enviado aos juízes no prazo previsto no cronograma do projeto de pesquisa.

Por meio do endereço citado a seguir, os questionários foram elaborados em <https://docs.google.com/forms/d/1XpMRQed9v7ZIYjgDBZ0gqC2LGyZu83KWn2wxmSjrPo0/edit>,

cujas respostas foram transformadas em tabelas, e os percentuais das respostas foram obtidos.

A população-alvo foi composta de 26 (vinte e seis) juízes recém-nomeados, incluindo a primeira autora da presente pesquisa, que atuam nas diversas comarcas do estado de Santa Catarina, desde 2018.

A metodologia seguida levou em conta a revisão bibliográfica, consultando livros, trabalhos científicos e sites especializados em direito e em concursos, conforme já foi relatado anteriormente.

Além disso, esperava-se que os 26 (vinte e seis) juízes emitiriam suas opiniões, respondendo às perguntas formuladas, cujas respostas foram tabuladas e apresentadas por meio de gráficos e, a seguir, discutidas para a conclusão da pesquisa, a qual será exposta por meio de um trabalho científico. Dos 26 (vinte e seis) juízes, 24 (vinte e quatro) responderam ao questionário.

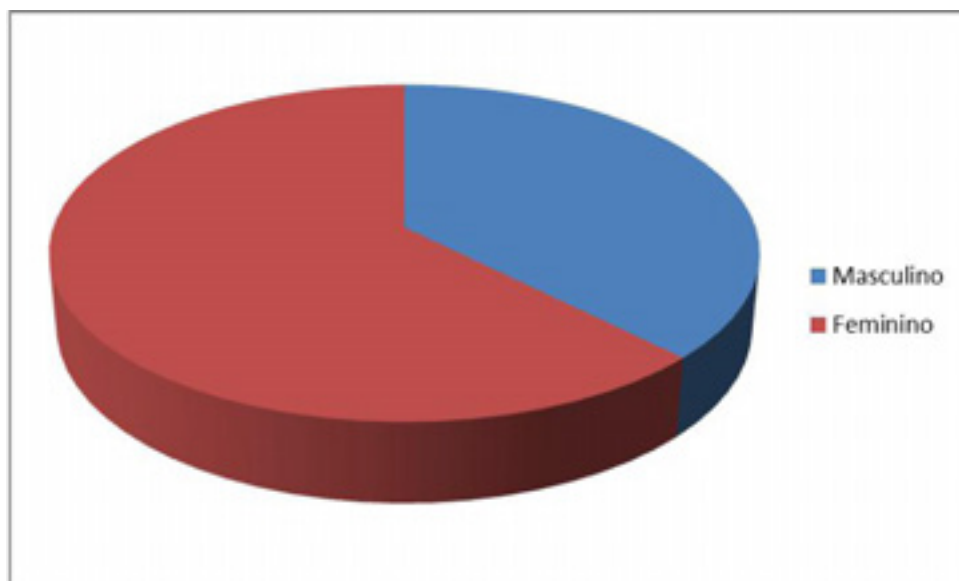
As perguntas foram formuladas para alcançar os objetivos geral e específicos contidos no projeto e seguiram as recomendações descritas por Batista; Batista (2010), como preservação do anonimato, perguntas claras e objetivas, perguntas não constrangedoras e não tendenciosas, entre outros cuidados citados pelos autores.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na presente pesquisa foi utilizada a ferramenta Google Drive para a elaboração de um questionário, com o retorno por esse mesmo instrumento das respectivas respostas dos vinte e quatro participantes, de um universo de 26 juízes ($24/26 = 92,31\%$), praticamente quase todo o universo, cujo questionário e as respostas individuais e totais, foram estudados e apresentados por meio de gráficos.

Dos resultados obtidos, verifica-se que 62,5% (15/24) dos novos juízes são do sexo feminino, conforme observa-se em Gráfico 01. Assim, percebe-se o fenômeno do crescimento da participação das mulheres em diversas profissões e que vem sendo observado nas últimas décadas, como é público e notório, pois as mulheres hoje disputam com o sexo oposto o mercado de trabalho, que antes era de ocupação predominante do sexo masculino. Em abril de 2016, dos 62 desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, somente 7 ($7/62 = 11,29\%$) eram do gênero feminino e, dos 30 juízes de direito do segundo grau, somente 5 (16,67%) eram desse gênero (WIKIPÉDIA – a enciclopédia livre, 2019).

Gráfico 01. Quantidade de novos juízes no estado de Santa Catarina, segundo o gênero.



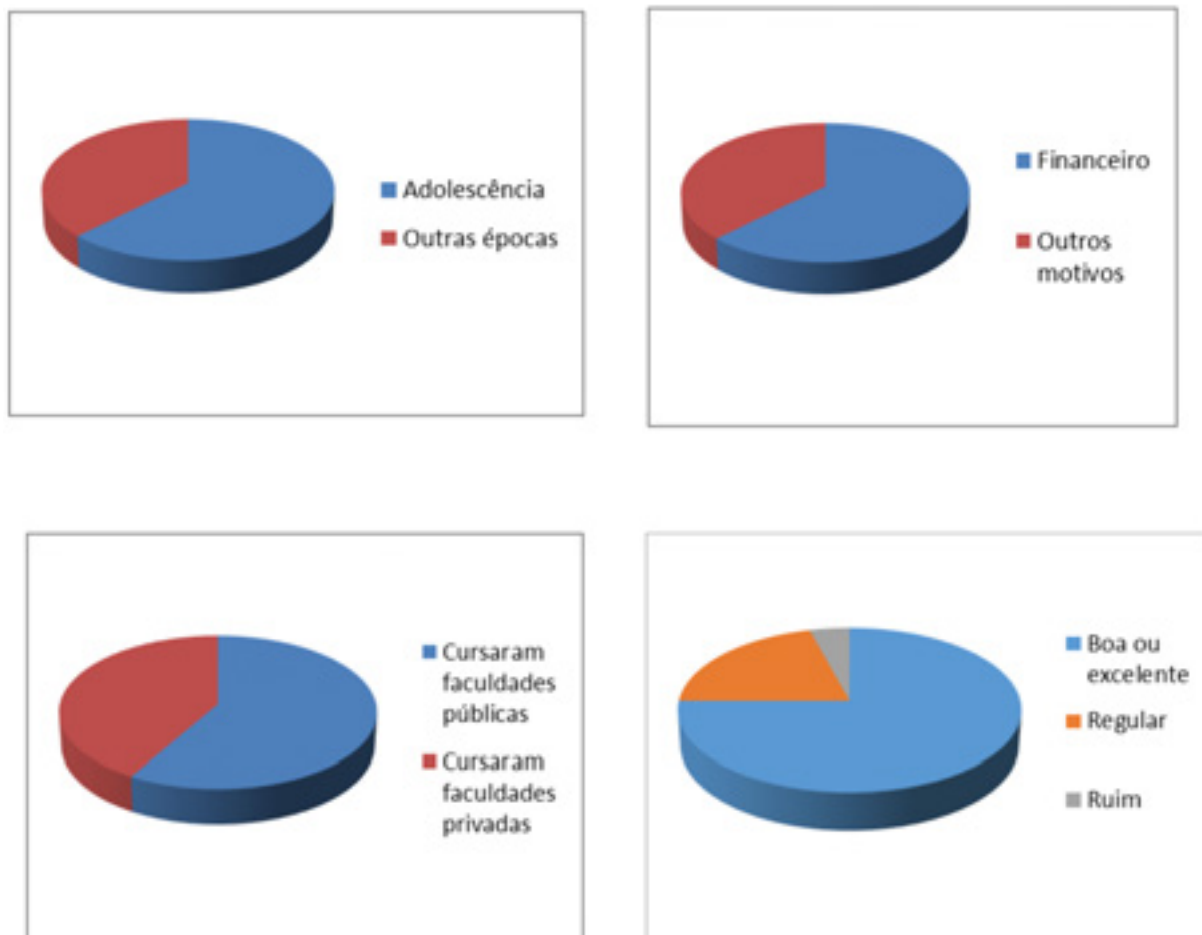
Dos resultados, foi observado que 62,5% se interessaram pela área do direito na adolescência; 62,5% se interessaram pela área jurídica por motivos financeiros; 58,3% estudaram em faculdades públicas e 62,5% consideraram suas faculdades cursadas como boas.

Somente 8,3% dos participantes acharam que as faculdades e os respectivos corpos docentes são muito importantes para lograrem sucesso na aprovação de concurso.

Os três fatores que mais contribuíram na aprovação do concurso foram sites específicos, livros e apostilas e simulados; a maioria estudou em torno de 4 horas/dia; mais de 50% dos candidatos levaram até 6 anos para serem aprovados neste concurso depois de graduados; a maioria nunca pensou em desistir de estudar para concurso público.

Pelo Gráfico 02, apresentado a seguir, pode-se constatar que os percentuais obtidos dos novos juízes do Estado de Santa Catarina nesse período estudado são superiores a 50% em relação ao interesse pela área do direito, predominante o período da adolescência; o motivo desse interesse foi financeiro, a maioria frequentou faculdades públicas e as faculdades de direito, na maioria, foram consideradas como boas.

Gráfico 02. Quantidade de juízes que informaram em que época se interessaram pela área do direito; dos motivos que os levaram a optar por esta área; tipo de faculdade frequentada e classificação das faculdades de direito cursadas.



Holland (1997) propôs um modelo tipológico de personalidades vocacionais que tem dominado a pesquisa sobre interesses nos últimos 20 anos. Dentre os diversos tipos, o autor denominou o tipo convencional, nos quais os que tendem para carreiras profissionais onde preferem a manipulação ordenada e sistemática de dados e evita situações livres e exploratórias. O adepto a essas carreiras tende a conformar-se às normas e valores culturais vigentes. Nesse sentido, é descrito como metódico e disciplinado. Os resultados das pesquisas apresentam correlações entre interesse convencional e o traço de escrupulosidade, que significa confiabilidade, organização, ambição e disciplina (BLAKE; SACKETT, 1999). Em termos de comportamentos de carreira, o traço de escrupulosidade foi associado à disciplina e produtividade no trabalho (ONES; VISWESVARAN, 1997). Amabile *et al.* (1994) sugeriram

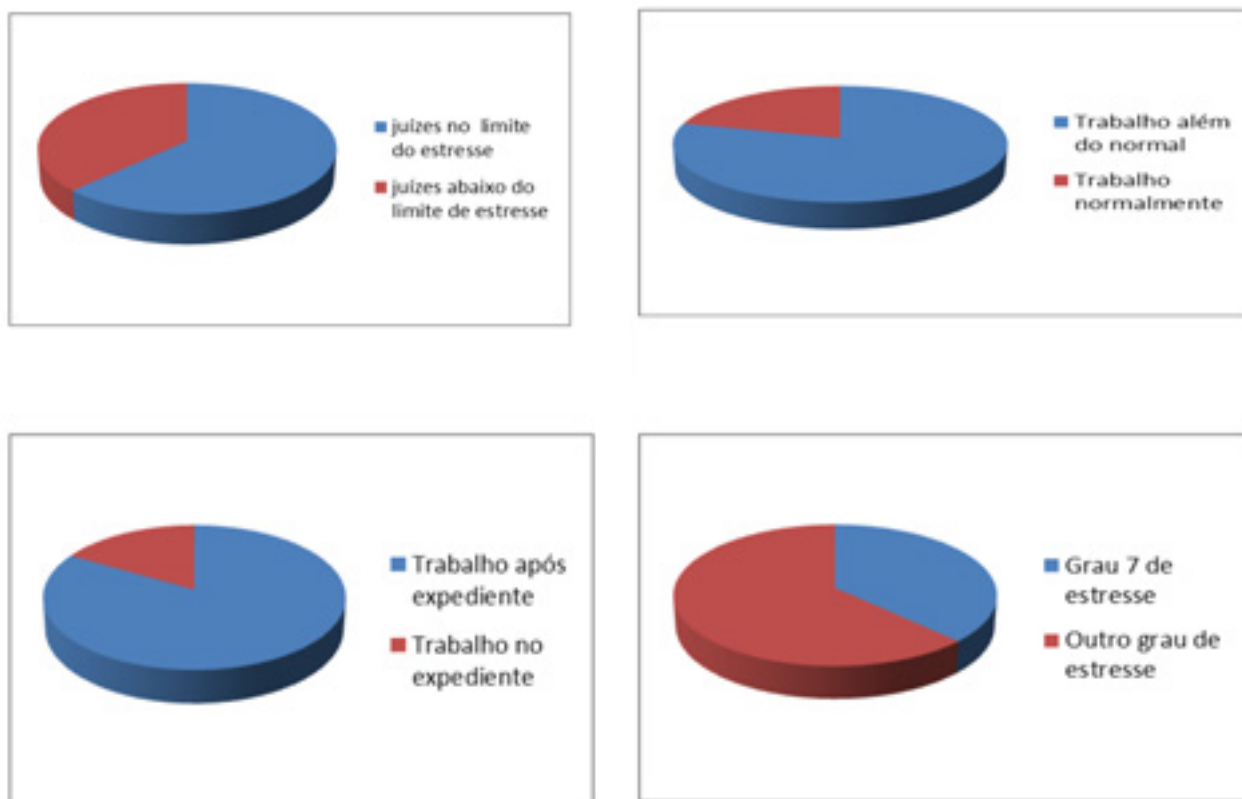
que tipos empreendedores e convencionais, em contraposição a investigativos, artísticos e sociais, sejam mais orientados para as gratificações extrínsecas do trabalho, tais como salário, benefícios e *status*.

E essas características apresentadas pelos autores descritas no parágrafo anterior se encaixam nos participantes do presente estudo, pois eles se interessaram pela área jurídica por motivos financeiros; são disciplinados, porque estudaram em torno de 4 horas/dia; são persistentes, tendo em vista que 50% deles continuaram seus estudos por até 6 anos para obterem sucesso no presente concurso; não se abateram, porque somente 8,3% deles entendem que os professores e as faculdades foram importantes na aprendizagem e, por último, a maioria não pensou em desistir.

Embora ainda iniciantes na carreira, chega-se à conclusão de que o estresse acompanha os participantes, haja vista que 62,5% sentiram-se praticamente no limite do estresse até a última prova deste concurso.

Ao questioná-los sobre tal assunto já no exercício da atividade, 79,2% afirmaram que trabalham além do normal para que as metas sejam atingidas e somente 8,3% informaram que as metas não são atingidas; 83,3% informaram que trabalham além do expediente, bem como nos finais de semana, para que as metas sejam atingidas. Com relação ao grau de estresse, em uma tabela de 1 a 10, sendo esse o valor máximo, o resultado foi grau 7, com 37,5% dos casos (Gráfico 03). Para redução do grau de estresse, muitas recomendações foram sugeridas, em especial, mais tempo para a tomada de decisões. Diversas sugestões foram apresentadas para o aumento da produtividade e são descritas no corpo do trabalho, além de estarem disponíveis no endereço já mencionado.

Gráfico 03. Quantidade de juízes que se sentiram no limite de estresse até a última prova do concurso; quantidade dos que trabalham além do normal para atingirem as metas; quantidade dos que trabalham além do expediente; grau de estresse a que se encontram submetidos após o exercício da atividade jurisdicional.



Pelo Gráfico 03 pode-se verificar que percentuais elevadíssimos dos novos juízes trabalham além do normal e após o expediente para que as metas sejam atingidas, bem como um percentual muito significativo desses novos juízes encontra-se praticamente no limite do estresse, sendo o grau de estresse 7 predominante entre eles.

Lipp; Tanganelli (2002) estudaram o *stress* e a qualidade de vida em magistrados da Justiça do Trabalho, apresentando diferenças entre homens e mulheres. Segundo os autores, o estresse ocupacional é tema frequente nas pesquisas atuais. Estudaram o estresse ocupacional de magistrados da Justiça do Trabalho, níveis de qualidade de vida, fontes de estresse e estratégias de enfrentamento. Setenta e cinco juízes responderam aos questionamentos, os quais foram enviados por meio da associação de classe. O grupo avaliou seu estresse em 8, em uma escala de 0 a 10, não diferindo praticamente dos achados na presente pesquisa, a qual constatou que cerca de 79,1% dos juízes apontaram notas de 7 a 10, em uma escala de 1 a 10.

Segundo os autores, os estressores mais frequentes foram sobrecarga de trabalho e interferência do trabalho na vida familiar. Os participantes da pesquisa apontaram que trabalham em excesso e, para atingirem as metas estabelecidas, a parte laboral estende-se até aos finais de semana. Aliás, a sobrecarga de processos a serem julgados é um dos fatores estressantes, como observado em juízes americanos (NALINI, 1992; ZIMMERMAN, 1981).

Nesse sentido, os dados obtidos na presente pesquisa são concordantes com os relatados pelos autores anteriormente epigrafados, haja vista que 79,2% trabalham além do normal para que as metas sejam atingidas, labutando além do expediente e em finais de semana, o que, provavelmente, influencia na vida familiar desses juízes.

O trabalho de levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através de um questionário respondido por mais de 4 mil magistrados de todas as instâncias do Poder Judiciário, durante o ano de 2018, (https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf), intitulado “Quem somos. A magistratura que queremos”, teve como um dos objetivos traçar o perfil dos juízes brasileiros, realizando perguntas não somente quanto a aspectos relacionados ao trabalho, mas também sobre a vida pessoal e pregressa desses juízes.

A pesquisa do CNJ, em particular, também abordou tal temática e questionou os magistrados se, além do ambiente de trabalho, costumam analisar os processos em casa (questão 146), na qual obteve a resposta afirmativa de 55,1% dos magistrados de primeiro grau e 63,3% dos magistrados de segundo grau, que confirmaram que o fazem frequentemente.

No evento de apresentação do resultado, realizado em 11 de fevereiro de 2019, (<https://www.editorajc.com.br/amb-apresenta-resultados-da-pesquisa-quem-somos-a-magistratura-que-queremos/>), abordou-se um dos enfoques tratados na referida pesquisa, que foi, justamente, o estresse no ambiente laboral. A afirmação de que “atualmente os magistrados estão mais estressados do que no passado” teve a concordância de quase 97% dos magistrados de primeiro grau e de quase 94% dos magistrados de segundo grau. Já quanto à afirmação de que “os casos de depressão, síndrome do pânico e crises de ansiedade são mais frequentes hoje do que há dez anos”, teve a concordância de 95% e 88,4% dos juízes, respectivamente. Por último, mais de 96% dos magistrados concordaram que “o aumento da litigiosidade e a conseqüente ampliação da atividade dos magistrados exige uma política voltada para a saúde do magistrado.”⁴

⁴ Ver também: COSTI, C. G. *Fatores de risco e proteção à saúde do juiz de direito*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/176666>. Acesso em: 02 set. 2019.

Foi direcionada a esses magistrados, ainda, questão específica quanto à procura por intervenção médica, psicológica ou psiquiátrica por problema ou dificuldade emocional ou psíquica após o ingresso na magistratura (questão 163), na qual o expressivo número de 47,7% dos juízes de primeiro grau respondeu afirmativamente.

Lazarus; Lazarus (1994) informaram que a sobrecarga de trabalho, causada pela designação de muitas tarefas com prazos curtos para sua execução e com muitas interrupções, são fatores estressantes relacionados ao *stress* ocupacional. E, nesse contexto, os participantes já informaram que há sobrecarga de trabalho e muitas tarefas, incluindo diversas áreas de atuação dos jovens juízes, inclusive no tocante à parte administrativa que, segundo relataram, é responsável por ocupar preciosos períodos do horário de trabalho.

Nesse contexto, pode-se traçar um paralelo quanto ao juiz no início de sua atividade judicante, primeiramente na função de juiz substituto, que deve ser exercida no mínimo por 6 meses e, após, como juiz titular de comarca de entrância inicial. No período de resposta ao questionário desta pesquisa, cerca de 7 dos 26 juízes já estavam promovidos à comarca de entrância inicial, ao passo que 19 ainda permanecem na função de juízes substitutos. Voltando-se ao resultado obtido, a maioria dos vitaliciandos afirmou, em uma escala de 0 a 10, que o seu estresse alcançou nível 7, em apenas poucos meses de atuação jurisdicional.

Questionados sobre o que ajudaria a reduzir o grau de estresse, a maioria enfatizou a necessidade de uma carga de trabalho mais adequada, pois o volume de trabalho é excessivo. Ainda, uma das dificuldades encontradas, é justamente a necessidade de atingimento de metas, o que, segundo os colegas, é extremamente desgastante.

A propósito, a necessidade de atingimento de metas é a realidade de quase todo o Poder Judiciário. Não diferente, o Estado de Santa Catarina, em específico, no ano de 2018 recebeu o número de 789.166 casos novos, além dos 3.234.602 casos já pendentes. E para dar andamento a estes processos, contou com o número de apenas 509 magistrados em exercício. Tais números foram obtidos no trabalho do CNJ, “Relatório Justiça em Números 2019” (https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf), “relatório estatístico produzido e publicado anualmente, que agrega todas as informações acerca de estrutura, gestão judiciária, dados relativos à litigiosidade e aos gargalos de eficiência, o tempo de tramitação médio dos processos segundo sua natureza, e demandas mais recorrentes na Justiça.” (p. 5)

Para isso, muitos afirmam que a quantidade de carga horária semanal não é suficiente, em uma rotina de trabalho normal, para o atingimento das metas necessárias. Não somente pelo número de processos pendentes, mas pela realidade do juiz iniciante, que

possui diversos desafios pela frente: inexperiência, complexidade de matérias, preocupação com a produtividade e com as constantes avaliações, pouco pessoal de apoio e muito, muito trabalho. Mesmo os que são logo promovidos para a entrância inicial deparam-se com comarcas pequenas, algumas com pouca estrutura e longo período sem juiz titular, o que demanda também uma atenção especial à gestão administrativa da vara e à gestão de pessoas.

Lipp; Tanganelli (2002) enfatizam essa peculiaridade (p. 540):

O juiz de primeiro grau da Justiça Comum – bem como dos demais ramos da Justiça – inicia sua carreira como juiz não vitalício, cumprindo um período probatório de 2 anos, usualmente em uma comarca de menor importância situada no interior do estado. Nessas condições, ele se encontra exposto a uma multiplicidade temática, exercendo judicatura penal, cível, administrativa, e, em alguns casos menos frequentes, matérias federal e trabalhista – 65,5% dos juízes adquiriram vitaliciedade em juízos únicos, onde são julgados feitos de toda natureza. Sua confirmação como juiz vitalício depende, pelo menos em tese, da aferição do seu bom desempenho durante esses dois primeiros anos de atividade. Especialmente nessas pequenas comarcas, mais do que viver um processo solitário em que ele internaliza os papéis descritos e esperados da sua profissão, o juiz tem a sua experiência dramatizada pelo desenraizamento e pelo isolamento cultural e social – 49,4% adquiriram vitaliciedade em comarcas de primeira instância. Para os juízes de segundo grau concursados, o tempo médio de permanência como juiz vitalício de primeiro grau situa-se em 16,3 anos.

Todos os participantes começaram recentemente a decidir processos judiciais e, como é de se esperar, ainda não têm a experiência dos juízes mais antigos na carreira, levando-os a um grau estressante, diante das dificuldades encontradas e da cobrança por produtividade, e isso vem ao encontro de Rogers; Freemant; Lesage (1991), os quais informaram que o próprio ato de julgar foi identificado como um estressor de grande impacto.

Por outro lado, Eells; Showalter (1994) relatam que há conflitos entre valores profissionais e pessoais e, conseqüentemente, isso gera, também, grau de estresse. No entanto, na presente pesquisa, felizmente nenhum participante relatou esse tipo de conflito como um fator estressante.

Questionados por sugestões para melhoria da produtividade, diminuir a possível insegurança ou dificuldade ao prolatar decisões, melhorar a gestão administrativa da unidade em que atua, um dos participantes destacou com excelência:

Acredito que a produtividade está aliada a uma equipe afinada com o gestor, situação que, no período de substituição, dificilmente é alcançada, não permitindo

que se crie a confiança necessária na assessoria. Quanto à gestão administrativa, penso que muito dela vem com o tempo, podendo ser aumentada caso houvesse maior aporte da experiência de colegas. De uma maneira geral, portanto, até que haja uma titularidade, a falta da criação de rotinas de trabalho e de uma continuidade da gestão impede que o magistrado tenha a tranquilidade necessária para aliar produção com qualidade. Por último, há perfis de magistrados diferentes, o que jamais deveria ser menosprezado: há aqueles que prezam por um trabalho mais artesanal e estudado, enquanto outros são muito mais flexíveis. Alguém do primeiro perfil, naturalmente sempre com bom senso para não prejudicar uma Unidade, terá maiores dificuldades para lidar com a produção diante de uma situação inicial de carreira que não permite ter o tempo e uma equipe que compartilhe de suas preocupações.

Em especial, os colegas foram questionados se conseguem aliar boa produtividade à qualidade na prestação jurisdicional. Metade dos participantes (50%) afirmou que somente o consegue às vezes; já 41,7% afirmam que sim. Foram também questionados se conseguem estudar a jurisprudência atualizada ou se dedicam-se a estudar alguma disciplina de sua preferência e que seja importante para realizar as tarefas diárias. Apenas 4,2% apontaram que sim, o que é preocupante, já que, devido à inexperiência e complexidade de matérias de atuação, a possibilidade de manutenção dos estudos é tão importante quanto o próprio exercício da atividade jurisdicional.

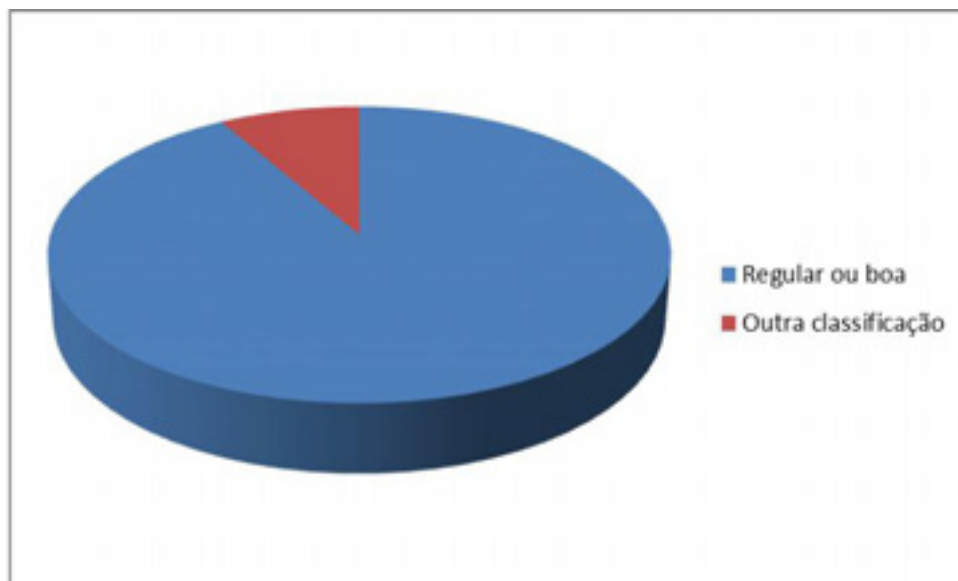
Um dos colegas afirma que:

O aumento da produtividade poderia ser alcançado através de maior tempo em gabinete para solucionar e triar os processos. Insegurança ou dificuldade para prolatar as decisões poderiam ser combatidas com cursos de atualização e aperfeiçoamento técnico.

Neste ponto, a Academia Judicial oferece a todos os magistrados catarinenses cursos de capacitação nas mais diversas áreas, que são uma valiosa ferramenta para a atualização e especialização dos juízes, que muitas vezes permanecem todo o tempo útil em seus gabinetes proferindo decisões, e não têm a possibilidade de se dedicarem a cursos de reciclagem.

Com relação ao curso de Formação Inicial de Magistrados oferecido pela Academia Judicial, 91,7% consideraram como regular ou boa a importância desse curso para a tomada de decisões administrativas e judiciais em suas varas (Gráfico 4).

Gráfico 04. Quantidade de novos juízes no Estado de Santa Catarina que consideraram como regular ou boa a importância do curso oferecido pela Academia Judicial.



Analisando o Gráfico 04 pode-se verificar que quase todos os questionados atribuíram importância ao curso em suas tomadas de decisões, tanto administrativas quanto judiciais. Para tornar ainda mais eficiente o curso oferecido pela Academia Judicial, a maioria manifestou opinião de que o curso fosse menos extenso, mas com mais prática; 25% dos participantes informaram que se sentem seguros para a tomada de decisões na parte administrativa necessária, ao passo que esse percentual cresce para 70,8% na parte judicial. Todos informaram que pesquisam para julgarem ou decidirem sobre os processos, dos quais 83,3% disseram que essa pesquisa é de mais ou menos; a maioria informou que se sente mais confortável para atuar nas áreas cível, criminal e de juizados especiais e, com relação a esse grau de conforto, a maioria informou que são as áreas que mais se identificam e/ou que já atuaram antes do ingresso na magistratura.

Com referência a esses resultados, destaca-se o reconhecimento da importância do curso de formação inicial de magistrados, oferecido pela Academia Judicial, precedido ainda do curso ministrado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), direcionado a todos os iniciantes da carreira da magistratura. Nesse aspecto, a maioria dos participantes, conforme colocado, enfatizou a necessidade de maior foco na prática forense, com a aplicação de menos teoria.

De fato, percebe-se que o curso, embora rico em informações cotidianas necessárias ao exercício da magistratura e com um corpo docente de excelência, tem a maioria da carga horária concentrada em atividades em sala de aula. Por um lado, é de se reconhecer que

a teoria deve, sim, estar presente, principalmente com relação às mais diversas áreas de atuação do juiz de comarca inicial, já que pode se deparar com questões cotidianas ou mais específicas que envolvem direito de família, direito penal, tributário, cível, dentre outros, o que demanda uma maior atenção às mais diferentes gamas de matérias e de suas peculiaridades. Todavia, por outro lado, não se pode negar a insegurança que atinge os juízes no início de carreira, que não somente saem dos livros de estudo e deparam-se com uma intensa jornada de responsabilidades, com necessidade de decisões rápidas e eficientes, mas ainda pela inexperiência que, por óbvio, está presente em quase a totalidade dos juízes que ingressaram na carreira pelo último concurso.

Desta forma, as atividades práticas podem ser mais enfatizadas, talvez com a aplicação de mais trabalhos e casos concretos, que explorem a criatividade, perspicácia e atenção dos juízes vitaliciandos, com vistas a possibilitar uma maior identificação com o campo efetivo de atuação, seja na área judicial ou administrativa.

No campo da atuação administrativa, não se pode olvidar que é atividade não mais dissociável das funções diárias exercidas pelo juiz, principalmente a aquele que exerce a titularidade de comarca de entrância inicial, já que acumula, ainda, a função de diretor do foro.

Slaibi Filho (2016, p. 46) lembra que é muito comum, em razão da carência de quadros, que juízes sejam promovidos ainda durante o período de vitaliciamento. Muitas são as atividades a serem realizadas, não somente quanto a aspectos de gestão de gabinete, cartório, serviços extrajudiciais, de manutenção do prédio, de compra de materiais, etc., mas também quanto à gestão de pessoas.

Observa-se a dificuldade enfrentada pelos juízes no tocante à gestão administrativa, o que foi citado em diversas respostas. Não foram apontadas dificuldades somente com relação à gestão da respectiva vara ou do Fórum, mas também quanto a aspectos relacionados ao próprio juiz no trato com os departamentos administrativos do Tribunal de Justiça.

Destacam-se algumas sugestões apontadas, com vistas à otimização de tempo e de melhoria na segurança das decisões:

Redução/eliminação/facilitação das fases dos trâmites administrativos necessários ao exercício da atividade (ex.: designações; portarias; requerimentos funcionais; otimização da ferramenta e-mail; requerimentos de diárias/prestações de contas etc.).

Quanto à gestão administrativa da unidade em si, seria interessante a disponibilização de aulas mais abrangentes e práticas sobre assuntos corriqueiros da direção do foro, como tipos de prestação de contas dos cartórios extrajudiciais, procedimentos de consulta e suscitação de dúvida, atribuições da secretária do

foro, etc. Quanto à organização dos servidores, aulas com informações a respeito da composição das unidades judiciais (tipos e números de cargos de cada vara, funções, etc.).

Importante ressaltar a última sugestão acima mencionada, já que muitos dos novos juízes não são naturais do Estado de Santa Catarina ou mesmo nunca trabalharam no Poder Judiciário. A possibilidade de se atribuir uma parte da carga horária à organização da carreira dos servidores, composição das unidades judiciais e atividades relacionadas aos cartórios extrajudiciais seria de grande valia por garantir maior segurança na tomada de decisões administrativas.

Por último, não menos importante, destaca-se que a realização de audiências é a maior preocupação dos juízes iniciantes, tendo em vista a ausência de tal prática nos outros ramos de atuação do direito. O que refletiria em um importante auxílio na preparação dos novos juízes é a aplicação de mais práticas de audiência, ou participando efetivamente dessas atividades durante determinado horário do curso ou mesmo atribuindo maior carga horária na fase do curso em que todos passam pelas diversas varas da Região Metropolitana.

Tratando ainda da experiência profissional, interessante o resultado obtido com relação às áreas preferenciais de atuação, já que foi contrário ao que naturalmente se pode imaginar, ou seja, muitos deparam-se com a ideia de que, quanto mais se estuda para o concurso, mais há identificação com determinado assunto ou área de atuação. Todavia, percebe-se que a maioria dos juízes se sente mais confortável com as áreas mais escolhidas (cível, criminal e juizados especiais) porque ou mais se identificam ou mais atuaram na área antes do ingresso na Magistratura. Em contrapartida, questionados sobre o motivo da escolha das matérias em que se sentem menos confortáveis, a maioria dos participantes (33,3%) afirma que não atuou na área após a posse e 25% justificaram que não possuem experiência anterior.

Percebe-se que tal resultado reforça ainda mais a necessidade de atenção maior quanto às atividades práticas durante o período de preparação, pois não se pode negar que a prática forense, seja na advocacia ou no exercício de cargo público, é uma das maiores armas de preparo do operador do direito tanto no aspecto técnico quanto no aspecto prático. Não poderia ser diferente quando do ingresso na carreira da magistratura, pois o maior exercício prático de determinada atividade, seja na realização de audiências seja nas decisões, é, sem sombra de dúvidas, uma ferramenta que traz maior segurança para o juiz que deseja a melhor prestação da atividade jurisdicional.

A respeito das varas que se encontram atualmente ou que mais atuaram, 66,7%

responderam que têm funcionários, assessores e estagiários suficientes, de modo que a produtividade possa ser alcançada com facilidade; 41,7% responderam que conseguem aliar produtividade à qualidade na prestação jurisdicional, 50% às vezes e somente 8,3% responderam negativamente.

Importante destacar o resultado do questionamento quanto à estrutura das unidades judiciárias de atuação desses juízes, já que a maioria afirma que possui um corpo suficiente de assessores, servidores e estagiários, o que é um bom indicativo de que o esforço da Administração do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para a reposição de pessoal está surtindo o efeito desejado, embora os juízes substitutos não contem com o cargo de segundo assessor, criado em 2018, e que recentemente foi distribuído para todas as varas do Estado. Inclusive, a disponibilização de segundo assessor aos juízes substitutos foi uma das sugestões apresentadas na presente pesquisa.

No mais, ainda sim é necessária maior atenção com a distribuição dos cargos de servidores nas mais diversas serventias que ainda não foram contempladas com o número proporcional à demanda dessas varas, tendo em vista a diversidade de comarcas que compõem o Tribunal de Justiça e as realidades de cada região.

Com relação à qualidade da prestação jurisdicional, preocupa o resultado obtido, uma vez que metade dos participantes afirmou que somente às vezes consegue aliar produtividade à qualidade na prestação jurisdicional. Isso demonstra que a necessidade de produzir e de atingir as metas atinge diretamente a qualidade da prestação do serviço e das decisões judiciais. Algumas sugestões foram apontadas pelos colegas: “gestão do gabinete, com a elaboração e bons modelos e treinamento de servidores. Ademais, reservar um tempo do dia para estudo”, “aliar a atividade jurisdicional com outras práticas fora do trabalho”, “tempo para qualificar a equipe e se aperfeiçoar”, “mais tempo para aperfeiçoamento, menos questões burocráticas para gerir”, “acredito que seria melhor que as designações mensais devessem contemplar, em regra, apenas uma unidade”.

Verifica-se, assim, uma preocupação comum com a qualidade e a efetividade da jurisdição, aspectos que estão cada vez mais a ceder espaço diante da pressão por celeridade e produtividade, que marcam não apenas o trabalho judicial, mas também tantos outros campos de atividade nos dias atuais. É preciso um Judiciário forte, que tenha “condições de resolver os desafios que lhe são postos, sem ingerência de outros poderes” (PETERMANN, 2016, p. 170).

Para isso, é crucial direcionar atenção não apenas para a seleção, mas principalmente para a formação inicial e permanente dos juízes, de modo a dotá-los das competências e

saberes necessários para a solução dos problemas cada vez mais complexos da sociedade, sem descuidar da preocupação com a saúde e qualidade de vida desses profissionais, o que deve estar presente desde o início da atividade judicante e repercutirá, certamente, em uma constante melhoria da prestação jurisdicional a médio ou a longo prazo.

4. CONCLUSÃO

Foi realizada uma pesquisa entre os 26 novos juízes vitaliciandos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, incluindo a autora da pesquisa, para estudar as dificuldades enfrentadas por eles no início da magistratura. Foi utilizada a ferramenta Google Drive para a elaboração de um questionário, com o retorno por esse mesmo instrumento das respectivas respostas dos vinte e quatro participantes, de um universo de 26 juízes (24/26 = 92,31%), praticamente quase todo o universo, cujo questionário e as respostas individuais e totais foram estudados e apresentados por meio de gráficos.

Dos resultados obtidos, verifica-se que 62,5% dos novos juízes são do sexo feminino; 62,5% se interessaram pela área do direito na adolescência; 62,5% se interessaram pela área jurídica por motivo financeiro; 58,3% estudaram em faculdades públicas, 62,5% consideraram suas faculdades cursadas como boas; somente 8,3% dos participantes acharam que as faculdades e os corpos docentes são muito importantes para lograrem sucesso na aprovação de concurso.

Os três fatores que mais contribuíram na aprovação do concurso foram sites específicos, livros e apostilas e simulados; a maioria afirmou que estudou em torno de 4 horas/dia; mais de 50% dos candidatos levaram até 6 anos para serem aprovados neste concurso depois de graduados; a maioria nunca pensou em desistir de estudar para concurso público; 62,5% sentiram-se praticamente no limite do estresse até a última prova deste concurso; 91,7% consideraram como regular ou boa a importância do curso oferecido pela Academia Judicial para a tomada de decisões administrativas e judiciais em suas varas.

Para tornar ainda mais eficiente o curso oferecido pela Academia Judicial, a maioria foi de opinião que o curso fosse menos extenso, mas com mais prática; 25% dos participantes informaram que se sentem seguros na tomada de decisões na parte administrativa necessária, e esse percentual cresce para 70,8% na parte judicial.

Todos informaram que pesquisam para julgarem ou decidirem sobre os processos, dos quais 83,3% disseram que essa pesquisa é de mais ou menos; a maioria informou que se

sente mais confortável para atuar nas áreas cível, criminal e juizados especiais e, com relação a esse grau de conforto, a maioria informou que são as áreas que mais se identificam e/ou que já atuaram antes do ingresso na magistratura.

Cerca de 79,2% trabalham além do normal para que as metas sejam atingidas e somente 8,3% informaram que as metas não são atingidas; 83,3% informaram que trabalham além do expediente, bem como nos finais de semana, para que as metas sejam atingidas; 66,7% responderam que as varas em que se encontram atualmente ou em que mais atuou têm funcionários, assessores e estagiários suficientes, de modo que a produtividade possa ser alcançada com facilidade; 41,7% responderam que conseguem aliar produtividade à qualidade na prestação jurisdicional, 50% às vezes e somente 8,3% responderam negativamente.

Com relação ao grau de estresse, em uma tabela de 1 a 10, sendo esse o valor máximo, a maioria apontou grau 7, com 37,5% dos casos; para redução do grau de estresse, muitas recomendações foram sugeridas.

Depois da apresentação dos resultados obtidos em termos percentuais, o objetivo da pesquisa foi alcançado, pois foi possível traçar características dos novos juízes, diante das respostas apresentadas por eles. Mostrou-se a predominância do sexo feminino e o interesse pela carreira de direito já na adolescência. A maioria estudou em faculdades públicas e, na fase de preparação para concursos, estudaram em torno de 4 horas/dia até alcançarem a aprovação para a magistratura do Estado de Santa Catarina. A média de tempo de estudos até a aprovação foi de até 6 anos e a maior parte dos entrevistados afirmou não ter pensado em desistir dos objetivos traçados, sendo que a base de apoio de seus estudos foi acesso a sites específicos, livros e apostilas, bem como a realização de simulados.

Depois de empossados, tiveram oportunidade de aprimorar seus conhecimentos por meio de curso de especialização oferecido pela Academia Judicial, que foi considerado como bom, porém, houve sugestões de que deveria ser menos extenso e de que deveria dispor de mais atividades práticas. Os conhecimentos adquiridos nesse curso de especialização serviram como fios condutores nas tomadas de decisões tanto na parte administrativa quanto judicial.

Os candidatos apontaram como mais confortáveis as áreas cível, criminal e de juizados especiais e informaram que isso se deve à maior identificação com a matéria e o exercício de atividades jurídicas nessas áreas, seja na carreira ou mesmo antes do ingresso no cargo, o que vai ao encontro da necessidade de mais atividades práticas no período de preparação que antecede a atividade jurisdicional.

Destaca-se que praticamente todo o universo dos participantes não desistiu

de estudar para concurso, o que significa que o período de preparação foi contínuo. Em consequência, a maioria dos juízes encontrou-se no limite do estresse até a última prova do concurso (prova oral) e, conforme se verifica nos resultados obtidos, ainda permanecem em alto nível de estresse após o exercício da atividade jurisdicional, tendo em vista a necessidade de atingimento de metas e de resolução de inúmeras questões administrativas, aliados à inexperiência profissional. Pode-se dizer que o juiz iniciante, assim como os que já exercem a atividade há mais tempo, já alcança índice significativo de estresse laboral, o que deve ser trabalhado para o futuro, com a finalidade de se evitar problemas de saúde ainda no início da carreira.

Para cumprirem as metas determinadas pelo Tribunal, a maioria dos entrevistados afirmou trabalhar além do normal, incluindo os fins de semana. Tal fator, por certo, é o maior responsável pelo alto nível de estresse entre os juízes, já que a maioria deles relatou estar nessa condição, muitas vezes provocado pela dificuldade em alcançar tais metas. Também a metade dos participantes afirmou que somente às vezes consegue aliar produtividade à qualidade na prestação jurisdicional, o que se deve ao elevado número de processos conclusos em gabinete para decisão e que é inversamente proporcional à quantidade de juízes. Tal fator pode e deve ser estudado a fim de se encontrar soluções para esse problema, que é realidade em quase todo o Poder Judiciário nacional.

De acordo com os resultados obtidos, percebe-se que a maioria dos juízes afirmou que possui um corpo de funcionários e estagiários suficiente para o cumprimento de suas metas, mas destacou-se a importância do cargo de segundo assessor, não disponibilizado para os juízes substitutos, o que, tendo em vista o acima narrado, poderia ajudar a melhorar significativamente a qualidade do trabalho e, em consequência, diminuir o nível de estresse desses juízes.

Foram sugeridas algumas adoções para minimizar o grau de estresse provocado, algumas reproduzidas no corpo do presente trabalho, mas os autores da presente pesquisa sugerem novos estudos com este objetivo principal, já que é algo latente entre os integrantes de praticamente toda a magistratura nacional e de interesse de toda a comunidade, diante das consequências que podem atingir diretamente os jurisdicionados, os maiores interessados na qualidade e celeridade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- AMABILE, T. M.; HILL, K. G.; HENNESSEY, B. A.; TIGHE, F. M. The Work Preference Inventory: Assessing intrinsic and extrinsic motivational orientations. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 66, p. 950-967, 1994.
- BACELAR, R. P. **Juiz Servidor, Gestor e Mediador**. Brasília: ENFAM, 2013.
- BATISTA, K. M.; BATISTA, L. B. **Metodologia Científica com Aplicação da Bioestatística na Área da Saúde**. Niterói: Os autores, 2010.
- BLAKE, R. J.; SACKETT, S. A. Holland's typology and the five factor model: A rational empirical analysis. **Journal of Career Assessment**, v. 7, n. 3, p. 249-279, 1999.
- BRITO, Edivaldo. **Como criar um formulário de pesquisa usando o Google Drive**. 2013. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2013/09/como-criar-um-formulario-de-pesquisa-usando-o-google-drive.ghml>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.
- COSTI, C. G. **Fatores de risco e proteção à saúde do juiz de direito**. Florianópolis: UFSC, 2016. Dissertação de Mestrado disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/176666> Acesso em: 02 set. 2019.
- EELLS, T. D.; SHOWALTER, D. Work-related stress in American trial judges. **Bulletin American Academy of Psychiatry Laww**. v. 22, n. 1, p. 71-83, 1994.
- HOLLAND, J. L. **Making vocational choices: A theory of vocational personalities and work environments**. Odessa: PAR. 1997.
- LAZARUS, R. S.; LAZARUS, B. N. **Passion and reason: Making sense of our emotions**. New York: Oxford University Press. 1994.
- LIPP, M. E. N.; TANGANELLI, M. S. Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 15, n.3, p. 537-548, 2002.

- MAGALHÃES, Mauro de Oliveira; GOMES, William B.. **Personalidades vocacionais e processos de carreira na vida adulta**. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/QKtrjZZM6zpbWn96hGrWHGJ/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2019.
- MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Há déficit de 19,8% de juízes no Brasil**. 2017. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ha-deficit-de-19-8-de-juizes-no-brasil/>. Acesso em: 25 ago. 2019.
- NALINI, J. R. **O juiz e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- ONES, D. S.; VISWESVARAN, C. Empirical and theoretical considerations in using conscientiousness measures in personnel selection. **Paper presented at the 5 th European Congress of Psychology**, Dublin, Ireland, Jul. 1997.
- PETERMANN, V. **Ser Juiz – Caminhos para a jurisdição de qualidade**. Curitiba: Alteridade, 2016.
- ROGERS, J. M.; FREEMAND, S. J.; LESAGE, P. The occupational stress of judges. **Canadian Journal of Psychiatry**, v. 36, p. 317-322, 1991.
- SLAIBI FILHO, N. **Magistratura e Gestão Judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TRIBUNAL de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal_de_Justi%C3%A7a_de_Santa_Catarina. Acesso em: 18 ago. 2019.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos: a magistratura que queremos. A magistratura que queremos**. 2018. Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.
- ZIMMERMAN, I. M. Stress: What it does to judges and how it can be lessened. **Judges Journal**, v. 4, p.18-22, 1981.

**IMPACTOS POSITIVOS DA AUTOMATIZAÇÃO DA
EXECUÇÃO PENAL, SOB OS ASPECTOS DA
GESTÃO DE VAGAS E DOS DIREITOS
CONSTITUCIONAIS**

Fernando Curi



IMPACTOS POSITIVOS DA AUTOMATIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL, SOB OS ASPECTOS DA GESTÃO DE VAGAS E DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

POSITIVE IMPACTS OF CRIMINAL EXECUTION AUTOMATIZATION, UNDER DE ASPECTS OF VACANCIES MANAGEMENT AND CONSTITUTIONAL RIGHTS

Fernando Curi¹

RESUMO

Este artigo objetiva analisar a automatização da execução penal por meio de rotinas otimizadas de trabalho e da utilização de sistema eletrônico de tramitação e controle processuais. Foram feitas considerações sobre o panorama atual da execução penal no país e em Santa Catarina, inclusive por meio de números fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Demonstrou-se que o problema não é recente e sugeriu-se a mudança de abordagem da questão, argumentando-se que o sistema atual é inadequado e não resolve o problema da criminalidade. Apontou-se a importância da informática como ferramenta para ajudar na solução do problema carcerário e, nesse particular, a relevância do papel do CNJ para uniformizar os sistemas adotados. Foi exposta a experiência bem-sucedida da 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba, a qual, com a utilização do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) e inovadoras rotinas de trabalho, conseguiu reduzir enormemente o número de pedidos de benefícios da execução penal ativos, bem como o tempo de duração destes incidentes, o que assegura os direitos dos apenados e reduz o custo suportado pelo Estado com o encarceramento. Quanto a esta última faceta, discorreu-se sobre estudo feito pelo Tribunal de Contas da União relativamente ao emprego de verbas públicas na manutenção de unidades prisionais. Por fim, defendeu-se a utilização do sistema SEEU pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em adesão à proposta do CNJ.

¹ Fernando Curi: Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Internacional de Curitiba (FACINTER) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); e-mail: curiecuri@yahoo.com.br.

*Artigo elaborado sob orientação da Professora Doutora Elizete Lanzoni Alves (CEJUR) e coorientação da Professora Mestra Sandra Mara de Oliveira Dias.

Palavras-chave: Execução penal. SEEU. Automatização. Superlotação. Direitos fundamentais. CNJ.

ABSTRACT

This article aims to analyze the automatization of criminal execution through optimized work routines and the use of court-lawsuits electronic procedural and control. Considerations were made about the current situation of criminal execution in the country and in Santa Catarina, including through figures provided by the National Council of Justice (CNJ) and under the perspective of Human Rights. It has been shown that the problem is not recent and a change of approach has been suggested, arguing that the current system is inadequate and does not solve the problem of crime. The importance of informatics as a tool to help in the solution of the prison problem was pointed out and, in this particular, the relevance of the CNJ's role to standardize the adopted systems. The successful experience of Curitiba's 1st Criminal Execution Court was exposed, which, through the use of the Unified Electronic Execution System (SEEU) and innovative work routines, was able to greatly reduce the number of active claims for criminal execution benefits, as well as the duration of these incidents, which ensures the rights of the inmates and reduces the cost incurred by the State with incarceration. With regard to this last aspect, it was discussed a study by the Federal Court of Auditors regarding the use of public funds in the maintenance of prison units. Finally, the use of the SEEU system by the Santa Catarina State Court of Appeals, was defended, in adherence to the CNJ proposal.

Keywords: Criminal execution. SEEU. Automatization. Overcrowding. Fundamental Rights. CNJ.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça pretende, ainda em 2019, implantar o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) em todos os estados, objetivando melhorar o controle da execução penal e, assim, limitando a permanência de cada preso no sistema ao período mínimo que a legislação obriga e garante ao mesmo tempo. A iniciativa é regulada pela Resolução CNJ 280, de 09 de abril de 2019.

Nesse cenário, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário precisam assumir parcelas de responsabilidade e o último pode, inclusive, interferir otimizando o período de

permanência de cada preso no sistema, por meio dos recursos tecnológicos e legais disponíveis.

A modernização da administração pública não é edificada apenas com sistemas de automação dos processos, mas com soluções que geram qualidade e eficiência nos serviços prestados. Porém, inegável que os sistemas eletrônicos são importantes ferramentas para melhoria das ações do Poder Judiciário, dentre elas o controle das execuções penais.

Nesse sentido, este artigo busca demonstrar os impactos positivos, na gestão das varas de execuções penais, do emprego de sistemas computacionais e rotinas otimizadas de trabalho a partir da experiência vivenciada pela 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba.

O tema é relevante e atual, pois o Brasil passa por um período de crescimento do encarceramento sem a correspondente criação de vagas, ao mesmo tempo em que o momento é de crise econômica, o que leva à diminuição das verbas públicas e, conseqüentemente, à inviabilidade de construção de estabelecimentos prisionais. Some-se a isso os fatos de que as condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros, de um modo geral, deixam a desejar sob o ponto de vista dos direitos humanos dos presos e de que a superlotação carcerária é um fator de piora dessas condições.

A solução tecnológica adotada pela 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba demonstrou que a implantação do processo digital, do sistema SEEU e de rotinas otimizadas de trabalho agiliza o andamento processual e, com isso, melhora o ambiente de trabalho, assegura os direitos dos apenados e contribui para a redução da superlotação carcerária. O estudo expõe essa experiência, a fim de demonstrar as potencialidades e os benefícios do sistema de trabalho adotado pela 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba.

O artigo está estruturado em três partes. Na primeira será feita uma contextualização histórica, debatido o panorama atual do sistema penal-executório, inclusive sob o ponto de vista dos Direitos Humanos, e defendida uma nova abordagem para o tema. Na segunda, será brevemente tratada a informatização processual e suas principais vantagens e discutido o papel do Conselho Nacional de Justiça na mudança de paradigma. Na terceira, será descrita a experiência positiva do modelo de trabalho empregado pela 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba e defendida sua adoção no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, uma vez que o sistema de trabalho reflete benefícios para a rotina dos servidores, assegura o direito dos apenados e contribui para otimizar a utilização das vagas em estabelecimentos prisionais.

O método para a realização da pesquisa foi o dedutivo com a utilização da técnica da pesquisa bibliográfica em obras, artigos, jurisprudência, além da análise e estudo do caso prático vivenciado na 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba/PR.

1 PANORAMA ATUAL DA EXECUÇÃO PENAL

A situação carcerária atual no Brasil é preocupante, a falta de vagas é generalizada e a superlotação só tende a agravar, pois o número de encarceramentos cresce em proporção maior do que o número de vagas.

Quando há vagas, raramente são assegurados aos presos seus direitos constitucionais e legais ao trabalho, educação, saúde e tratamento digno. Nesse ponto, cabe dizer que a Lei de Execução Penal é considerada uma das melhores sobre o tema e traz regramentos que possibilitariam, em tese, a garantia de todos os direitos mencionados. Porém, falta vontade política para implementar as disposições legais.

Sobre o tema, cita-se estudo feito por Marcos Rolim em 2007, demonstrando que a situação calamitosa do sistema carcerário não é recente:

O Brasil, como a grande maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestável um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superpopulação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos Direitos Humanos. (2007, p. 77)

O Brasil passa por um momento de polarização política que se reflete na opinião pública. É possível dizer que a tendência atual é a do discurso do encarceramento, do recrudescimento das sanções penais. Volta a se fortalecer junto à população a máxima “bandido bom é bandido morto”² (SARMENTO, 2016, n.p), atualizada para a expressão “CPF baixado”³ (NOLASCO, 2019, n.p), quando morre um “bandido”.

Nesse ponto, cabe uma reflexão. Apesar de haver uma tendência pela busca da retribuição, da vingança, estas perpetuam o ciclo de violência, enquanto a punição e o perdão

² SARMENTO, Luciana. ‘Bandido bom é bandido morto’: É o que pensam 57% dos brasileiros, segundo pesquisa Datafolha. **HuffPost Brasil**. 2 nov. 2016. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2016/11/02/bandido-bom-e-bandido-morto-o-que-pensam-57-dos-brasileiro-a-21699897/?utm_hp_ref=br-bandido-bom-e-bandido-morto <https://oglobo.globo.com/brasil/bandido-bom-bandido-morto-diz-lider-do-governo-reu-em-3-aco-es-penais-21995299>. Acesso em: 12 nov. 2019.

³ NOLASCO, Ricardo. Região: “Fala mansa” tem CPF baixado em confronto com a PM, nesta manhã. **Blog do Ricardo Nolasco**. 21 jul. 2019. Disponível em: <http://www.blogdoriconnolasco.com.br/v1/2019/07/21/regiao-fala-mansa-tem-cpf-baixado-em-confronto-com-a-pm-nesta-manha-em-ibirataia/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

encerram o ciclo. Nos dizeres de Hannah Arendt:

Se não fôssemos perdoados, eximidos das consequências daquilo que fizemos, nossa capacidade de agir ficaria, por assim dizer, limitada a um único ato do qual jamais nos recuperaríamos; seríamos para sempre as vítimas de suas consequências, à semelhança do aprendiz de feiticeiro que não dispunha da fórmula mágica para desfazer o feitiço. [...]

Sob este aspecto, o perdão é o exato oposto da vingança, que atua como *re-ação* a uma ofensa inicial, e assim, longe de pôr fim às consequências da primeira transgressão, todos os participantes permanecem enredados no processo, permitindo que a reação em cadeia contida em cada ação prossiga livremente. [...]

A punição é a alternativa do perdão, mas de modo algum seu oposto; ambos têm em comum o fato de que tentam pôr fim a algo que, sem a sua interferência, poderia prosseguir indefinidamente. (2005, p. 249-253)

O trecho acima se aplica perfeitamente à questão carcerária. A pena não deve ser encarada como vingança ou como mera retribuição, e o apenado não pode ser visto como eterno inimigo que precisa ser constantemente sancionado. Uma vez cumprida a sua punição, deve ser acolhido pela sociedade e, como consequência lógica, enquanto estiver cumprindo a pena, deve ser preparado para este retorno. Somente a integração do egresso à sociedade pode levar à libertação do ciclo da criminalidade.

O simples encarceramento não soluciona a questão da criminalidade. É senso comum que os presídios superlotados e sem estrutura são “universidades do crime”, de onde os reclusos saem com maiores conhecimentos do ilícito e, muitas vezes, pertencentes a organizações criminosas, que atuam intra e extramuros.

A conclusão encontra respaldo em obra de Alessandro Barata, como segue:

O mecanismo da *self-fulfilling-profecy*, análogo ao que funciona na discriminação escolar, caracteriza este processo de construção social da população delinquente. A particular expectativa de criminalidade que dirige a atenção e a ação das instâncias oficiais especialmente sobre certas zonas sociais já marginalizadas faz com que, em igualdade de percentual de comportamentos ilegais, se encontre nelas um percentual enormemente maior de comportamentos ilegais, em relação a outras zonas sociais. Um número desproporcionado de sanções estigmatizantes (penas detentivas), que comportam a aplicação de definições criminais e uma drástica redução do status social se concentra, assim, nos grupos mais débeis e marginalizados da população. A espiral assim aberta eleva, afinal, a taxa de criminalidade, com a consolidação de carreiras criminosas, devido aos efeitos da condenação sobre a identidade social dos desviantes. Deste ponto de vista, o sistema penal age, portanto, como a escola, em face dos grupos sociais mais

débeis e marginalizados: antes no sentido de integração, no sentido oposto. (2011, p. 180)

O autor demonstra que o sistema penal, da maneira como está estruturado, voltado às camadas mais desfavorecidas da sociedade e sem uma preocupação verdadeira de integração social dos egressos, ao contrário de diminuir a criminalidade, a fomenta.

O tema reclama uma mudança de paradigma. É preciso que o período em que o apenado permanece recluso seja entendido como preparatório para seu ingresso na malha social como parte do processo produtivo. Essa compreensão é incompatível com a superlotação carcerária, com a falta de oportunidades de estudo e de trabalho nas unidades penitenciárias e com o tratamento indigno que é dispensado aos detentos. Nesse sentido anota Maurício Kuehne:

É preciso que o Governo Federal; as unidades da federação e a sociedade entendam que a “humanização” (**diria melhor: o asseguração dos direitos**) aos privados de liberdade não representa qualquer favorecimento, mas sim, o resguardo da ordem normativa infraconstitucional e obediência estrita à Carta magna em relação aos Direitos e Garantias Fundamentais e Tratados Internacionais que nosso País se comprometeu a cumprir (2018, p. 9).

Nossa legislação garante ao preso a progressão de regime e o livramento condicional. Tradicionalmente, todos os anos, o Presidente da República edita decreto concedendo comutação e indulto. Todos esses institutos colaboram para o desencarceramento e a diminuição da superlotação carcerária. A Lei de Execução Penal, como mencionado anteriormente, traz uma série de regramentos para orientar o cumprimento da pena de uma maneira adequada.

Porém, o sistema é deficiente. Não há número adequado de Defensores Públicos ou Assessores Jurídicos nas unidades prisionais, quando existem. Os sistemas de controle do cumprimento de pena são falhos. As Varas de Execuções Penais muitas vezes não detêm estrutura adequada para a concretização do direito dos apenados aos mencionados benefícios da execução penal. A conjugação desses fatores colabora para que o apenado permaneça no sistema mais tempo do que a legislação obriga e garante.

O Brasil vivencia momento de crise econômica, o que gera impacto nas verbas públicas. Ao mesmo tempo, passa por um período de crescimento do encarceramento. Essa conjugação de fatores leva à superlotação carcerária, pois o número de presos aumenta e a crise econômica inviabiliza a construção de estabelecimentos prisionais destinados a abrigar esta crescente população carcerária.

A superlotação carcerária seguramente agrava a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros que, de um modo geral, não garantem os direitos dos presos.

Nesse cenário, não há mais lugar para o discurso de que a responsabilidade seria unicamente do Poder Executivo, por não construir estabelecimentos prisionais suficientes, pois todos os Poderes devem assumir sua parcela de responsabilidade.

Alguns questionamentos merecem ser feitos: 1) é defensável se empregar mais recursos na construção de estabelecimentos prisionais em um país emergente, como o Brasil, onde faltam escolas, creches e postos de saúde e os estabelecimentos que existem funcionam com falta de profissionais e insumos, como livros didáticos, computadores, fraldas e medicamentos, bem assim, muitas vezes, os itens mais básicos, como alimentos, água, algodão, luvas e materiais de limpeza? 2) a quem interessa o encarceramento, na maioria das vezes, de pessoas pobres e sem estudo, presas por crimes de menor gravidade? 3) é aceitável, em um Estado Democrático de Direito, que pessoas privadas de liberdade sejam submetidas a situações desumanas e degradantes? 4) o sistema atual está sendo eficiente na diminuição da criminalidade ou na integração dos egressos à sociedade?

Uma coisa é certa: o Poder Judiciário pode interferir na redução da superlotação otimizando o período de permanência de cada preso no sistema penitenciário, por meio dos recursos tecnológicos e legais disponíveis.

Dentre essas ferramentas tecnológicas, estão o controle da execução penal por sistema computacional e o processo eletrônico, que levam à diminuição no problema relatado, pois permitem aos envolvidos - assim entendidos como Juiz, Promotor de Justiça e Defensores atuantes na execução penal, bem como agentes penitenciários, apenados e familiares – uma visão mais acurada da situação penal-executória de cada detento, o que, por sua vez, colabora para que cada apenado permaneça recluso somente o tempo que a lei obriga.

1.1 SITUAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS NO BRASIL E EM SANTA CATARINA

Em consulta realizada na página do CNJ, foram encontrados os seguintes números sobre a relação entre presos e vagas, em âmbito nacional⁴.

Tabela 1 – Relação entre presos e vagas em âmbito nacional – 07.2019

Estabelecimentos	Vagas	Presos	Déficit de vagas
2.608	422.458	708.946	286.488

Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 25/07/2009

⁴ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 25 jul. 2019.

Em relação ao Estado de Santa Catarina, a situação é a seguinte⁵:

Tabela 2 – Relação entre presos e vagas no Estado de Santa Catarina – 07.2019

Estabelecimentos	Vagas	Presos	Déficit de vagas
50	17.901	25.083	5.189

Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 25/07/2009

Observa-se dos quadros que o déficit de vagas é muito grande. Em âmbito nacional, são 422.458 vagas e 708.946 presos, representando um déficit de 286.488, o que corresponde a 67,81% a mais do que as vagas.

Em Santa Catarina, há 17.901 vagas e 25.083 presos, e, apesar de constar déficit de 5.189 vagas, a subtração do número de vagas do número de presos dá 7.182, sugerindo alguma imprecisão no cálculo. Adotando este número maior, o déficit é de 40,12%.

Assim, apesar de estar com uma situação melhor que a média nacional, a falta de vagas no sistema carcerário catarinense é muito grande.

E para além da deficiência quantitativa de vagas, há a qualitativa. Verifica-se, ainda, que no mesmo site (CNJ)⁶, consta a informação sobre a situação dos presídios registrada pelos juízes corregedores. Dos 50 estabelecimentos estaduais, 17 tiveram as condições classificadas como regulares, 1 como ruim e 8 como péssimas, o que representa mais da metade.

Tabela 3 – Classificação dos estabelecimentos prisionais catarinenses – 07.2019

Péssimas	Ruins	Regulares	Boas	Excelentes
8	1	17	22	2

Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 25/07/2009

Ante tal panorama da situação prisional, salta aos olhos a necessidade de medidas que levem ao desencarceramento.

De se notar que a questão da qualidade das instalações também é influenciada pela superlotação. Reduzir o número de presos leva à melhoria das condições daqueles que

⁵ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=31&tipoVisao=estabelecimento. Acesso em: 25 jul. 2019.

⁶ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=31&tipoVisao=estabelecimento. Acesso em: 25 jul. 2019.

permanecem. Isso porque gera mais espaço nas celas, contribui para aprimorar as condições de higiene e melhora a relação entre internos e vagas de trabalho e estudo.

1.2 ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme mencionado, a qualidade dos presídios brasileiros – inclusive os catarinenses - deixa muito a desejar.

Em caso paradigmático – ADPF 347 MC/DF -, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em relação ao sistema prisional brasileiro, a configuração de um “estado de coisas inconstitucional”, termo cunhado pela Corte Constitucional da Colômbia. A expressão significa que ocorre violação reiterada dos direitos constitucionais dos presos, principalmente daqueles assegurados nos arts. 1º, III, 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º, bem como de normas internacionais, notadamente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, além de normas infraconstitucionais, representadas pela Lei de Execução Penal (LEP) e LC n. 79/1994, que instituiu o FUNPEN.

Na ementa constou a seguinte frase, que por ser um resumo esclarecedor da situação, transcreve-se:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (2015, p. 3)

Merece transcrição, também, trecho do voto do Ministro Relator, Marco Aurélio:

Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (2015, p. 4-5)

O acórdão foi proferido em 09/09/2015 e, na época, constou déficit de 206 mil vagas. Apesar da afirmação do Pretório Excelso da urgência da adoção de medidas para reverter o quadro, como visto no item anterior, 4 anos depois o déficit cresceu para 286.488, o que demonstra que muito pouco vem sendo feito ou que as iniciativas não estão surtindo o efeito que se espera.

Não bastasse o déficit numérico, a qualidade do encarceramento continua péssima. Tenha-se como exemplo o recente ocorrido em rebelião no Centro de Recuperação Regional de Altamira/PA, no dia 29/07/2019, em que foram mortos 57 detentos, dos quais 16 decapitados⁷.

Dentre os direitos fundamentais violados, conforme exposto na ADPF 347 MC/DF, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, estampado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. Ingo Wolfgang Sarlet afirma ser este direito fundamental indescartável da pessoa humana:

Na tentativa, portanto, de rastrear argumentos que possam contribuir para uma compreensão não necessariamente arbitrária e, portanto, apta a servir de baliza para uma concretização também no âmbito do Direito, cumpre salientar, inicialmente e retomada a ideia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado), ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. (2011, p. 52-53)

Diante do caráter indissociável entre dignidade e pessoa humana, forçoso reconhecer que o preso deve ter aquela preservada, o que derrui argumentos no sentido de que os profissionais que trabalham com encarcerados deveriam tolerar as condições indignas em que estes são mantidos, já que não haveria como mantê-los em condições ideais, como se, pelo fato de estarem presos e de o sistema carcerário possuir deficiências, sua dignidade deveria ser relativizada. Pela mesma razão, também não se sustenta a tentativa

⁷ Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/rebeliao-em-presidio-de-altamira-pa-deixa-ao-menos-57-mortos>. Acesso em: 13 nov. 2019.

de transferência da culpa, pela violação dos direitos, aos próprios encarcerados, contida em frases como: “deveriam ter pensado nisso antes de cometerem crimes” ou “se há superlotação, é porque os marginais cometem muitos crimes”.

E considerando que a matéria é constitucional, vale lembrar que a Administração Pública está sujeita ao princípio da eficiência, previsto no caput do art. 37 da Carta Magna. Para dar cumprimento a este princípio, é necessário que os presos não fiquem tempo maior do que aquele determinado pela legislação penal e que o período de permanência nos presídios cumpra a função socializadora, uma vez que a estadia dos presos em estabelecimentos prisionais tem um custo ao Estado e este custo precisa dar retorno à população, pela inserção dos egressos no mercado de trabalho e diminuição da reincidência. Sob essa perspectiva já se manifestou o Tribunal de Contas da União (TCU).

A atuação do TCU se justifica pelo controle dos gastos relativos à construção e manutenção de presídios, muitas vezes originários do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, de origem federal, e, portanto, sujeitos à fiscalização daquele Tribunal.

O TCU realizou auditorias em 2017, no sistema prisional de 17 estados e do Distrito Federal. Dentre as conclusões a que chegaram os auditores, no relatório de auditoria 003.673/2017-0, destacam-se a de que os gestores desconhecem o custo mensal da manutenção dos presos⁸ e a de que a superlotação carcerária fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Pela pertinência com este artigo, transcrevo trecho do relatório da auditoria, subscrito pela Ministra Ana Arraes⁹:

É cediço que o crescimento vertiginoso da população carcerária e o consequente déficit de vagas em unidades prisionais têm impactos negativos não somente sobre os presos, que se veem privados de direitos e garantias constitucionais e legais, mas também, talvez principalmente, sobre o cidadão comum, envolto de toda sorte de violência, sendo grande parte dela comandada de dentro dos presídios. (2017, n.p)

⁸ A partir das análises empreendidas nestes autos, é possível afirmar que os gestores desconhecem o custo mensal do preso por estabelecimento penal. De fato, 59% das UFs declararam aos respectivos tribunais de contas que não realizaram o cálculo do custo mensal do preso nos últimos três anos. Além disso, 88% delas declararam não possuir definição formal de responsabilidade para aferi-lo. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/367320170.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520?uuid=c2f250f0-0559-11ea-a036-bb740cff0b7b>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁹ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/367320170.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520?uuid=c2f250f0-0559-11ea-a036-bb740cff0b7b>. Acesso em: 12 nov. 2019.

O quadro que se apresenta nos presídios brasileiros torna atual o texto de Cesare Bonecasa Beccaria:

Contudo, os dolorosos gemidos do fraco, que é sacrificado à ignorância cruel e aos ricos covardes; os tormentos terríveis que a barbárie inflige em crimes não provados, ou em delitos quiméricos; a aparência repugnante dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é acrescido pelo suplício mais insuportável para os desgraçados, a incerteza; tantos métodos odiosos, difundidos por toda parte, teriam por força que despertar a atenção dos filósofos, espécie de magistrados que orientam as opiniões humanas (1998, p. 12).

Até hoje os suplícios dos encarcerados permanecem os mesmos: torturas, condições subumanas, longas prisões prévias à condenação, incerteza do apenado quanto a sua situação carcerária. E desde meados do século XVIII, quando o texto foi escrito, o autor clamava por uma atitude dos “filósofos”, representantes da elite cultural da época. Atualmente, o problema ainda demanda a atenção dos estudiosos e dos detentores de poder. A questão precisa ser enfrentada com atitudes mais assertivas, sob pena de a sociedade pagar o preço pela desídia.

A situação é inaceitável e vergonhosa para o Brasil. Não se pode mais coadunar com o sistema principalmente retributivo, aceito em larga escala pela população menos esclarecida. Nos dizeres de Salo de Carvalho:

Como antecipado, a hipótese de pesquisa é a de que os castigos institucionalizados, através da ritualização operada pelos primitivos procedimentos do processo penal, mormente dos fornecidos pela matriz inquisitória, atuam na presentificação do delito e na manutenção da memória de vínculos obrigacionais fundadas nas noções de culpa moral e sentimento de dever. A pena criminal, portanto, vivificaria o crime no criminoso, mantendo acesa no corpo social a experiência de dor do delito (fato pretérito não mais passível de experimentação física) (2015, p. 354).

A sociedade brasileira e, principalmente, os profissionais do Direito precisam reconhecer o fracasso do sistema penitenciário nacional e aceitar novas propostas para a questão carcerária.

1.3 MUDANÇA DE PARADIGMA NO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO CARCERÁRIA

O modelo de encarceramento largamente adotado no Brasil é ineficiente.

Como registrado na ADPF 347 MC/DF:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas.

A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. (2015, p. 26)

O texto citado demonstra a ingenuidade do pensamento encarcerador e violador dos direitos dos presos, pois o preso desrespeitado necessariamente sai dos estabelecimentos prisionais – no Brasil não há prisão perpétua – e comete crimes ainda mais violentos, tendo como vítimas inclusive os defensores do sistema atual. É a concretização da máxima “violência gera violência”. Assim, ainda que movidas por sentimento egoísta de autopreservação, as pessoas deveriam querer melhorar as condições carcerárias.

Chama atenção no trecho acima a menção aos presos provisórios que acabam sendo forçados a integrar organizações criminosas no período em que ficam encarcerados. Esse ponto merece algumas considerações, pois está ao alcance do Poder Judiciário interferir.

Sabe-se que o número de presos provisórios é elevado. Segundo dados do CNJ¹⁰, em 06/08/2019, em todo o território nacional, 245.715 eram provisórios, 34,9% do total¹¹, e em Santa Catarina¹², 5.743 provisórios, correspondente a 25,1% do total, conforme tabelas abaixo:

Tabela 4 – Quantidade de presos provisórios e definitivos em âmbito nacional – 08.2019

Regime	Regime	Regime	Presos	Prisão	Total
fechado	semiaberto	aberto	provisórios	domiciliar	
340.637	117.790	10.855	245.715	6.643	721.640

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

¹⁰ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 06 ago. 2019.

¹¹ Considerados somente os presos em regime fechado, semiaberto e os provisórios, pois os em regime aberto e os em prisão domiciliar não estão em estabelecimentos prisionais.

¹² Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=31&tipo_Visao=presos. Acesso em: 06 ago. 2019.

Tabela 5 – Quantidade de presos provisórios e definitivos em Santa Catarina – 08.2019

Regime	Regime	Regime	Presos	Prisão	Total
fechado	semiaberto	aberto	provisórios	domiciliar	
340.637	117.790	10.855	245.715	6.643	721.640

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

O número é muito alto em relação ao total de presos, se considerarmos que a Constituição Federal estabelece como exceção a prisão preventiva (art. 5º, LXVI) e o Código de Processo Penal apresenta alternativas à prisão (arts. 317 a 320). Muitas vezes o réu responde preso, em regime fechado, a processo em que, ao final, é condenado a pena em regime semiaberto ou aberto, que ainda pode ser substituída ou suspensa, o que é totalmente inadmissível. Outras vezes, não obstante seja condenado em regime fechado, permanece preso preventivamente tempo superior ao necessário a progredir de regime, o que também não se pode aceitar.

Pela pertinência, transcreve-se outro trecho da obra de Beccaria, que desde o século XIX percebia a necessidade de reservar a prisão aos estritos casos previstos pela lei:

Concede-se, em geral, aos magistrados incumbidos de fazer as leis, um direito que contraria o fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender, de modo discricionário, os cidadãos, de vedar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos e, conseqüentemente, de deixar em liberdade os seus protegidos, apesar de todas as evidências do delito.

Como se tornou tão frequente um erro tão prejudicial? Ainda que a prisão seja diferente de outras penalidades, pois que deve, necessariamente, preceder a declaração jurídica do delito, nem por isso deixa de ter, como todos os demais castigos, o caráter essencial de que apenas à lei cabe indicar o caso em que se há de empregá-la. (1998, p. 21)

Dir-se-á que o trecho não se aplica, que hodiernamente não há prisões arbitrárias, que a lei é seguida. Porém, como explicar o perfil dos presos provisórios, em sua maioria pobres e com baixa escolaridade, ao mesmo tempo em que aqueles com acesso a bons advogados normalmente respondem em liberdade? Ainda há muito preconceito por trás das decretações de prisões preventivas.

Diante desse cenário, cabe aos magistrados fazer criteriosa análise quanto à necessidade da prisão preventiva, reservando-a aos casos extremamente necessários. A magistratura deve assumir sua parcela de responsabilidade quanto ao abrandamento do problema carcerário e uma das formas é pela redução dos presos preventivos. Outra, é pela eficiência da execução penal, que será tratada mais adiante.

A mudança de paradigma do Direito Penal, que também se aplica à execução penal, por isso pertinente ao tema, é defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni, na obra “Em busca das penas perdidas”. Em síntese - dadas as limitações deste artigo -, o celebrado autor aponta que as teorias legitimantes do Direito Penal, que chama de “idealistas”, das quais são exemplos o positivismo e o neokantismo, não se sustentam e que é necessária uma mudança para um marco teórico realista¹³. Faz referência às “estruturas lógico reais” de Welzel para dizer que, se as aplicarmos para além da teoria do delito, à teoria da pena, esta ficaria totalmente deslegitimada¹⁴. A proposta do autor consiste em reconhecer, em primeiro lugar, que o discurso penal é político¹⁵ e que hoje, da maneira como está estruturado em países como o Brasil, está dirigido à manutenção da estratificação social¹⁶ e não ao combate à criminalidade¹⁷. Diante

¹³ O idealismo tende a gerar um “mundo do jurista”, o que lhe outorga uma grande segurança ao afastá-lo da permanente mudança e do devenir próprio do mundo real, isolando-o dos debates sobre a realidade. O realismo, ao contrário, é um caminho que proporciona respostas menos absolutas, mais contingentes e, quase sempre, provisórias.

Em geral, o jurista tende a inclinar-se para o idealismo, que lhe permite construções teóricas dentro de uma “estática jurídica” que compartilha os valores da arquitetura autoritária, predominante – não casualmente – na maioria dos “palácios de justiça” do Ocidente, com seu monumentalismo frontalista. O realismo, apesar de não representar essa “segurança”, possui a vantagem de valorizar um mundo não articulado na medida das necessidades do valor ou, o que é o mesmo, do sujeito que avalia. (ZAFFARONI, 2001, p. 188).

¹⁴ A posição welzeliana provocou uma mudança considerável do discurso jurídico-penal na teoria do delito, deixando, no entanto, intacta a teoria da pena, para a qual Welzel não levou suas “estruturas lógico-reais”. [...] O que aconteceria se, com os dados de realidade dos atuais paradigmas criminológicos, tentássemos enfrentar a construção de uma teoria da pena de acordo com as estruturas lógico-reais? Simplesmente, produzir-se-ia uma deslegitimação total das penas e das “medidas de segurança” tal como Welzel as apresentava e como continua apresentando o discurso jurídico-penal legitimante e, com isso, seria evidenciada a falsidade de todo o discurso jurídico-penal legitimante.” (ZAFFARONI, 2001, p. 193)

¹⁵ No entanto, a deslegitimação do sistema penal acaba de demonstrar que a agência judicial é política, que sempre o foram todas as agências judiciais, e que renunciar exercer seu poder ou cedê-lo gratuitamente a outras agências é também um ato político. Porque não há exercício de poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder. (ZAFFARONI, 2001, p. 207)

¹⁶ Uma vez que, em nossa região marginal, esse exercício de poder torna-se às vezes – em razão de sua função de contenção de maiorias – extremamente violento, pretende-se confundir exageradamente os momentos de guerra e de política. Esta confusão é encontrada particularmente pelo discurso central de exportação (não utilizável para consumo interno central) que pretende a existência de uma guerra “permanente” de características especiais – “suja” – capaz de legitimar qualquer exercício de poder, inclusive genocida. Revelando-se insuficiente o exercício de poder verticalizante do sistema penal para os planos de espoliação de alguns grupos financeiros centrais, instrumentalizam-se funcionais arroubos terroristas e essa ideologia, a fim de se verticalizar militarmente toda a sociedade, convertendo o sistema penal em um aparelho de terrorismo estatal. (ZAFFARONI, 2001, p. 199-200)

¹⁷ Sem dúvida que a objeção se manterá enquanto se conservar a ilusão de que o sistema penal resolve conflitos; porém, se nos limitássemos a ver os conflitos em sua realidade, acautelar-nos-íamos do contrário.

Basta lembrar que até hoje o sistema penal não conseguiu resolver o conflito gerado pelo aborto: o aumento da repressão sobre os médicos que o praticam não faz mais que aumentar o preço de seus serviços, excluindo cada vez mais as mulheres das faixas economicamente mais carentes, que se veem entregues a mãos despreparadas e desumanas, o que tem feito aumentar o número de mortes devido ao emprego de práticas primitivas, fazendo com que o aborto ocupe o primeiro lugar entre as causas de morte violenta. A repressão ao tráfico de tóxicos, por outro lado, só serviu para interferir no mercado e aumentar insolitamente o seu preço, fazendo tal atividade atrativa economicamente, ao mesmo tempo em que criou uma rede mafiosa de formidável poder transnacional, encarregada da distribuição e da comercialização desses tóxicos em todos

disso, o jurista precisa se posicionar, como explica o autor:

Se o jurista aceita que o direito penal é político, já não pode mais atuar como exegeta ou construtor de deduções racionalizantes, mas sim como programador de um exercício de poder, um homem de luta. *Está, hoje, nas mãos do jurista decidir se cria um discurso a serviço do poder de agências não-judiciais, racionalizando-o como discurso útil a um suposto “sistema”, ou se produz um discurso que desenvolva uma prática de poder autônoma para as agências judiciais, a serviço da pessoa humana, valendo-se de uma contradição que reduza a violência.*

Uma dogmática que fuja dessa alternativa significaria a opção por um discurso jurídico-penal que não sabe *para que serve nem a quem serve.*

A preferência pela solução “sistêmica” equivaleria, do nosso ponto de vista de região marginal, a decidir-se a favor do tecno-colonialismo; enquanto que a “omissão”, ou preferência pela indefinição, consciente ou inconscientemente, teria a mesma implicação, pela sua atitude de indiferença diante da prática genocida do poder tecno-colonialista. (2001, p. 208-209)

Segue o autor defendendo que os operadores do Direito Penal devem quebrar este ciclo vicioso e, contrapondo ao sistema atual os princípios constitucionais e os tratados de Direitos Humanos, optem por estes¹⁸, para que o discurso jurídico-penal seja dirigido a reduzir de fato a criminalidade e salvar vidas.

Almejamos um discurso jurídico-penal condizente com uma tática presidida por uma estratégia cujos objetivos sejam eticamente impostos, sendo o principal *salvar vidas humanas*. Reduzir os níveis de violência significa salvar vidas, e isso, no atual contexto genocida, é revolucionário, é parte de uma revolução pela vida, indispensável à nossa subsistência. (2001, p. 218)

E no cenário proposto pelo autor, fica evidente o protagonismo que o Poder Judiciário deve exercer na questão da criminalidade, aí incluída a carcerária. Em sentido oposto, muito se ouve que a questão penitenciária é de responsabilidade exclusiva do Poder Executivo, que teria o dever de providenciar tantas vagas em estabelecimentos prisionais

os países que lhe convêm, sem que o sistema penal tenha logrado êxito na solução desse conflito.

Estes dois exemplos são suficientes para insistirmos em que, *quando um conflito é por demais sério, não pode ficar nas mãos do sistema penal, que defende soluções ilusórias que na realidade só produzem mortes, corrupção e destruição da sociedade.* (ZAFFARONI, 2001, p. 220)

¹⁸ Em síntese, o que de certa forma reivindicamos neste momento é um planejamento decisório para a agência judicial, a fim de que instaure a contradição entre os princípios constitucionais, os organismos internacionais de Direitos Humanos, os tratados a respeito e a realidade operativa dos sistemas penais, por outro lado, e que, da mesma forma que Magnaud, decida-se abertamente pelos primeiros. (ZAFFARONI, 2001, p. 219)

quantas os magistrados entendessem necessárias, bem como de garantir aos internos todas as condições para um resgate digno de suas penas.

Essa tentativa de o Poder Judiciário se desvincular da responsabilidade pela aplicação da pena não é nova, tanto que é tratada por Foucault, em *Vigiar e Punir*:

Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo e unívoco: a publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. Daí esse duplo sistema de proteção que a justiça estabeleceu entre ela e o castigo que ela impõe. A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena (1999, p. 13).

Porém, os integrantes do Poder Judiciário não devem se enganar, a culpa pela situação calamitosa do sistema carcerário nacional não é só do Poder Executivo. O Poder Judiciário também tem sua parcela de responsabilidade.

Sobre essa responsabilidade conjunta, constou no relatório do TCU citado anteriormente neste artigo:

(...) a solução para o problema do déficit de vagas não advirá da atuação isolada do Poder Executivo, já que a capacidade orçamentária do Estado é limitada e o déficit não se resolverá com a criação de vagas, devendo-se também falar do modo de entrada, de permanência, de progressão de regime e de saída do indivíduo no sistema prisional, etapas que dependem da atuação conciliada de todos os atores governamentais envolvidos na temática. (2017, n.p)

A superação das deficiências do sistema não é fácil e somente será obtida desde que cada ator do processo assuma sua responsabilidade e todos atuem em sintonia.

E dando seguimento ao trabalho, o TCU realizou auditoria integrada, nos autos TCU 018.047/2018-1¹⁹, que teve por objetivo “avaliar a regularidade e o desempenho dos repasses obrigatórios de recursos do Fundo Penitenciário Nacional aos estados e ao Distrito Federal”, no intuito de elucidar se estes recursos têm sido efetivos para atender “às necessidades

¹⁹ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/TC%2520026.096%252F2017-0/%252520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%252520?uuiid=f111de20-f1b7-11e9-ad97-2dd736ece99d>. Acesso em: 12 nov. 2019.

estruturais do sistema penitenciário nacional, bem como evidenciar os principais obstáculos ao sucesso da política pública”.

No acórdão proferido nos autos acima, aprovado na sessão de 03/07/2019, de relatoria da Ministra Ana Arraes, constou a seguinte conclusão sobre as verbas necessárias para que o Poder Executivo debelasse o déficit de vagas, em uma perspectiva conservadora, que leva em consideração que o encarceramento cresceria à mesma taxa que a população:

Os repasses obrigatórios do Funpen a partir de 2020, projetados em R\$ 17,94 milhões anuais, **não serão suficientes** para fazer frente às necessidades do sistema penitenciário nacional, que, segundo estimativa conservadora, demandaria, apenas do Fundo Penitenciário Nacional, em um horizonte de dezoito anos, recursos anuais da ordem de R\$ 2,7 bilhões (ref. 2), ou R\$ 49 bilhões em todo o período.

Os dezoito anos utilizados na estimativa baseiam-se no espaço temporal historicamente necessário (ligado à capacidade operativa do Poder Público de concluir empreendimentos que envolvam obras de engenharia) para criar 386.264 vagas, quantitativo demandado para equilibrar o sistema. (negritou-se) (2019, n.p)

O estudo demonstra que, se o encarceramento crescesse na mesma taxa que a população – o que se sabe não vem ocorrendo –, seriam necessários 18 anos para a criação de todas as vagas necessárias e valores hoje não disponíveis nas verbas afetadas ao sistema penitenciário.

Essa previsão escancara a impossibilidade de o Poder Executivo resolver o problema agindo isoladamente.

2 A INFORMÁTICA COMO FERRAMENTA MODIFICADORA DO QUADRO ATUAL

2.1 O PROCESSO ELETRÔNICO

Pode-se dizer que em 2004, quando do acréscimo do inciso LXXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pela emenda constitucional 45, que consignou o princípio da duração razoável do processo, a ideia do processo eletrônico começou a ganhar força.

O marco legal é a Lei n. 11.419/2006 (BRASIL, 2006), que trouxe as regras para o processo eletrônico.

A implantação da tramitação eletrônica dos processos representa uma verdadeira revolução processual. As ferramentas eletrônicas permitem um maior controle do andamento processual, diminuem os prazos de cumprimento dos atos, por dispensarem a movimentação física dos cadernos processuais, eliminam o risco de perda de autos e possibilitam a consulta concomitante destes pelos atores processuais de qualquer parte do mundo em que se tenha acesso à internet.

2.2 AS VANTAGENS DO PROCESSO ELETRÔNICO NO CONTROLE DA EXECUÇÃO PENAL

O processo de execução penal tem a peculiaridade de ser regido pelo princípio da oficialidade, conforme dispõe o art. 195 da Lei n. 7.210/1984 - Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Compete ao Juízo da Execução Penal zelar pelo correto cumprimento da pena e garantir que os apenados recebam os benefícios que a lei lhes confere no prazo que esta determina.

Por envolver cálculos, já que a maioria dos benefícios está condicionada ao cumprimento de fração da pena, a execução penal se beneficia com a utilização de sistema que contenha calculadora interna, como o SEEU.

Isso porque o sistema permite ao magistrado administrar o trabalho da vara, tendo diante de si os números relativos aos apenados que cumpriram ou cumprirão as frações relativas a benefícios.

Saber antecipadamente quais apenados cumprirão a fração em tempo futuro permite a implantação de rotinas de trabalho otimizadas, que serão tratadas mais a fundo adiante, ou mesmo subsidiar a atuação em mutirões carcerários, em caso de superlotação carcerária, por meio de adiantamento dos benefícios.

E caso, por algum motivo, o benefício não seja concedido no dia em que implementado o requisito objetivo, o sistema SEEU lança automaticamente um alerta, a fim de que a irregularidade seja sanada.

2.3 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) NA EFETIVAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO NO CONTROLE DA EXECUÇÃO PENAL

Nesse contexto, tem relevante função o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja atuação relativamente à questão carcerária é ampla. Uma de suas vertentes é o mutirão carcerário, iniciado em 2008, por meio do qual são inspecionadas unidades carcerárias de todo o Brasil. Pelo programa, segundo informações do CNJ²⁰, foram analisados cerca de 400.000 processos de presos e concedidos mais de 80.000 benefícios, dos quais pelo menos 45.000 resultaram em liberdade.

Essa experiência demonstrou que o sistema de controle de processos influi diretamente na celeridade da tramitação. Com o objetivo de resolver o problema e uniformizar a atuação jurisdicional na execução penal, o CNJ decidiu eleger um sistema informatizado de controle da execução penal para ser implantado em todo o território nacional (FAGUNDES JÚNIOR, 2019).

Assim, em maio de 2015, durante o 1º Workshop dos Grupos de Monitoramento e Execução do Sistema Carcerário, promovido pelo CNJ, o PROJUDI da execução penal, sistema desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, foi escolhido para ser adotado por todos os Tribunais de Justiça, surgindo aí o Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU).

Na página do CNJ, constam algumas vantagens do sistema²¹:

- Visualização em uma única tela de informações como: processo, parte, movimentações e condenações;
- Cálculo automático da pena, com explicitação de frações e agendamento automático dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal;
- Acompanhamento eletrônico dos prazos de progressão, oferecendo em tempo real o quadro das execuções penais em curso;
- Pesquisa com indicativos gráficos para demonstrar a situação do sentenciado;
- Produção de relatórios estatísticos;
- Acesso através de qualquer computador ou telefone conectado à internet. (BRASIL, 2019, n.p)

O plano do CNJ é ambicioso: implantar o sistema SEEU em todo o território nacional.

²⁰ Disponível em: [http:// https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/at-mutirao-carcerario/](http://https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/at-mutirao-carcerario/). Acesso em: 13 nov. 2019.

²¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/sistema-eletronico-de-execucao-unificada-seeu>. Acesso em: 13 nov. 2019.

A adoção do sistema pelos tribunais do país, além de propiciar aos usuários de todo o Brasil os vários benefícios que o sistema apresenta, facilitará muito a operacionalização da declinação de competência entre unidades judiciárias de diferentes tribunais, pois o processo será encaminhado digitalmente, com todas as informações, tornando desnecessárias alimentações de sistemas diversos, o que representa retrabalho e atraso na prestação jurisdicional.

3 A EXPERIÊNCIA DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA (1ª VEP DE CURITIBA)

Considerando a intenção do CNJ de implantar o Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU) em todo o Brasil, convém relatar o trabalho desenvolvido pela 1ª VEP de Curitiba, a fim de demonstrar o potencial do sistema a seus futuros utilizadores.

3.1 DIAGNÓSTICO ANTERIOR AO PROCESSO ELETRÔNICO

Em 2010, o CNJ iniciou um projeto de reestruturação das rotinas de trabalho na 1ª VEP de Curitiba²².

Na ocasião, em relatório emitido pelo CNJ, constou que um pedido de benefício, assim entendido como progressão de regime e livramento condicional, tramitava por 60 dias, ainda que o advogado o apresentasse acompanhado dos documentos necessários. Vale ressaltar que este prazo de 60 dias era sempre contado a partir do cumprimento da fração da pena necessária para o benefício pleiteado. Isso porque, na rotina adotada pela 1ª VEP de Curitiba, os pedidos feitos anteriormente ao cumprimento da referida parcela da pena eram indeferidos de plano.

Uma das alterações propostas pelo CNJ, ainda no processo físico, foi a mudança do sistema de autos, destinados à tramitação dos incidentes e das execuções, para a adoção de autos únicos, nos quais os pedidos são incluídos em ordem cronológica. Tal sistemática de trabalho agiliza a análise dos autos e dificulta a ocorrência de paralisação de incidentes.

²² As informações sobre a 1ª Vara de Execuções Penais do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba foram extraídas de trabalho apresentado no 82º ENCOJE, ocorrido em Foz do Iguaçu, de 4 a 7-9-2019, pelo Juiz Titular da referida vara e um dos responsáveis pelo desenvolvimento do sistema SEEU, Dr. Eduardo Lino Bueno Fagundes Júnior.

Esse sistema de autuação foi posteriormente transportado para o processo eletrônico e é o recomendado para o melhor desempenho do sistema SEEU.

3.2 DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA SEEU E APLICAÇÃO DE ROTINAS OTIMIZADAS DE TRABALHO

Uma das mudanças introduzidas no fluxo de trabalho da 1ª VEP de Curitiba foi a diminuição das movimentações processuais por meio da alteração da forma de tramitação dos benefícios.

O Juiz Titular da 1ª VEP, Dr. Eduardo Lino Bueno Fagundes Júnior, buscava meios de acelerar a tramitação processual a fim de que os direitos dos apenados fossem concretizados no dia em que conquistados.

Começou com a remição. Havia ele reparado que, em sua esmagadora maioria, os pedidos de remição eram deferidos com a anuência do Ministério Público. Assim, concluiu que a movimentação processual cumpria função meramente burocrática nesses casos. Diante disso, teve a ideia de relegar a atividade decisória aos casos minoritários, em que o Ministério Público se manifestava pelo indeferimento do pedido. Entrou em contato com os demais magistrados e membros do Ministério Público atuantes na execução penal de Curitiba e foi formulada a ordem de serviço conjunta 01/2013, que inverteu a lógica da movimentação processual. Esse raciocínio foi a chave para a reformulação das rotinas de trabalho da 1ª VEP.

Anteriormente, a rotina era a seguinte: o atestado de trabalho chegava na Secretaria, o pedido de remição era autuado, encaminhado ao Ministério Público para parecer, depois recebido pela Secretaria, enviado concluso ao Juiz para decisão, devolvido para a Secretaria para cumprimento, alocado ao servidor responsável e finalmente cumprido com a implantação do tempo remido na contagem da pena.

O sistema foi alterado para o seguinte: o atestado de trabalho chega do estabelecimento prisional e vai direto para o funcionário que implanta o tempo remido na contagem de pena e movimenta os autos com ciência ao Ministério Público. Se este não impugnar, nada mais é feito. Como na imensa maioria das vezes não há impugnação, a alteração na rotina diminuiu enormemente o trabalho e permitiu a implantação do tempo de remição no mesmo dia em que chega o atestado de trabalho.

A preocupação do Dr. Eduardo Lino Bueno Fagundes Júnior em acelerar os trâmites processuais evoluiu para os benefícios de progressão de regime e livramento condicional. Em um primeiro momento, idealizou a realização de audiências semanais, com a presença do Juiz, do Promotor e do Advogado, para o julgamento dos benefícios que se venceriam na semana.

Assim, toda semana eram julgados os benefícios cujos requisitos objetivos eram cumpridos. Não satisfeito, pretendeu aplicar a mesma lógica já adotada com sucesso nas remições, a de diminuir a tramitação processual, uma vez que a maioria dos pedidos era deferida.

Assim, foi editada a Portaria Conjunta 01/2016, que foi institucionalizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná por meio da Instrução Normativa Conjunta 01/2017, que alterou a movimentação da seguinte maneira: 1) uma semana antes de o apenado cumprir o requisito objetivo para a progressão de regime ou livramento condicional, um funcionário da Secretaria junta aos autos os relatórios SESP e SPR, que correspondem às ocorrências relativas ao apenado, respectivamente, nas delegacias de polícia e nas unidades penitenciárias do Estado do Paraná, inclusive faltas disciplinares, e o relatório Oráculo, que é o relatório dos antecedentes criminais do Estado do Paraná, gerado pelo Poder Judiciário; 2) o membro do Ministério Público, por ter acesso ao sistema, sabe de antemão a relação dos apenados que terão o direito implementado e deve manifestar discordância até 3 dias antes da data do cumprimento do requisito objetivo, para provocar a decisão judicial; 3) se não houver impugnação ministerial, no dia do cumprimento do requisito objetivo o funcionário emite uma certidão de que conferiu os documentos e o cálculo da fração cumprida e já registra no sistema a progressão de regime ou livramento condicional; 4) os atos relativos são cumpridos imediatamente, independentemente da decisão judicial de homologação.

Essa sistemática desburocratizada de trabalho foi possível pela utilização do PROJUDI da execução penal, desenvolvido pela equipe de informática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em parceria com a equipe da 1ª VEP de Curitiba.

Conforme mencionado acima, o sistema foi eleito pelo CNJ, durante o 1º Workshop dos Grupos de Monitoramento e Execução do Sistema Carcerário, para ser adotado por todos os Tribunais de Justiça, na versão de Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU).

Além das funcionalidades expostas anteriormente, o sistema tem as seguintes características: 1) por ter calculadora integrada, o cálculo da execução penal é automático e fica disponível na internet, acessível a todos os atores do processo; 2) permite levantamentos estatísticos e projeções de cumprimentos de frações para benefícios, o que possibilita a ciência prévia do Ministério Público, a fim de viabilizar as rotinas de trabalho otimizadas expostas acima; 3) é gratuito e pode ser alterado; 4) prevê adaptações dependendo do entendimento adotado pelo juiz, por exemplo, quanto à data-base, frações de cumprimento, entre outras funcionalidades; 5) se adotado nacionalmente, facilitará, sobremaneira, a declinação da competência, que dependerá de um click.

3.3 COMPARAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE TRABALHO, DIAGNÓSTICO ATUAL DA ROTINA DE TRABALHO DA 1ª VEP DE CURITIBA E OS BENEFÍCIOS DE SUA ADOÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

A fim de demonstrar o impacto positivo da evolução dos sistemas empregados pela 1ª VEP de Curitiba, pode-se adotar como parâmetros a quantidade e o tempo de tramitação dos benefícios da execução penal, este já tratado acima.

Em 2011, quando os processos eram físicos e o sistema eletrônico empregado (TCache) controlava simplesmente a movimentação dos processos, a situação era a seguinte:

Tabela 6 – Quantidade de benefícios em andamento na 1ª VEP de Curitiba – 6/2011

Progressão ao regime semiaberto	633
Progressão ao regime aberto	314
Livramento condicional	282
Indulto	292
Comutação	329
Total	1.850

Fonte: SCHULTZ, Thais Yanka. **Da implantação do processo eletrônico nas Varas de Execuções penais do Estado do Paraná**. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Educação Superior do Paraná, Curitiba, 2017

Em 2017, quando os processos já tramitavam eletronicamente pelo sistema SEEU, que possui calculadora incorporada e outras funcionalidades, conforme exposto, o quadro era este:

Tabela 7 – Quantidade de benefícios em andamento na 1ª VEP de Curitiba – 08/2017

Fixação/Harmonização/Alteração de regime*	6
Livramento condicional	3
Indulto	1
Comutação	3
Total	13

Fonte: SCHULTZ, Thais Yanka. **Da implantação do processo eletrônico nas Varas de Execuções penais do Estado do Paraná**. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Educação Superior do Paraná, Curitiba, 2017

*Categoria que engloba as progressões ao regime aberto e ao semiaberto

Veja-se que a redução dos benefícios em andamento foi drástica, o que demonstra a eficiência do sistema SEEU aliado às rotinas de trabalho desenvolvidas pela 1ª VEP de Curitiba.

A sistemática de trabalho correntemente adotada pela 1ª VEP de Curitiba, com base no sistema SEEU e nas rotinas otimizadas, permite, em regra, que as remições sejam computadas no mesmo dia em que chega o atestado de trabalho ou estudo e que as progressões de regime e livramentos condicionais sejam operacionalizados na mesma data em que o apenado cumpre a fração necessária.

Esta eficiência na entrega da prestação jurisdicional é vantajosa para os apenados, que não ficam mais tempo do que o determinado pela lei em cada fase do cumprimento da pena, para o sistema penitenciário, pois a saída dos apenados libera vagas para outros, e para os integrantes da cadeia de trabalho da 1ª VEP de Curitiba, assim entendidos funcionários, Promotores, Advogados, Defensores Públicos e Juiz, uma vez que o sistema diminui as movimentações processuais e facilita a dinâmica processual.

Quanto a esta última característica, tome-se como exemplo levantamento feito de 28/01 a 10/11 de 2016. No período, foram concedidos 685 benefícios, dos quais 336 progressões ao regime semiaberto, 241 progressões ao regime aberto e 108 livramentos condicionais.

Tabela 8 – Quantidade de benefícios concedidos e impugnações do Ministério Público – 28.01 a 10.11.2016

Regime semiaberto	336
Regime aberto	241
Livramento condicional	108
Impugnações do Ministério Público	10

Fonte: FAGUNDES JÚNIOR, Eduardo Lino Bueno. A diversificação da execução penal no Brasil: métodos otimizados de trabalho a partir do acesso simultâneo e cálculos automáticos no SEEU, 6 ago. 2019. In: ENCOGE - Encontro do Colégio Permanente de Corregedores Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil, 82, 2019, Foz do Iguaçu. **Ata do 82º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil - ENCOGE**, Foz do Iguaçu, 2019, p. 14.

O primeiro dado relevante é que destes, somente 10 foram impugnados pelo Ministério Público. Outro dado relevante foi a redução da movimentação processual.

Tabela 9 – Diferença entre o número de movimentações processuais necessárias ao método tradicional e ao método automatizado – 28.01 a 10.11.2016

Método de trabalho	Número de movimentos	Totais
Tradicional	685 x 7	4.795
Automatizado	685 x 3	1.370

Fonte: FAGUNDES JÚNIOR, Eduardo Lino Bueno. A diversificação da execução penal no Brasil: métodos otimizados de trabalho a partir do acesso simultâneo e cálculos automáticos no SEEU, 6 ago. 2019. In: ENCOGE - Encontro do Colégio Permanente de Corregedores Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil, 82, 2019, Foz do Iguaçu. **Ata do 82º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil - ENCOGE**, Foz do Iguaçu, 2019, p. 14.

Se fosse realizado pelo sistema tradicional, o qual abrange autuação, vista ao Ministério Público, recebimento, envio para conclusão, decisão, recebimento, cumprimento, seriam necessárias 4.795 movimentações processuais para a operacionalização dos 685 benefícios. Pelo sistema automatizado, somente 1.370, uma diferença a menor de 3.425 movimentações processuais.

O exposto acima permite concluir que o sistema SEEU é uma excelente ferramenta tecnológica para o controle da execução penal.

Em que pese os sistemas empregados pelos estados que ainda não adotaram o SEEU serem também eficientes, é inegável que a uniformização do sistema trará benefícios para a execução penal em âmbito nacional. Isso porque há movimentação dos presos pelos estabelecimentos prisionais dos diversos estados da federação.

Um preso pode fugir de um estabelecimento prisional de um estado e ser capturado em outro, por exemplo. Se cada estado adotar sistema diferente, ainda que o processo seja eletrônico, haverá dificuldade na operacionalização do declínio da competência, pois o funcionário do estado de destino terá de inserir manualmente as informações no sistema de seu estado, gerando retrabalho. Além disso, os sistemas geram relatórios que não são de fácil compreensão, demandando prática dos funcionários para sua leitura. Se todos adotarem o mesmo sistema, esta dificuldade também será superada.

Os benefícios para a execução penal, tanto em âmbito estadual quanto nacional, advindos da utilização do sistema SEEU, recomendam sua adoção pelos Tribunais de Justiça, dentre eles o do Estado de Santa Catarina.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo fez-se uma contextualização, por meio da verificação do panorama atual da execução penal, e delineou-se a situação do sistema carcerário brasileiro e, mais especificamente, do catarinense.

Verificou-se que a responsabilidade sobre a questão carcerária é compartilhada entre os Poderes Federativos, que devem assumir suas parcelas a fim de minimizar os problemas.

Realizou-se um estudo comparativo do sistema tradicional de trabalho na execução penal com o sistema automatizado, tomando-se como exemplo a experiência da 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba.

Demonstrou-se que a utilização de um sistema eficiente de controle eletrônico da execução penal, como o SEEU, aliada a rotinas otimizadas de trabalho, por garantir que o apenado não fique encarcerado mais tempo que o previsto na legislação, de um lado, confere dignidade a este e, de outro, reduz os custos suportados pelo Estado.

O Conselho Nacional de Justiça, nesse contexto, tem importante papel na divulgação de boas práticas e na uniformização das rotinas de trabalho desenvolvidas pelos Tribunais de Justiça.

Por fim, foi possível concluir que a adoção do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) e das boas práticas empregadas pela 1ª VEP de Curitiba é benéfica para auxiliar na melhoria da execução penal e conseqüentemente na situação carcerária tanto em âmbito estadual quanto nacional, o que demonstra ser relevante a adoção do sistema pelo Poder Judiciário de Santa Catarina, em adesão à proposta do CNJ.

REFERÊNCIAS

ALVES, Elizete Lanzoni; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MEZZARROBA, Orides. **Guia de Metodologia da Pesquisa da Academia Judicial**. Florianópolis: Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/715064/723766/Guia+Metodologia+de+Pesquisa.pdf/0df4e217-bebd-42d0-bdec-2e2f7f20583b>. Acesso em: 22 mai. 2019.

ARENDRT, Hannah, **A condição humana**, 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2005.

BARATTA, Alessandro, **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus Editora Ltda., 1998.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais. Quadro Estadual**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=31&tipoVisao=estabelecimento. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais. Quadro Nacional**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Mutirão Carcerário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mutirao-carcerario/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução n. 280, de 09 de abril de 2019**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_280_09042019_10042019160601.pdf. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/sistema-eletronico-de-execucao-unificada-seeu/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento**

de Preceito Fundamental 347/DF. Ementa: [...] – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS [...] – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. [...]. Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09 set. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria (RA) 003.673/2017-0.** Ementa: [...] DEFICIÊNCIAS NO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS E NO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DAS PENAS. AUSÊNCIA DE DADOS REFERENTES AO CUSTO MENSAL DO PRESO POR ESTABELECIMENTO PRISIONAL. [...]. Relatora Ministra Ana Arraes, j. 29 nov. 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/367320170.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520?uuid=c2f250f0-0559-11eaa036-bb740cff0b7b>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA) 018.047/2018-1. Ementa: [...] INSUFICIÊNCIA DOS REPASSES OBRIGATÓRIOS DO FUNPEN DIANTE DA REALIDADE DO SISTEMA. [...] BAIXO RITMO DE CRIAÇÃO DE VAGAS PRISIONAIS. [...]. Relatora Ministra Ana Arraes, j. 03 jul. 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/realidade-prisonal-auditoria-mostra-que-o-custo-mensal-do-presos-e-desconhecido-em-varios-estados.htm>. Acesso em: 2 jan. 2021.

CARVALHO, Salo, **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. ver. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2015.

FAGUNDES JÚNIOR, Eduardo Lino Bueno. A diversificação da execução penal no Brasil: métodos otimizados de trabalho a partir do acesso simultâneo e cálculos automáticos no SEEU, 6 ago. 2019. *In*: ENCOGE - Encontro do Colégio Permanente de Corregedores Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil, 82, 2019, Foz do Iguaçu. **Ata do 82º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil - ENCOGE**, Foz do Iguaçu, 2019.

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e punir**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999.

KUEHNE, Maurício. **Direito de Execução Penal**. 16ª ed. rev. e atual.. Curitiba: Juruá, 2018.

LÁZARO, Natália. Rebelião em presídio de Altamira (PA) deixa ao menos 57 mortos. **Metrópoles**. 29 jul. 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/rebeliao-em-presidio-de-altamira-pa-deixa-ao-menos-57-mortos>. Acesso em: 13 nov. 2019.

NOLASCO, Ricardo. Região: “Fala mansa” tem CPF baixado em confronto com a PM, nesta manhã. **Blog do Ricardo Nolasco**. 21 jul. 2019. Disponível em: <http://www.blogdoricardonolasco.com.br/v1/2019/07/21/regiao-fala-mansa-tem-cpf-baixado-em-confronto-com-a-pm-nesta-manha-em-ibirataia/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ROLIM, Marcos. Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 2ª ed. rev., ampl. e atual..

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Luciana. ‘Bandido bom é bandido morto’: É o que pensam 57% dos brasileiros, segundo pesquisa Datafolha. **HuffPost Brasil**. 2 nov. 2016. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2016/11/02/bandido-bom-e-bandido-morto-o-que-pensam-57-dos-brasileiro_a_21699897/?utm_hp_ref=br-bandido-bom-e-bandido-morto. Acesso em: 12 nov. 2019.

SCHULTZ, Thais Yanka. **Da implantação do processo eletrônico nas Varas de Execuções penais do Estado do Paraná**. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Educação Superior do Paraná, Curitiba, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Instrução Normativa Conjunta 01/2017**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/188253/6059935/Instrução+Normativa+01-2017.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

**O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015:
ANÁLISE HISTÓRICA DO TRATAMENTO
LEGISLATIVO, ALTERAÇÕES A PARTIR DO NOVO
CPC E AS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DO ROL
DO ART. 1.015 DO CPC**

Gabriel Marcon Dalponte



O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015: ANÁLISE HISTÓRICA DO TRATAMENTO LEGISLATIVO, ALTERAÇÕES A PARTIR DO NOVO CPC E AS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC

THE INTERLOCUTORY APPEAL IN THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE: HISTORICAL ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE TREATMENT, AMENDMENTS FROM THE NEW CCP AND THE POSSIBLE INTERPRETATIONS OF THE LIST OF THE ARTICLE 1.015 OF THE CCP

Gabriel Marcon Dalponte¹

RESUMO

O agravo de instrumento foi um dos institutos processuais mais atingidos pelas alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015. A principal foi a inclusão de um rol de hipóteses abstratas em que o Código pretendeu definir os casos impugnáveis por agravo. A depender do tipo de interpretação a ser realizada sobre essa listagem os destinos do procedimento se alteram sensivelmente, tendo em vista que o recurso afeta diretamente o andamento e o ritmo da marcha do processo. O presente trabalho visou apresentar, em linhas gerais, o panorama histórico do instituto que foi profundamente modificado na história do processo civil brasileiro, a partir do tratamento legislativo e doutrinário dispensado a ele nos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015. Outrossim, pretendeu-se expor as diferentes abordagens hermenêuticas que vêm ocorrendo pelos doutrinadores e, também, pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao final, o estudo apresenta os fundamentos pelos quais entende que a interpretação taxativa restritiva do rol, mostra-se, tecnicamente, a mais adequada para enfrentar o art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Processo Civil. CPC de 2015. Agravo de instrumento. Taxatividade. Art. 1.015.

¹ Gabriel Marcon Dalponte, Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); e-mail: dalponte@tjsc.jus.br.

ABSTRACT

The interlocutory appeal was one of the procedural rules most affected by the amendments promoted by the 2015 Code of Civil Procedure. The main one was the inclusion of a number of abstract hypotheses in which the Code intended to define the cases that could be challenged by interlocutory appeal. Depending on the type of interpretation to be made on this list the destinations of the procedure change considerably, given that the appeal directly affects the current stage of the case. The present study aimed to present, in general terms, the historical overview of the rule that was profoundly modified in the history of Brazilian Civil Procedure, from the legislative and jurists treatment given to it in the Codes of Civil Procedure of 1939, 1973 and 2015. Likewise, it was intended to expose the different hermeneutic approaches that have been occurring by jurists and also by the Superior Court of Justice. At the end, this study presents the grounds by which it understands that the restrictive interpretation of the list, reveals itself, technically, the most suitable to face the Article.1015 of the Code of Civil Procedure of 2015.

Keywords: Civil Procedure. CCP of 2015. Interlocutory appeal. Article 1.015.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as diversas alterações promovidas pelo CPC de 2015, encontra-se o art. 1.015. Citado dispositivo lista um rol de situações processuais abstratas em que, em princípio, será cabível a interposição de Agravo de Instrumento, devolvendo a matéria ao respectivo Tribunal para reanálise.

Com a entrada em vigor do diploma processual, a doutrina passou a debater se o rol previsto no supracitado dispositivo é exaustivo ou meramente exemplificativo. A leitura superficial do dispositivo passa ao intérprete a sensação de que a listagem seria taxativa, reservando às demais matérias, não previstas no rol, a possibilidade de arguição em preliminar de apelação ou contrarrazões, na forma do art. 1.009, §1º.

A diferença de conclusão pode levar a dois caminhos distintos. Concluindo-se que se trata de rol taxativo, qualquer outra decisão interlocutória inexistente naquela listagem não poderia ser atacada por meio de agravo de instrumento. Por outro lado, posicionamento de que se trata de rol meramente exemplificativo possibilitaria a interposição do agravo, mesmo

que a decisão interlocutória não estivesse expressamente prevista no rol do art. 1.015. Há, ainda, uma terceira via, que até o momento foi a construção adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que é a de afirmar que se trata de um rol de taxatividade mitigada.

O agravo de instrumento é o principal recurso cabível das decisões interlocutórias, e veio disciplinado no art. 1.015 e seguintes do CPC de 2015. A história do direito processual no Brasil revela que o cabimento de recurso contra decisão interlocutória sofreu manifesta variação ao longo do tempo, havendo períodos em que se admitia a recorribilidade da interlocutória e outros em que tal decisão não era passível de impugnação (WAMBIER, 2000).

O agravo de instrumento, no regime do CPC de 1939, era cabível apenas das decisões interlocutórias expressamente previstas em lei, não sendo possível de toda e qualquer decisão. Já o CPC de 1973, em sua sistemática originária, passou a prever o agravo de instrumento, como recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória, instituindo a ampla recorribilidade das interlocutórias. Na verdade, o recurso era o de agravo de instrumento, que teria uma outra modalidade: o agravo retido. Ao agravante era conferida a opção entre interpor o agravo de instrumento ou o agravo retido. No sistema do CPC de 1973, o agravo sofreu sensíveis alterações a partir das Leis n. 9.139/1995, 10.352/2001 e 11.187/2005. Em linhas gerais, a primeira alterou o prazo de interposição e a nomenclatura, passando a nomear o recurso genericamente de agravo; a segunda estabeleceu hipóteses em que o agravo retido seria obrigatório; e a terceira instituiu o agravo retido como regra no sistema, somente cabendo o agravo de instrumento em hipóteses expressamente indicadas.

O CPC de 2015 eliminou a figura do agravo retido e estabeleceu um rol de decisões sujeitas a agravo de instrumento. Somente seriam agraváveis as decisões nos casos previstos em lei. As decisões não agraváveis devem ser atacadas em preliminar de apelação. As hipóteses estão previstas no art. 1.015 do CPC; nele, há um rol de decisões agraváveis. Não são todas as decisões que podem ser atacadas por agravo de instrumento. Na fase de conhecimento, as decisões agraváveis sujeitam-se à preclusão, caso não interposto o recurso. Aquelas não agraváveis, por sua vez, não se sujeitam à preclusão de imediato. Devem ser impugnadas em preliminar de apelação (ou nas contrarrazões de apelação), sob pena de preclusão (DIDIER, 2018).

Duas questões que se colocam nesse momento, e o presente trabalho possui a pretensão de respondê-las, são: a) se o art. 1.015 é taxativo ou meramente exemplificativo; e b) se o art. 1.015 admite interpretação extensiva. Por dispositivo exemplificativo tem-se que novas hipóteses podem ser criadas pelo intérprete. Entendendo-se de que se trata de rol taxativo, somente nas hipóteses listadas na lei seria possível a interposição do agravo.

Nesse contexto, ainda, admitindo-se a interpretação extensiva, a lei estabeleceria um núcleo essencial, capaz de servir de suporte para outras situações. Não se cria nova hipótese, estando ela implícita no núcleo.

Tendo em vista o amplo debate a respeito do assunto, bem como a importância prática que gravita em torno do tema, o STJ afetou a matéria através do tema 988 para julgamento pelo sistema de recursos repetitivos.

Essa conjectura composta pela evolução histórica do tema no ordenamento nacional, pelas alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como pelos divergentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, será analisada ao longo do trabalho.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Propondo-se a analisar as recentes mudanças ocorridas no tratamento legislativo do recurso de agravo de instrumento, o presente trabalho irá focar em um dos institutos jurídicos que sofreu as mais variadas alterações legislativas, promovidas ao longo dos últimos 80 anos (considerando o Código de Processo Civil de 1939 como marco histórico dessa análise).

As mais variadas reformas promovidas nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, bem como a aprovação do diploma processual de 2015, buscaram implementar o direito fundamental estabelecido no art. 5º, LXXVIII, da CF, tentando-se combater os efeitos deletérios do tempo na concretização dos direitos.

Neste contexto, a intensa variação de tratamento legislativo sofrida pelo agravo pode ser atribuída à sua principal função dentro do ordenamento processual, qual seja, a de desafiar decisões judiciais proferidas no transcorrer da marcha processual. Sendo um recurso que afeta diretamente o desenrolar dos atos processuais, o agravo foi objeto de intenso debate na doutrina e na jurisprudência, discussões estas que, sob o pretexto de fornecer maior celeridade ao processo, fundamentaram as intensas variações legislativas ocorridas.

De acordo com Didier (2018, p. 239), “a história do direito processual no Brasil revela que o cabimento de recurso contra decisão interlocutória sofreu manifesta variação ao longo do tempo, havendo períodos em que se admitia a recorribilidade da interlocutória e outros em que tal decisão não era passível de impugnação”.

A existência do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, da CF)

pode induzir à conclusão de que a toda decisão judicial, deve haver um recurso correspondente. Como lembra Alvim (2018, p. 14):

O equívoco deve ser afastado, pondo-se em relevo que a ampla defesa não supõe necessariamente o recurso [...]. A referência constitucional constitui um indicativo para o legislador ordinário, que, ao disciplinar o processo, pode considerar as hipóteses em que, pela relevância da matéria mereça tramitar pela dupla instância; não que, para todo e qualquer processo, deva prever obrigatoriamente o recurso, pois tal exegese funcionaria na contramão do preceito constitucional.

Uma visão geral, ainda que em linhas gerais (dentro das limitações do presente trabalho), acerca do tratamento legislativo conferido ao agravo, fornecerá ferramentas para a conclusão final a que se propõe o estudo: analisar a interpretação mais adequada do novel rol estabelecido pelo art. 1.015, a partir da entrada em vigor do CPC de 2015.

Segundo Gonzalez (2016, p. 23), a análise histórica da recorribilidade das decisões interlocutórias, divide-se em cinco períodos. “O primeiro deles abarca a vigência das Ordenações Filipinas até o Decreto 736, de 19 de setembro de 1890; o segundo período vai até a promulgação do Código de Processo do Estado da Bahia; o terceiro, até a promulgação do CPC/1939; o quarto examina o CPC/1939; já o quinto cuida da vigência do CPC/1973”.

O estudo concentrar-se-á apenas nos dois últimos períodos, e também no tratamento dado à matéria pelo CPC/2015. Isso porque são esses lapsos temporais que oferecem fundamentos para a resposta do ponto central do trabalho: a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015, e sua interpretação mais adequada.

2.1 O AGRAVO NO CPC/1939

De acordo com Gonzalez (2016, p. 63):

O CPC/1939 não continha um artigo específico no qual eram enumerados e definidos os atos do juiz, ao contrário do que aconteceu com os códigos de processo civil que lhe são posteriores. Assim, tal conceituação deveria ser buscada na doutrina, verificando-se se a classificação do direito anterior, que dividia as sentenças em interlocutórias (simples e mixtas) e definitivas, ainda persistia.

De acordo com Vinicius Silva Lemos (2018) o sistema processual até o ano de 1939 era regido nacionalmente por leis esparsas, inclusive as ordenações portuguesas e, em nível estadual, pelos respectivos Códigos de Processo Civil. Portanto, não havia, até aquele momento, uma lei federal completa para reger um sistema processual brasileiro. A

Constituição Federal de 1934, posteriormente também a de 1937, inseriu a necessidade de uma codificação processual civil nacional e, conseqüentemente, a competência federal para legislar sobre o processo civil.

O art. 808 do CPC de 1939 estabelecia que, à época, eram admissíveis os seguintes recursos: apelação, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, agravo, revista, embargos de declaração, recurso extraordinário.

Por sua vez, o art. 841 estabelecia que os agravos serão de instrumento, de petição ou no auto do processo, podendo ser interpostos no prazo de 5 dias.

O agravo de petição seria processado nos mesmos autos, e poderia ser interposto contra as decisões que “impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito” (art. 846 do CPC/1939).

Como lembram Didier e Cunha (2018, p. 240):

O agravo de instrumento era o recurso cabível contra as decisões interlocutórias expressamente indicadas, significando dizer que não era qualquer decisão interlocutória que poderia ser alvo de um agravo de instrumento, mas apenas aquelas expressamente discriminadas no art. 842 do CPC-1939 ou em disposição de lei extravagante. Por seu turno, o agravo no auto do processo destinava-se a evitar a preclusão de certas decisões, tais como as que rejeitassem as “exceções” de litispendência ou de coisa julgada (se acolhidas, cabia agravo de petição). De igual modo, o agravo no auto do processo cabia de decisões que não admitissem a prova requerida ou cerceassem, de qualquer forma, a defesa do interessado. Cabia, ainda, o agravo no auto do processo contra decisões que concediam, na pendência do processo, medidas preventivas (se a medida fosse preparatória, não cabia o agravo no auto do processo, mas o agravo de instrumento; cabia agravo no auto do processo, se se tratasse de medida preventiva, e não preparatória). Somente cabia o agravo no auto do processo se a decisão concedesse a medida preventiva; negada que fosse, não cabia o agravo no auto do processo: tratava-se de decisão irrecurável, sendo, no caso, manejados sucedâneos recursais, a exemplo do mandado de segurança, reclamação, correção parcial, pedido de reconsideração e quejandos. E, finalmente, cabia o agravo no auto do processo se ocorresse decisão que não fosse terminativa, proferida ao ensejo do saneador.

O CPC de 1939 consagrou a regra da irrecorribilidade dos despachos interlocutórios, segundo a qual eles somente eram recorríveis nas hipóteses previamente previstas em lei. Nesse sentido: Alcides de Mendonça Lima (1957), José Frederico Marques (1960), Moacyr Amaral Santos (1971).

Humberto Theodoro Jr (2003) “o Código de Processo Civil de 1939 não consagrou a livre recorribilidade das interlocutórias. O agravo de instrumento era de incidência limitada

aos casos enunciados em lei, e apenas muito excepcionalmente se lhe atribuída efeito suspensivo”.

Trecho extraído da exposição de motivos do CPC de 1939 explica a mentalidade empregada no diploma, ao afirmar que “quanto aos recursos, foram abolidos os dos despachos interlocutórios. Tais recursos concorriam para tumultuar o processo, prolongá-lo e estabelecer confusão no seu curso. Fundavam-se na sua generalidade em matéria de caráter puramente processual, e só se justificariam em um sistema de processo concebido de maneira rígida ou hierática, como tento por única finalidade a estrita observância das suas regras técnicas, sem atenção ao seu mérito e à sua finalidade. Este ponto encontra, igualmente, ampla justificação em Willoughby”.

A irrecorribilidade, tal como mencionada na exposição de motivos, não foi absoluta, como se infere da análise do art. 842 do CPC de 1939, o qual estabelecia um rol de hipóteses em que o recurso seria cabível. Essa opção fez Lima (1957) afirmar que o Brasil tinha adotado um sistema intermediário, eclético, segundo o qual, a regra era a irrecorribilidade, mas com mitigações.

Sobre o sistema de decisões interlocutórias no CPC/1939, não havia recorribilidade imensa e ampla, tendo o legislador sistematizado em uma lista de hipóteses em que seria possível recorrer. As demais necessitavam de manifestação para posterior alegação em preliminar de apelação (LEMOS, 2018, p. 30).

O agravo apresentava uma formatação específica no CPC de 1939: havia um rol taxativo e, considerando a existência de dúvida quanto ao seu cabimento ou o da apelação, havia a previsão expressa de fungibilidade recursal naquele Código (DUARTE JR, 2019). Isso porque o art. 810 do diploma processual estabelecia que “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

Como lembra Gonzalez (2016, p. 78), nesse cenário, o diploma de 1939 estabeleceu dois recursos contra a decisão interlocutória; o agravo de instrumento (art. 842) e o agravo no auto do processo (art. 851). Isso porque, como visto acima, o agravo de petição era previsto para as decisões extintivas do processo, sem análise de mérito, ou seja, não se trata de recurso contra decisão proferida no curso processual. Por isso a afirmação de que o CPC de 1939, na verdade, previa dois agravos contra decisões interlocutórias, e não três, como poderia levar a crer uma leitura apressada do art. 841.

Dessa forma, a função precípua do agravo de instrumento era levar o processo ao Tribunal imediatamente, com a impugnação da decisão interlocutória. Em outra vertente, o

agravo no auto do processo era o embrião do futuro agravo retido, com a petição interna ao processo, somente para ratificação posterior. Por sua vez, o agravo de petição previa uma função que seria da apelação, mas somente inerente às sentenças terminativas (LEMOS, 2018, p. 33).

A doutrina, à época, apontava dois pontos de problemática crucial para o agravo de instrumento. O primeiro era a existência de hipóteses taxativas de interposição, enquanto que o segundo era a ausência de efeito suspensivo.

Tais características desencadearam reações inesperadas por parte dos operadores jurídicos. A fim de combater tal problemática, passou-se a utilizar, de forma indiscriminada, o mandado de segurança, tanto para questionamento de decisões não previstas inicialmente no rol do art. 842 como também para atribuição de efeito suspensivo à decisão. Tal situação ocasionava hipóteses em que os litigantes interpunham agravo de instrumento contra a decisão e mandado de segurança para atribuição de efeito suspensivo. Segundo Theodoro Jr, “como muitos eram os casos de decisões não agraváveis ou recorríveis sem efeito suspensivo, era comum o apelo dos litigantes a meios impugnativos esdrúxulos, como a correção parcial e, principalmente, o mandado de segurança”.

Para Lemos (2108, p. 35), “com tantas incertezas num campo de recorribilidade caótico, entupindo os Tribunais desnecessariamente, o CPC/1973, quando foi imaginado, optou em ter uma efetividade e resolução nessa questão”.

2.2 O AGRAVO NO CPC/1973

O CPC de 1973 inaugurou uma nova fase do direito processual civil brasileiro, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1974 (art. 1.220 do CPC/1973, renumerado pela Lei n. 5.925/1973). Ressalte-se que antes mesmo da entrada em vigor do novo diploma processual o regramento passou por modificações promovidas pela supracitada Lei n. 5.925/1973, a qual alterou, inclusive, a disciplina do agravo de instrumento, objeto central do estudo.

A principal alteração promovida pelo CPC de 1973 quanto à disciplina do agravo de instrumento foi a instituição da ampla recorribilidade das decisões interlocutórias. Vale lembrar que tal disposição contrariava frontalmente a sistemária recursal prevista pelo anterior diploma, que tinha como um de seus pilares a taxatividade das hipóteses de recorribilidade das decisões interlocutórias. Ademais, como lembram Didier e Cunha (2018, p. 241), com o advento do novo código, restou extinto o antigo agravo de petição. A partir disso toda sentença, independentemente de seu conteúdo, desafiaria um único recurso, qual seja, a apelação.

Outro ponto a ser destacado com a entrada em vigor do CPC de 1973, a partir da alteração promovida pela lei n. 5.925/1973, ainda na *vacatio legis* do diploma processual, foi a criação do agravo retido. Nos dizeres de Lemos (2018, p. 37):

Era possível pleitear-se de maneira retida, a critério da parte, caso quisesse deixar a impugnabilidade para o momento da apreciação do Tribunal no julgamento da apelação, somente tendo a necessidade de reiterá-la no recurso impugnativo da sentença, caso ainda fosse interesse do agravante. Dessa maneira, a lei 5.925/73 criou o agravo retido, ainda que fosse de modo opcional à parte. Evidente que uma recorribilidade por instrumento demonstrava um caminho mais fácil do que a forma retida, com a postergação da revisão do Tribunal para momento posterior à sentença, como a escolha ficava para a parte, claramente a utilização do retido foi inócua, com a consequente ampliação da utilização do agravo de instrumento.

Na sistemática originária de 1973, o agravo de instrumento passou a ser o recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória. O art. 522, em sua redação dada a partir da Lei n. 5.925/1973, estabelecia que “das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento”. Resguardava-se, assim, a irrecorribilidade dos despachos. Segundo o art. 162, §2º, as decisões interlocutórias eram aquelas pelas quais o juiz, no curso do processo, resolvia questão incidente.

A sistemática de interposição, no entanto, permaneceu inalterada, mantendo-se o prazo de cinco dias, bem como a necessidade de protocolamento no juízo de primeira instância, cabendo ao agravante indicar as peças que seriam trasladadas pelo escrivão. O recurso não tinha efeito suspensivo, salvo em hipóteses expressamente previstas na redação originária do art. 558. Todavia, rememora Theodoro Jr. (2003) que a parte acabava “por lançar mão do mandado de segurança para se valer da liminar obtida em segunda instância, com que se suspendiam os efeitos até o julgamento do agravo”. Dessa forma, se por um lado, ao permitir a ampla recorribilidade das interlocutórias, o CPC acabava com a utilização do mandado de segurança para impugnação da própria interlocutória, por outro, o recurso continuava a ser utilizado para obtenção de efeito suspensivo à decisão guerreada. O prejuízo ao bom andamento da marcha processual era o mesmo.

Ao longo de sua história, o CPC de 1973 passou por significativas alterações legislativas, promovidas, principalmente, pelas Leis n. 9.139/1995, 10.352/2001 e 11.187/2005. Tais modificações trataram desde o cabimento do recurso até sua tramitação.

2.2.1 Alterações promovidas pela Lei n. 9.139/1995:

A partir da edição da Lei n. 9.139/1995, o recurso que antes era denominado de agravo de instrumento passou a receber a designação genérica de agravo (art. 522, *caput*), tendo duas modalidades distintas: agravo de instrumento e agravo retido. Tal posicionamento, inclusive, já era defendido por Tereza Arruda Alvim Wambier (1995, p. 111), para quem o recurso era somente um: agravo, que poderia ter dois regimes, por instrumento e retido.

Lembra Gonzalez (2016) que, quanto ao cabimento, só houve duas modificações: a) explicitação do termo *interlocutórias*, no art. 522; e b) indicação expressa de que, contra decisões posteriores à sentença, somente era admissível o agravo retido, exceto aquelas que inadmitissem a apelação, que seriam impugnáveis por agravo de instrumento. Moreira (1998, p. 24) defendia que tal exceção deveria ser estendida à impugnação da decisão que versasse sobre os efeitos nos quais a apelação seria recebida, já que, neste caso, o agravo retido tornaria inócua a pretensão recursal.

Sendo essas duas exceções as únicas listadas pela lei e pela doutrina, Gonzalez (2016, p. 140) defende que, ainda após a Lei n. 9.139/1995 a regra continuou a ser a de que o agravante tinha liberdade para optar por recorrer segundo o regime do agravo de instrumento ou do agravo retido.

Ademais, o agravo que na sistemática original do CPC de 1973 deveria ser interposto no prazo de cinco dias, passou a contar com prazo de dez dias para interposição e apresentação de contrarrazões, em ambas as modalidades.

Além disso, deveria ser interposto diretamente no Tribunal, cabendo ao agravante a formação do instrumento com as peças obrigatórias e a comunicação do juízo de origem acerca do manejo da medida.

Para corrigir a distorção ocasionada com a utilização do mandado de segurança como meio de obtenção de efeito suspensivo à decisão, o art. 558 passou a prever hipóteses em que o relator do recurso perante o Tribunal poderia conceder referido efeito.

2.2.2 Alterações promovidas pela Lei n. 10.352/2001

A fim de eliminar - ou ao menos restringir - a ampla liberdade de escolha dada à parte para optar pela modalidade de interposição do agravo (se retido ou por instrumento), a Lei n. 10.352/2001 estabeleceu hipóteses em que o agravo retido seria obrigatório. A partir do referido diploma legislativo, o art. 523, §4º, passou a dispor que era “retido o agravo das

decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”.

Não bastasse isso, a lei trouxe importantes modificações acerca dos poderes do relator, para além daqueles que já detinha anteriormente. Especificamente em relação ao agravo, havia a importante previsão do art. 527, II, segundo o qual o relator, ao receber o processo no Tribunal, poderia converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratava de provisão jurisdicional de urgência ou houvesse risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação. Dessa decisão do relator, caberia agravo interno ao órgão colegiado competente. Nos dizeres de Lemos (2018, p. 45), criou-se um requisito transversal para o agravo de instrumento.

Didier (2003, p. 55) defende que a partir da conjugação dos arts. 523, §4º, e 527, II, a Lei n. 10.352/2001 encerrou a possibilidade de escolha, por parte do recorrente, entre o agravo retido e o de instrumento. Isso porque, apesar de a lei não definir a modalidade de interposição para outras situações que não aquelas listadas no art. 523, §4º, em qualquer uma poderia a partir de então o relator converter a modalidade de instrumento para retido.

Segundo Gonzalez (2016, p. 144), a Lei n. 10.352/2001 promoveu outras alterações no regime jurídico do agravo, ainda que não relacionadas ao cabimento, como: a) fim da previsão de prazo para juízo de retratação no agravo retido; b) indicação de que, não havendo informação no juízo *a quo*, no prazo de três dias, acerca da interposição de agravo de instrumento, o recurso não seria admitido, desde que arguido e provado pelo agravante; c) fixação de um roteiro para o processamento do agravo de instrumento no art. 527, contando com a indicação expressa da possibilidade de concessão de efeito suspensivo ativo.

2.2.3 Alterações promovidas pela Lei n. 11.187/2005

A derradeira modificação substancial no regime do agravo de instrumento foi introduzida pela Lei n. 11.187/2005, a qual estabilizou o instituto até a vigência do CPC de 2015.

A principal alteração foi a instituição do agravo retido como regra do sistema a partir de então. Para interposição do agravo de instrumento, haveria necessidade de fundamentação excepcional que se enquadrasse em decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

No entanto, em duas situações objetivas, o Código continuava a prever a interposição

de agravo de instrumento: inadmissibilidade da apelação pelo juízo de primeiro grau e efeitos em que a apelação fosse recebida.

Em que pese o esforço legislativo, o resultado prático da alteração foi inócuo para o andamento do processo. Como ressalta Lemos (2018, p. 49):

O cotidiano e a prática forense não acataram o agravo retido como regra, pelo fato de sempre ensejarem a gravidade e possibilidade de difícil reparação – seja no direito material ou processual – nas decisões interlocutórias impugnáveis. Desse modo, por mais que o art. 522, reescrito por essa lei, estabelecesse o retido como regra, não logrou êxito o seu intento. A utilização do agravo de instrumento, mesmo com a necessidade de fundamentação e comprovação da grave lesão e difícil reparação, passou a ser regra, nunca exceção, diferindo do intuito que a própria lei trouxe. As partes, quando intentavam impugnabilidade da decisão interlocutória, sempre preferiam a forma instrumental, ainda que a nova redação trouxesse outro caminho, no caso, o retido. O que se imaginou na legislação não se reproduziu no dia a dia jurídico.

2.3 O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015

Na atual codificação, o recurso de agravo vem disciplinado entre os arts. 1.015 e 1.021 do CPC, podendo-se acrescentar ainda os parágrafos do art. 1.009, pois, em que pese estarem no capítulo dedicado ao recurso de apelação, acabam tratando do agravo de instrumento.

O Código estabelece que o agravo de instrumento é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias. Segundo Gajardoni et. al. (2018, p. 1.028), o conceito de decisão interlocutória é tido por exclusão sucessiva. O Código utiliza os critérios finalístico e de conteúdo para definição do conceito de sentença. Para o diploma, sentença é o provimento que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução, com fundamento em alguma das situações previstas nos arts. 485 e 487. Por exclusão, decisão interlocutória será todo e qualquer pronunciamento do juiz que não seja sentença (critério residual). Havendo decisão, e não sendo sentença, será decisão interlocutória.

Para Lemos (2018, p. 68), a modificação em relação ao agravo foi intensa, com alterações significativas no instituto em si, talvez sendo o recurso mais foi alterado no ordenamento e causando impacto em sua própria existência e utilização na prática.

O prazo que antes era de dez dias passou a ser de quinze, com a unificação de todos os recursos, com exceção apenas dos embargos declaratórios (art. 1.003, §5º).

Além disso, o CPC de 2015 extinguiu a possibilidade de agravo retido, como anteriormente previa o CPC de 1973. Somente pela via instrumental é possível a interposição de agravo no atual sistema.

Entretanto, ao contrário de seu antecessor, que afirmava genericamente que o agravo de instrumento seria cabível das decisões interlocutórias, o CPC de 2015 estabelece, em seu art. 1.015, que das decisões interlocutórias que versarem sobre as matérias constantes do dispositivo será possível o manejo do recurso. A interpretação do rol previsto em referido dispositivo será tratada em tópico próprio e constitui o ponto central da modificação formulada pela nova lei. Por ora, basta afirmar que o novo Código previu hipóteses específicas de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Para aquelas matérias ali não constantes, o CPC reserva a possibilidade de questionamento por meio de preliminar em eventual recurso de apelação ou em contrarrazões (art. 1.009, §1º).

No entanto, como lembram Didier e Cunha (2018, p. 244):

Esse regime, porém, restringe-se à fase de conhecimento, não se aplicando às fases de liquidação e de cumprimento de sentença, nem ao processo de execução de título extrajudicial. Nesses casos, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento (art. 1.015, p. ú., CPC). Como o processo de falência é um processo de execução universal, também caberá, sempre, agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, nesses casos. Também cabe agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida em processo de inventário (art. 1.025, p. ú., CPC).

Neste contexto, destaca-se ainda a possibilidade de agravo de instrumento prevista na lei de improbidade administrativa (art. 17, §10º, da Lei n. 8.429/1992) e na lei da ação popular (art. 19, §1º, da Lei n. 4.717/1965).

Como ensina Neves (2019, p. 1.813), as decisões interlocutórias não previstas no art. 1.015 não se tornam irrecorríveis. O que ocorre é que elas não sofrem a preclusão imediata de seu conteúdo, podendo ser impugnadas por meio de preliminar de eventual recurso de apelação ou, ainda, em contrarrazões.

A sistemática, com as devidas ressalvas, rememora aquela estabelecida pelo CPC de 1939. Aliás, como lembra o supracitado autor (NEVES, 2019, p. 1.814), corre-se sério risco de nova popularização do mandado de segurança, que passará a ser adotado onde atualmente se utiliza do agravo quando este tornar-se incabível. Já há precedente no sentido de que diante da incerteza a respeito do cabimento do agravo de instrumento, deve-se admitir

mandado de segurança (STJ, 4ª turma, RMS 58.578/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 18/10/2018, DJe 25/10/2018). Tal efeito, recorda-se, era durante criticado pela doutrina do CPC de 1939 e foi frontalmente combatido pela entrada em vigor do CPC de 1973, como visto anteriormente.

Gonzalez (2016, p. 253), no entanto, alerta que a legislação brasileira tem como marca a enumeração casuística das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sendo o CPC de 1973 uma exceção quanto ao tema. Nesse contexto, o CPC de 2015 cede à tradição histórica e, sem seu art. 1.015, destaca um rol de decisões sujeitas ao agravo de instrumento.

Não será objeto do presente trabalho tratar especificamente sobre as matérias constantes do art. 1.015. Como dito no tópico introdutório, a pesquisa se volta às possíveis interpretações do rol ali estabelecido e seu enfrentamento pelo STJ.

3 INTERPRETAÇÃO DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC DE 2015

Nesse momento, chega-se ao ponto central do presente estudo. Buscar-se-á apresentar as diferentes formas de interpretação que vêm sendo aplicadas ao art. 1.015 do CPC de 2015, expondo o panorama geral enfrentado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Como visto anteriormente, dentre as alterações promovidas pelo CPC de 2015, encontra-se o art. 1.015. Citado dispositivo lista um rol de situações processuais abstratas em que, em princípio, será possível a interposição de Agravo de Instrumento, devolvendo a matéria ao respectivo Tribunal para reanálise. Com a entrada em vigor do diploma processual, a doutrina passou a debater se o rol previsto no supracitado dispositivo é taxativo ou meramente exemplificativo. Há ainda uma terceira vertente, a qual entende que o rol é taxativo, mas admite interpretação extensiva.

A diferença de conclusão pode levar a dois caminhos distintos. Concluindo-se de que se trata de rol taxativo, qualquer outra decisão interlocutória que trate de matéria não prevista na listagem não poderia ser atacada por meio de Agravo de Instrumento. Não significa dizer que o pronunciamento judicial é irrecorrível ou que estaria sujeito à preclusão imediata. Nessas situações, a matéria deveria ser reconduzida à discussão por meio de preliminar em eventual recurso de apelação ou contrarrazões, estando sujeita ao que Zulmar Duarte de Oliveira Jr (2018, p. 1.015) chama de *preclusão elástica*.

Por outro lado, o entendimento de que se trata de rol meramente exemplificativo possibilitaria a interposição de Agravo, mesmo que a decisão interlocutória não estivesse

expressamente prevista no rol do art. 1.015. Para essa vertente, não foi interesse do legislador restringir demasiadamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Nesse contexto, o rol previsto pelo citado dispositivo é meramente exemplificativo, sendo complementado pela seguinte regra: quando a apelação não for capaz de tutelar satisfatoriamente o direito supostamente violado por uma decisão interlocutória, o agravo de instrumento é o recurso cabível.

Há, ainda, uma terceira via, a qual afirma que o rol previsto pelo art. 1.015 é taxativo, admitindo, entretanto, interpretação extensiva. O ponto de diferenciação para a corrente em relação ao posicionamento anterior reside no fato de que, para essa vertente, as matérias agraváveis devem estar contidas nas hipóteses do art. 1.015, mesmo que não expressamente listadas.

Apresentado esse primeiro delineamento, passa-se a discorrer sobre as três hipóteses trabalhadas.

3.1 ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO

Para essa corrente, a enumeração realizada pelo art. 1.015 é meramente exemplificativa, admitindo-se a interposição do agravo de instrumento fora das hipóteses ali previstas, sempre que a apelação não puder tutelar satisfatoriamente o direito abstratamente debatido pelas partes no processo.

Para Gonzalez (2016, p. 370), não se pode afirmar que o critério acima (inaptidão de tutela pela apelação), tenha sido o único utilizado pelo legislador para definição das hipóteses discriminadas no rol. Lembra o autor que hipóteses sujeitas ao agravo retido no último período de vigência do CPC de 1973, foram eleitas pelo legislador para serem impugnáveis por agravo de instrumento no CPC de 2015. Como exemplo: a) rejeição da alegação de convenção de arbitragem (art. 1.015, III); b) deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica formulado na fase de conhecimento (art. 1.015, IV); c) indeferimento do requerimento de exibição incidental de documento ou coisa (art. 1.015, VI); e d) admissão da intervenção de terceiros (art. 1.015, IX).

No entanto, continua o autor

Apesar dessas considerações, é acertado afirmar que a inaptidão da apelação para tutelar o direito possivelmente violado foi um parâmetro utilizado pelo legislador ao elaborar o art. 1.015. Desta forma, deve-se entender que, além das hipóteses expressamente previstas no art. CPC/2015, são agraváveis todas as decisões interlocutórias cujo reexame postergado seja incapaz de oferecer uma tutela satisfatória.

Em sentido semelhante, Nelson Rodrigues Netto (2014, p. 249) afirma que a recorribilidade das decisões interlocutórias estaria submetida à análise de dois fatores: a) tutela de urgência; e b) inutilidade do recurso.

Gonzalez (2016, p. 370) propõe que a apelação seja considerada inapta, e, portanto, possível a interposição de agravo, quando se responder positivamente a ao menos uma das seguintes questões:

a) a decisão interlocutória pressupõe o reexame imediato, isto é, a sujeição ao agravo de instrumento é uma decorrência da decisão interlocutória?; b) faltaria interesse recursal à futura apelação, isto é, ela seria incapaz de promover um resultado útil ao recorrente?; c) a postergação do reexame implicaria a assunção de riscos processuais relevantes ou poderia impor prejuízo considerável às partes?.

Como dito anteriormente, o posicionamento é semelhante ao que entende de que o rol do art. 1.015 é taxativo, mas admite interpretação extensiva. Porém, ao contrário deste, essa corrente entende ser desnecessária semelhança da hipótese recorrida com alguma daquelas tratadas pelo art. 1.015, concentrando-se, por outro lado, na aptidão da apelação para tutelar a hipótese a contento. Assim, deixa-se e exigir que o intérprete se desincumba do ônus argumentativo de demonstrar semelhança com alguma das decisões pontualmente previstas no art. 1.015.

3.2 ROL TAXATIVO COM INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

Ao contrário do defendido pela corrente acima, essa variável entende que o rol do art. 1.015 é taxativo, devendo ser interpretado restritivamente. Inadmitte-se, assim, a ampliação das hipóteses trazidas pelo legislador.

Como autores que defendem essa interpretação, podemos citar: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 533), Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 9), José Miguel Garcia Medina (2015, p. 1.230), Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. (2018, p. 1.029)

Para Alvim (2018, p. 42), o art. 1.015 consagra em *numerus clausus* (número fechado) as hipóteses que podem ser impugnadas por agravo de instrumento, “de modo que essa relação deve ser entendida com caráter restritivo, de modo que o caso que não se enquadrar nesse figurino só poderá ser objeto de alegação como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação”.

Nos dizeres de Lemos (2018, p. 70):

No processo de conhecimento, houve uma escolha pela taxatividade, na dicção do art. 1.015, imbuindo que somente algumas poucas hipóteses decisórias serão passíveis de impugnação imediata via agravo de instrumento. As demais formas de decisões interlocutórias ganharão a nomenclatura de não agraváveis de instrumento e serão passíveis de impugnação posterior, via preliminar de apelação ou contrarrazões, nos moldes do art. 1009, §1º. [...]

Uma opção do legislador por trazer o rito da recorribilidade geral das interlocutórias do juizado especial cível para o processo de conhecimento comum, postergando a impugnação da maioria das espécies de decisões interlocutórias para o momento recursal impugnativo da sentença.

[...]

Uma complexa opção dogmática e legislativa, imputando ao sistema anteriormente amplo de recorribilidade da decisão interlocutória, um atraso ao processo de forma geral. A impugnabilidade dessas decisões existentes durante o processo de conhecimento, teoricamente trazia o atraso à demanda, o que, ao limitar as hipóteses de agravo, tender-se-á a ter uma demanda mais enxuta, com menos possibilidade de recorribilidade a cada decisão. Uma visão um tanto casuística para aplacar e reformar o sistema de impugnação das interlocutórias. De acordo com a exposição de motivos do CPC/2015, haveria uma modificação para tornar o sistema recursal geral de primeiro grau mais simplificado, “com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado. Numa explicação geral, a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias ganhou um ar de atraso processual, como um vilão para a celeridade processual ou, ainda, a duração razoável do processo.

No mesmo sentido, o posicionamento de Gajardoni et. al. (2018, p. 1.029):

O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. O ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, com o pretendido desafogo ao Poder Judiciário. Voltou-se ao regime do CPC de 1939 (art. 842), historicamente reconhecido como desastroso (por isso alterado no CPC de 1973), na medida em que o legislador não consegue represar a realidade em seus esquemas formais.

Segundo a doutrina apontada, a caracterização do rol do art. 1.015 como de listagem taxativa, *numerus clausus*, inadmitindo ampliação hermenêutica das hipóteses legalmente previstas, foi a opção formalizada pelo legislador. Para essa corrente, apesar de não ser o sistema ideal, foi a escolha realizada pelo legislador, devendo ser respeitada pelos intérpretes e aplicadores do Direito.

Criticando a escolha adotada, Lemos (2018, p. 73) afirma que:

O legislador, como já explanamos, optou pelo sistema taxativo de recorribilidade, porém, talvez, o correto seria, dentro desse mesmo caminho, possibilitar uma maior quantidade de hipóteses de decisões interlocutórias impugnáveis pelo agravo de instrumento. Um rol com 11 hipóteses, como as dispostas no art. 1.015 – existem outras no próprio CPC/2015 – não foi a melhor das soluções.

Gajardoni *et al.*, por sua vez, sustentam que:

De fato, a opção legislativa não foi feliz ao estabelecer rol fechado quanto ao cabimento do agravo, tampouco deu conta da realidade processual nas hipóteses listadas no art. 1.015. Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer o sistema preclusivo eleito pelo Código.

Mesmo que a escolha legislativa não seja a melhor opção, alargar as hipóteses legais de impugnação das decisões por meio de agravo de instrumento poderia, como ressaltado acima, afrontar o sistema de preclusão das decisões judiciais eleito pelo CPC de 2015.

Ao analisar o art. 1.015 em conjunto com o art. 1.009 do CPC de 2015, pode-se afirmar que o Código estabeleceu o seguinte sistema preclusivo para as decisões judiciais: a) para as matérias constantes do rol do art. 1.015, a preclusão ocorre de forma imediata, caso a parte não impugne a decisão dentro do prazo de quinze dias, previsto para o agravo; b) para aquelas matérias não constantes do rol, a preclusão não será imediata, mas sim diferida, somente se configurando quando a parte não devolva a matéria ao Tribunal, por meio de preliminar de apelação ou contrarrazões. Trata-se do que Gajardoni *et al.* nomeia de *preclusão elástica* (2018, p. 1.030).

Ao ampliar casuisticamente as hipóteses de cabimento do recurso, importante efeito colateral será gerado ao sistema processual. Como doutrinam Gajardoni *et al.* (2018, p. 1.030):

Quando ampliadas as hipóteses de recorribilidade para situações não antecipadas pelo legislador, há um importante efeito colateral: erigem-se a latere do ordenamento jurídico novas hipóteses de preclusão imediata. Como anteposto, o sistema preclusivo erigido pelo Código está estritamente vinculado às hipóteses de cabimento do agravo. A ampliação das situações de cabimento pode acarretar maior extensão da ocorrência da preclusão imediata, como se depreende do art. 1.009, §§ 1º e 2º, do CPC. [...] Assim, a ampliação jurisprudencial dos temas passíveis de serem objeto de agravo pode trazer a reboque a expansão da

ocorrência da preclusão imediata no processo, sobre temas sequer imaginado pelas partes, exatamente aqueles colhidos pela extensão. As partes confiando no sistema eleito não interporiam agravo de instrumento, sendo que posteriormente seriam surpreendidas pelo não conhecimento do tema em sede de apelação (art. 1.009, §§1º e 2º), sob o argumento de que deveriam ter recorrido imediatamente, pois a matéria estaria compreendida em uma interpretação extensiva no art. 1.015. O quadro gestado a partir disso seria de grave insegurança jurídica, em que a definição do sistema preclusivo vai depender de interpretações sobre o quanto pode ser esticado o rol do art. 1.015.

No contexto do acima citado, vale rememorar que o Código, em seu art. 926, estabelece que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Como lembra Neves (2019, p. 1.597), “trata-se de importante dispositivo legal que corrobora a maior aposta do Código de Processo na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os tribunais deem o exemplo”.

Pelos fundamentos acima, a ampliação hermenêutica casuística do rol de hipóteses legais previstas pelo legislador parece contrariar o sistema processual eleito pelo Código de Processo Civil de 2015.

3.3 ROL TAXATIVO COM INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Para Reale (2002, p. 298) “na interpretação extensiva, ao contrário, parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz. É a razão pela qual se diz que entre uma e outra há um grau a mais na amplitude do processo integrativo”.

Para Didier e Cunha (2018, p. 249) as hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade, porém, não é incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.

A interpretação extensiva é aquela que amplia o sentido da norma para além do contido em sua literalidade.

Para os supracitados autores:

A interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. As hipóteses de agravo de instrumento são taxativas e estão previstas no art. 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política

judiciária. É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequentialismo. Como se sabe, o consequentialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta.

Na mesma linha, Neves (2019, p. 1.815) defende “uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização de raciocínio analógico para tornar recorríveis por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal. Desde que se mantenham a razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, parece ser uma boa solução”.

Para o autor, uma forma segura de interpretação analógica é exigir que as hipóteses de cabimento respeitem o princípio da isonomia, não sendo viável se defender a recorribilidade a depender do conteúdo positivo ou negativo da decisão. O que deve interessar é a questão decidida, e não seu acolhimento ou rejeição, seu deferimento ou indeferimento ou sua concessão ou negação.

Trata-se da tese vencedora no julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia n. 1.704520/MT, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrichi.

3.4 POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE O TEMA

Ao contrário do CPC de 1973 que instituiu a ampla recorribilidade das interlocutórias, o CPC de 2015 optou por reestabelecer o sistema existente na vigência do CPC de 1939 com um rol de hipóteses limitadas que estão sujeitas a questionamento por meio de agravo de instrumento.

Antes mesmo da vigência do atual diploma processual, a doutrina já controvertia a respeito das possíveis interpretações, surgindo, como dito anteriormente, três vertentes: a) rol taxativo, com interpretação restritiva; b) rol taxativo, admitindo interpretação extensiva ou analógica; e c) rol meramente exemplificativo.

Dada a polêmica em torno do tema, rapidamente a questão chegou ao STJ.

Inicialmente, os dois primeiros posicionamentos listados acima ganharam força na corte superior.

Pela taxatividade restrita: AgRg no Ag 1433611/MS, j. 15/12/2016; RMS 54969/

SP, j. 10/10/2017; REsp 1701917/RJ, j. 24/10/2017; REsp 1700308/PB, j. 17/04/2018; REsp 1740305/SP, j. 14/08/2018.

Pela taxatividade mitigada: REsp 1679909/RS, j. 14/11/2017; REsp 1694667/PR, j. 05/12/2017; REsp 1694667/PR, j. 05/12/2017.

Diante desse cenário de decisões divergentes, menos de dois anos após a entrada em vigor do CPC de 2015, o STJ, em 20 de fevereiro de 2018, afetou o tema 988, para “definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”.

Após longa discussão, a Corte Especial, em 5 de dezembro de 2018, concluiu o julgamento do tema 988, através dos Recursos Especiais n. 1.696396/MT e 1.704520/MT, para estabelecer que “rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

A decisão restou assim ementada (STJ, REsp n. 1.704520/MT, Corte Especial, rel^a Min^a Nancy Andrighi, j. 5-12-2018):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com a normas fundamentais

do processo civil, na medida em que sobrevive questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repriminção do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.

9- Recurso especial conhecido e provido.

Como se nota da tese firmada, bem como da ementa do acórdão publicado, o STJ aparentemente passa a adotar uma quarta possibilidade de interpretação do rol do art. 1.015 do CPC. Isso porque expressamente o acórdão afasta a aplicação das duas vertentes da taxatividade (restritiva e extensiva), bem como não abraça a tese de mera exemplificação das hipóteses ali tratadas. Ao afirmar que se trata de um rol de taxatividade mitigada, a Corte Especial definiu que as hipóteses impugnáveis por agravo de instrumento são aquelas tratadas pelo art. 1.015 do CPC. No entanto, sempre será possível a interposição do recurso quando verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

A fim de resguardar a segurança jurídica dos processos em curso, o STJ modulou os efeitos da decisão para definir que, “embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão”.

Importante ressaltar que a decisão firmada em sede de recurso repetitivo foi precedida de intensos debates, alcançando seu resultado por maioria por meio de sete votos favoráveis à tese vencedora contra cinco votos no sentido da taxatividade restrita do rol do art. 1.015. Tal situação revela que estamos longe da pacificação em relação à matéria. Talvez seja preciso reconhecer, na linha sustentada por parcela da doutrina, que é necessária nova alteração legislativa para pacificar a questão e conferir a segurança necessária ao tema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agravo de instrumento é o instituto recursal que mais sofreu alterações legislativas ao longo dos anos.

O Código de Processo Civil de 1939 não consagrou a livre recorribilidade das interlocutórias. O agravo de instrumento era de incidência limitada aos casos enunciados em lei e apenas muito excepcionalmente se lhe atribuída efeito suspensivo.

Já o Código de 1973 estabeleceu a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, sem suspensão do processo em primeiro grau. Atendo-se apenas às alterações substanciais, três leis modificaram o instituto do agravo de instrumento. São elas: 9.139/1995, 10.352/2001 e 11.187/2005.

Com a vigência do CPC de 2015, desde 18 de março de 2016, uma nova realidade processual se moldou, uma codificação que alberga novos princípios, diferentes paradigmas, olhares diversos para uma legislação que tenta oferecer soluções para gargalos históricos.

Um dos temas que sofreu abrangente alteração foi a recorribilidade das decisões interlocutórias. Como visto, extinguiu-se a possibilidade de interposição de agravo retido ao longo do procedimento, modificou-se o prazo do recurso de agravo e criou-se uma listagem de situações abstratas que seriam impugnáveis por agravo de instrumento. A iniciativa do legislador inaugurou um novo sistema de preclusão para as decisões interlocutórias. A partir

de então, haveria duas classes de preclusão: a) decisões constantes do rol que, caso não impugnadas por agravo, sofreriam a preclusão imediata; b) decisões não constantes do rol, que estariam sujeitas à preclusão elástica, ou seja, a matéria somente estaria preclusa, caso não impugnada em preliminar de apelação ou contrarrazões recursais.

Tamanha alteração, por certo, desperta diferentes interpretações por parte da doutrina e também da jurisprudência. Inicialmente, pode-se citar três principais correntes que enfrentaram o tema: a) rol taxativo com interpretação restritiva, inadmitindo a interposição de agravo de instrumento em relação a situações não listadas no rol do art. 1.015; b) rol taxativo com interpretação exemplificativa, através da qual se admite a interposição de agravo de instrumento fora das hipóteses previstas no rol, desde que elas possam ser hermeneuticamente extraídas daquelas ali elencadas; c) rol exemplificativo, por meio da qual o rol ali constante não esgotaria as hipóteses de matérias impugnáveis por agravo.

Diante desse cenário de interpretações divergentes, menos de dois anos após a entrada em vigor do CPC de 2015, o STJ, em 20 de fevereiro de 2018, afetou o tema 988, para “definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”.

Ao julgar os recursos representativos, a Corte Especial definiu que “rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Como se extrai da tese firmada, bem como da ementa do acórdão publicado, o STJ aparentemente passa a adotar uma quarta possibilidade de interpretação do rol do art. 1.015 do CPC. Isso porque expressamente o acórdão afasta a aplicação das duas vertentes da taxatividade (restritiva e extensiva), bem como não abraça a tese de mera exemplificação das hipóteses ali tratadas. Ao afirmar que se trata de um rol de taxatividade mitigada, a Corte Especial definiu que as hipóteses impugnáveis por agravo de instrumento são aquelas tratadas pelo art. 1.015 do CPC. No entanto, sempre será possível a interposição do recurso quando verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Exposto o cenário, em que pese a orientação adotada pelo STJ, entende-se que o melhor posicionamento é aquele exposto nos votos-vista publicados no julgamento do tema 988, os quais se manifestaram pela natureza taxativa do rol, devendo ele ser interpretado restritivamente.

O rol é taxativo e deve ser restritivamente interpretado, pois foi uma opção legislativa. Não cabe ao aplicador desvirtuar o sentido da lei. O principal argumento por aqueles que defendem a interpretação extensiva ou exemplificativa do rol é o receio de que o mandado de segurança venha novamente a ser popularmente utilizado como meio de impugnação das decisões judiciais. A problematização da utilização de sucedâneos recursais somente vem à tona em razão do desvirtuamento dos institutos. Aliás, como bem ressalta Gonzalez (2016, p. 365), o risco da utilização dos sucedâneos recursais na vigência do CPC de 2015 é consideravelmente reduzido quando comparado à realidade do CPC de 1939. Isso porque o art. 1.015, I, ao cuidar do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre tutela provisória, abarcou muitas decisões que poderiam causar danos graves e de difícil reparação, justamente a omissão legislativa do CPC de 1939 que trouxe muitos problemas ligados ao tema.

Como dito por Gajardoni *et al.* (2018), de fato, a opção legislativa não foi feliz ao estabelecer rol fechado quanto ao cabimento do agravo, tampouco deu conta da realidade processual nas hipóteses tratadas no art. 1.015. Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código. A interpretação extensiva, ou taxatividade mitigada, cria hipóteses anteriormente não previstas pelo legislador. Como visto, a ampliação jurisprudencial dos temas passíveis de serem objeto de agravo pode trazer a reboque a expansão da ocorrência da preclusão imediata no processo sobre temas sequer imaginados pelas partes, exatamente aqueles colhidos pela extensão. As partes, confiando no sistema eleito, não interporiam agravo de instrumento, sendo posteriormente surpreendidas pelo não conhecimento do tema em sede de apelação (art. 1.009, §§1º e 2º) sob o argumento de que deveriam ter recorrido imediatamente, pois a matéria estaria compreendida em uma interpretação extensiva no art. 1.015. O quadro gestado a partir disso seria de grave insegurança jurídica, em que a definição do sistema preclusivo vai depender de interpretações sobre o quanto pode ser esticado o rol do art. 1.015.

Não há dúvida de que o rol previsto pelo dispositivo deixou de contemplar situações que, em tese, prejudicariam a parte se tivesse de aguardar até o final do processo para impugnar a decisão. No entanto, como bem ressaltado pelos votos-vista no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia n. 1.704520 da Ministra Maria Thereza de Assis Moura e do Ministro João Otávio Noronha, embora se possa questionar a opção do legislador, o que se depreende do Código é a taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC.

A falta de estabilidade das decisões do STJ sobre o tema, desde a entrada em

vigor do CPC de 2015 só comprova isso. Ademais, o posicionamento adotado, deixando o rol aberto para interpretações casuísticas, comprometerá ainda mais a previsibilidade das decisões dos tribunais. Aliás, faltas de estabilidade e previsibilidade estas, que o próprio CPC de 2015, em seu art. 926, visou combater.

Da exposição de motivos do CPC de 2015 extrai-se o seguinte:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Boa ou ruim, a opção por um rol taxativo foi a escolha do legislador. Todo sistema contém falhas e nunca conseguirá abarcar 100% das situações práticas possíveis. Criar mecanismos hermenêuticos para driblar as opções legislativas historicamente se mostra um erro que compromete a harmonia do ordenamento jurídico. Desastroso ou não, foi o sistema escolhido pelo legislador.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Agravo de instrumento no novo CPC*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

ARAUJO Jr., Gediel de. *Prática do Recurso de Agravo, 10ª edição*.. [Minha Biblioteca].

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado, 3ª edição*.. [Minha Biblioteca].

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Do agravo de instrumento no novo Código Processo Civil. Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2015)

CIANCI, Mirna, DELFINO, Lucio Delfino, DANTAS, Bruno. *Novo Código de Processo Civil - Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar V.2, 1ª edição,..* [Minha Biblioteca]..

DIDIER, Fredie. Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais). *Revista Dialética de Direito Processual*. N. 4, 2003.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Vol. 3. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado, 3ª edição..* [Minha Biblioteca].

FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil..* [Minha Biblioteca].

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015*. Vol 3. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEMOS, Vinícius Silva. *Agravo de Instrumento à luz do novo CPC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

LIMA, Alcides de Mendonça. *A recorribilidade dos despachos interlocutórios no Código de Processo Civil*. *Revista Forense*, Ano 54, v. 173, 1957.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol 2.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. IV;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol V

NETTO, Nelson Rodrigues. A carta de Salvador e o recurso de apelação no projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Ano 39, v. 229, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de processo civil comentado. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

NOTARIANO Jr., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Agravo Contra as Decisões de Primeiro Grau, 2ª edição..* [Minha Biblioteca].

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROQUE, Andre; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. Agravo de instrumento no CPC/2015: instabilidade, insegurança e necessidade de alteração legislativa, pois estamos andando em círculos. Acesso 12/08/2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas do direito processual civil. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, 3 v.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. III, 51ª edição..* [Minha Biblioteca].

THEODORO Jr, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior%20-%20formatado.pdf>. (Acesso em 18/08/2019).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Novos contornos do recurso de agravo. *Revista de Processo*. Ano 20, n. 80, 1995

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html> (acesso em 18/08/2019).

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm (acesso em 18/11/2019).

**A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA
PREVIDENCIÁRIA: ANÁLISE DE SUA PERTINÊNCIA
E DAS RECENTES ALTERAÇÕES PROMOVIDAS EM
ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL E PELA EMENDA
CONSTITUCIONAL N. 103/2019**

Gabriella Matarelli Calijorne Daimond Gomes



A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: ANÁLISE DE SUA PERTINÊNCIA E DAS RECENTES ALTERAÇÕES PROMOVIDAS EM ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL E PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019

THE DELEGATION OF JURISDICTION IN SOCIAL SECURITY MATTERS: ANALYSIS OF ITS PERTINENCE AND THE RECENT CHANGES PROMOTED IN NONCONSTITUTIONAL SCOPE AND BY CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 103/2019

Gabriella Matarelli Calijorne Daimond Gomes¹

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a pertinência da delegação de competência em matéria previdenciária, prevista originalmente no § 3º, do art. 109, da Constituição Federal. Inicialmente, busca-se a conceituação do instituto, com a identificação de sua justificativa histórica e teleológica e verificação da perpetuação destes pressupostos no cenário atual. As alterações infraconstitucionais e constitucionais realizadas pelo legislador são abordadas, em especial quanto à possibilidade de constitucionalidade superveniente e seu impacto na definição da competência. Os impactos da delegação, no tocante aos jurisdicionados e pela perspectiva dos Tribunais de Justiça, especialmente no Estado de Santa Catarina, serão investigados, possibilitando uma análise das normas constitucionais efetivamente atendidas ou desrespeitadas com a propositura de soluções ao cenário diagnosticado.

Palavras-chave: Competência delegada. Previdência. Acesso à justiça. Lei n. 13.876/2019. EC. n. 103/2019. Constitucionalidade superveniente.

ABSTRACT

The present study intends to analyze the pertinence of the delegation of jurisdiction in social security matters, originally set forth in paragraph 3 of the Article. 109, of the Federal

¹ Gabriella Matarelli Calijorne Daimond Gomes: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; E-mail: gabriella.matarelli@tjsc.jus.br

Constitution. Initially, it seeks the conception of the rule, with the identification of its historical and teleological justification and the verification of the perpetuation of these assumptions in the current scenario. The nonconstitutional and constitutional changes made by the legislator are addressed, particularly regarding the possibility of supervening constitutionality and its impact on the definition of jurisdiction. The impacts of the delegation, in relation to the parties and by the perspective of the State Appellate Courts, especially in the state of Santa Catarina, will be examined, enabling an analysis of the constitutional rules effectively met or disregarded with the proposition of solutions to the diagnosed scenario.

Keywords: Delegation of jurisdiction. Access to Justice. Social Security. Law n. 13.876/2019. Constitutional Amendment n. 103/2019. Supervening constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

No intuito de dar maior concretude ao acesso à justiça, o Constituinte originário estabeleceu a possibilidade de o segurado ou beneficiário ajuizar ações de natureza previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro de seu domicílio, como se extrai do §3º, do art. 109, da Constituição Federal (CF), em que pese tal matéria ser reservada à Justiça Federal.

O volume de processos decorrentes da competência delegada que assolam a Justiça Estadual é enorme. Há uma inegável sobrecarga dos juízes de direito, que precisam se arvorar a decidir matérias que escapam de sua competência constitucional, em matéria que sequer é exigida nos concursos de ingresso na carreira. Do ponto de vista do jurisdicionado, a delegação da competência gera reflexos, por exemplo, no procedimento a ser adotado, no sistema recursal, na fixação de honorários e responsabilidade pelo custeio de outras despesas, gerando tratamento distinto a segurados em situações idênticas. A par disso, o impacto do deslocamento destas demandas para a Justiça Estadual precisa ser considerado, de modo a pesar na decisão de manutenção ou não da delegação.

Com as evoluções tecnológicas, especialmente diante da realidade do processo eletrônico e da possibilidade de coleta de provas à distância, bem como considerando o movimento de interiorização da Justiça Federal, faz-se necessário revisitar o instituto, avaliando se este realmente está a prestigiar normas constitucionais ou se acaba por violar outras garantias constitucionais de mesma estatura.

Para tanto, o presente trabalho analisará o instituto da delegação de competência,

a partir de uma perspectiva teleológica e histórica da sua instituição, de modo a verificar se persistem as justificativas para a sua manutenção.

A alteração promovida pela Lei n. 13.876/2019 – que reduziu o âmbito da delegação para as hipóteses em que o beneficiário ou segurado resida a mais de 70 km de Comarca sede de Vara Federal – também será avaliada, especialmente quanto à sua constitucionalidade e quanto à figura da constitucionalidade superveniente, diante da edição da Emenda Constitucional n. 103/2019 e da nova alteração promovida, desta feita na Carta Magna.

Referida Emenda será focalizada ainda sob o aspecto processual, a fim de averiguar se seus efeitos abarcam novos processos ou os processos em cursos, em exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Também serão abordados os atuais impactos da delegação para os jurisdicionado, confrontando a situação daqueles que se socorrem da Justiça Federal e da Justiça Estadual, bem como os impactos de referidas demandas no âmbito nacional e sob a perspectiva do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Busca-se, assim, sob a ótica do acesso à Justiça e da análise dos efeitos gerados pela medida, verificar se existe conflito com outras normas constitucionais e se mantêm-se hígidas as razões de sua instituição, a justificar (ou não), sua perpetuação.

2 A DELEGAÇÃO PREVISTA ORIGINALMENTE NO ART. 109, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, ao tratar da competência da Justiça Federal, previu hipótese de delegação desta competência à Justiça Estadual, quando o local de domicílio do segurado ou beneficiado não for sede de Vara Federal. Eis o dispositivo constitucional, em sua redação original:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Antes da consagração constitucional da delegação da competência, extraía-se disposição similar do inciso III, do art. 15, da Lei n. 5.010/1966, que tratou da organização da Justiça Federal de primeira instância após o seu reestabelecimento por força do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. A Constituição de 1988 não trouxe, portanto, disposição inovadora da ordem jurídica, apesar de os novos contornos por ela dado influenciarem diretamente no processo legislativo que pretenda alterá-la ou suprimi-la, como se tratará adiante.

Na hipótese sob análise, o juiz estadual é investido de jurisdição federal e age como se juiz federal fosse, o que permite que o segurado ou beneficiário demande no Juízo estadual de seu domicílio. A delegação, entretanto, abarca apenas o primeiro grau de jurisdição, como se denota pelo § 4º do mesmo dispositivo constitucional, que prevê a competência recursal do Tribunal Regional Federal em detrimento do Tribunal de Justiça.

O dispositivo legal, de redação simples e direta, não gera maiores debates nas Cortes Superiores. A única discussão de relevo diz respeito ao questionamento se a inexistência de juízo federal deve ser verificada considerando o Município ou a Comarca de residência do segurado ou beneficiado. O debate pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário n. 840.508, com repercussão geral reconhecida, conforme ementa a seguir:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇAS FEDERAL E ESTADUAL – ALCANCE DOS ARTIGOS 105, INCISO I, ALÍNEA “D”, E 108, INCISO I, ALÍNEA “E”, DA CARTA DA REPÚBLICA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da competência, sob o ângulo dos artigos 105, inciso I, alínea “d”, e 108, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal, para processar e julgar conflitos entre juizado especial federal e juízo estadual no exercício de competência federal delegada.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇAS FEDERAL E ESTADUAL – ALCANCE DO ARTIGO 109, § 3º, DO DIPLOMA MAIOR – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a questão acerca da definição do pressuposto fático para a incidência do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, se a inexistência de juízo federal no município ou na comarca onde reside o segurado ou beneficiário do Instituto Nacional do Seguro Social. (RE 860508 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 04/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015)

A previdência tem sido compreendida como um direito fundamental, dentre os direitos sociais consagrados na 2ª geração de Direitos Humanos, especialmente em função de sua íntima conexão com as noções de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.

Tal característica, aliada à necessidade de proximidade física com o jurisdicionado, justificou a necessidade da delegação na década de 60, reafirmada pelo texto Constitucional em 1988, como forma de garantir o acesso à Justiça, incompatível com a estrutura então existente da Justiça Federal.

A natureza das demandas desta matéria, associada ao “público alvo” das pretensões envolvidas, torna, sem dúvida, o Direito Previdenciário o grande elo de aproximação da Justiça Federal com o cidadão individualmente considerado.

Por esta razão, exceções à regra geral de competência se apresentam com a finalidade dotar a atividade jurisdicional de meios e instrumentos para garantir o acesso à justiça em todas as suas variantes. (SILVA JÚNIOR; CARDOSO, 2013, p. 508)

Naqueles idos de 1966, a Justiça Federal possuía apenas 44 varas federais, com a seguinte distribuição espacial:

A composição inicial da Justiça Federal, a partir de então, passou a ser de duas varas no Distrito Federal, três varas em Minas Gerais, duas em Pernambuco, duas na Bahia, cinco na Guanabara, duas no Paraná, três no Rio Grande do Sul, sete em São Paulo e uma nos demais Estados, totalizando 44 varas federais, todas elas dispostas de um cargo de Juiz Federal e um cargo de Juiz Federal Substituto. (OLIVEIRA, 2017, p. 97)

O movimento de interiorização ocorrido desde então é uma realidade que não pode ser ignorada. Segundo dados do Conselho da Justiça Federal, em 31 de dezembro de 2018 havia 790 varas federais instaladas e 194 juizados especiais autônomos. Ressalte-se que a edição da Lei n. 12.011/2009, que criou 230 novas varas federais, tem participação de relevo neste cenário.

Tem-se, portanto, que um dos pressupostos da delegação – a ausência de capilaridade da Justiça Federal – já não mais resiste enquanto justificativa para a manutenção da delegação. Alie-se à expansão geográfica das varas federais a evolução da tecnologia com implicação direta no processo civil. Os novos processos distribuídos hoje em Santa Catarina são em sua integralidade digitais, o que, ao menos do ponto de vista do patrono da parte, faz com que o ajuizamento da demanda fora do local de domicílio não gere ônus de deslocamento.

É de ressaltar, também, que desde a edição do Código de Processo Civil o princípio da identidade física do juiz caiu por terra. Assim, do ponto de vista da parte e do julgador, a delegação apenas de eventuais atos instrutórios que demandassem a presença física do segurado ou beneficiário se revela como uma solução mais consentânea com a preservação

da competência originária da Justiça Federal.

É de se ressaltar que com as tecnologias atuais a colheita da prova oral sequer precisaria ser delegada, diante da utilização de instrumentos para realização das audiências por videoconferência, o que possibilitaria que a colheita da prova fosse feita diretamente pelo Juiz Federal, enquanto a testemunha ou a parte preste seu depoimento na comarca em que reside, sem necessidade de deslocamento.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina², desde 1º de outubro de 2019, já disponibiliza referido mecanismo em todas as Comarcas do Estado que dispõem de uma sala passiva, à qual todos os demais juízos têm acesso, agendando os atos e emitindo os respectivos expedientes sem a necessidade de expedição de carta precatória. Apesar de este mecanismo funcionar atualmente apenas entre as Comarcas do Estado, nada impede seja estudada a viabilidade de firmar-se um convênio com o Tribunal Regional Federal de modo a ampliar o acesso, com as adequações necessárias.

Diante de todas essas alterações de cenário, importante retomar a lição de CAPPELLETTI e GARTH sobre o acesso à Justiça, ao explanarem que o instituto:

[...]serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (...) uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (*apud* TAVARES, 2012, p. 64)

O acesso à Justiça, portanto, não pode ser analisado como um fim em si mesmo, desconsiderando-se eventuais distorções que venha a causar, em detrimento inclusive de outras normas constitucionais de igual valor. Por tal razão, para além da insustentável justificativa de ausência de capilaridade da Justiça Estadual, o presente artigo abordará, mais adiante, outros impactos causados pela delegação de competência, que justificam a sua extinção.

2.1 INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 13.876/2019

A Lei n. 13.876, de 20 de setembro de 2019, alterou o inciso III, do art. 5º da Lei n.

² Vide Resolução Conjunta GP/CGJ N. 24 de 29 de agosto de 2019.

5.010/1966, restringindo a possibilidade de escolha do beneficiário ou segurado apenas para as hipóteses em que o Município sede de Vara Federal estiver a mais de 70 quilômetros da comarca de sua residência.

Art. 3º. O art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

.....

III – as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município de sede de Vara Federal;

.....

§1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo”.

Em que pese referida alteração representar um reconhecimento por parte do Legislativo da superação da necessidade de delegação, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade formal do dispositivo.

Isto porque, conforme exposto acima, desde 1988 a competência delegada em matéria previdenciária repousa em bases constitucionais, não extraíndo seu fundamento de validade da Lei n. 5.010/1996, como ocorria até a edição da atual Constituição. A legislação infraconstitucional em comento é, portanto, irrelevante para a definição da competência.

Importante ressaltar que, em sua redação original, o § 3º do art. 109 da CF era dividido em duas partes: a primeira, que estabelecia a delegação em matéria previdenciária, de eficácia plena e aplicabilidade imediata; e a segunda, que possibilitava ao legislador infraconstitucional criar novas hipóteses de delegação, de eficácia limitada e aplicabilidade mediata.

Apenas a delegação oriunda da segunda parte da norma, ou seja, instituída por lei, podia ser objeto de alteração ou supressão por esta mesma via legislativa. Isto ocorreu, por exemplo, com as execuções fiscais federais, que poderiam ser ajuizadas no foro do domicílio

do executado, por delegação originalmente prevista no inciso I, do art. 5º da Lei n. 5.010/1966, extinta pela Lei n. 13.043/2014.

Já a delegação prevista na primeira parte do dispositivo, objeto do presente trabalho, é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não se submetendo a restrições e supressões senão através de Proposta de Emenda Constitucional. A Lei n. 13.876/2019, portanto, padece de vício insanável, posto ter tratado de tema reservado ao constituinte derivado, apresentando inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade deriva da violação ao processo legislativo, já que uma proposta de emenda à Constituição possui iniciativa, trâmite e quórum de aprovação diferentes daquele estabelecido para um projeto de lei ordinária, este inquestionavelmente mais brando. É de se considerar, ainda, a diferença de titularidade, que recai sobre o próprio povo no que tange às Emendas.

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos. Nas situações-limite, porém, o poder constituinte originário sairá do seu estado de latência e voltará à cena, rompendo com a ordem anterior que se tenha tornado indesejada e inaugurando uma nova. (BARROSO, 2013, p. 147)

José Afonso da Silva (2008, p. 45) explana com clareza a rigidez própria do processo de alteração constitucional, intimamente ligado à sua natureza de norma fundamental no ordenamento jurídico pátrio:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que

se encontram a própria estruturação destes e a organização de seus órgãos; é nele que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

A alteração pretendida, portanto, foi realizada através da via inadequada, somente podendo ser levada a cabo através do Poder Constituinte Derivado. As disposições originais da Lei n. 5.010/1966 só foram recepcionadas pela nova ordem constitucional porque eram com ela consentânea. Assim, a pretensão de alterar a competência pela simples alteração de referida lei é desarrazoada e não pode surtir efeitos na contramão do texto constitucional.

Em que pese o vício apontado, a edição da Lei n. 13.876/2019 demonstra um reconhecimento por parte do Legislativo da superação dos sustentáculos da delegação. O estabelecimento de uma restrição geográfica, com o critério de 70 quilômetros, considera o movimento de interiorização da Justiça Federal e a falta de razoabilidade de excluir-se da competência federal demandas que por vezes são ajuizadas perante a Justiça Estadual para atender anseios outros, que não o acesso à Justiça.

Estudo realizado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) revela que em Santa Catarina a delegação praticamente se extinguiria pelo novo critério proposto. De todas as Comarcas do Estado, apenas a de Urubici remanesceria com a delegação, conforme mapa disponibilizado pela Associação (2019, p. 150-156):

Figura 1 – Santa Catarina: Varas Federais e Comarcas Estaduais, com indicativo de distância superior ou inferior a 70km



Fonte: AJUFE, 2019, p. 2 e 150

A aplicação do novo modelo estabelecido pela Lei n. 13.876/2019 implicaria em uma redução de aproximadamente 99,4% dos processos previdenciários em trâmite na Justiça Estadual, posto que Urubici contava com 292 processos desta natureza em julho de 2019, de um total de 45.822 em trâmite em todo o Estado³.

2.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019 E A SITUAÇÃO DA LEI N. 13.876/2019

Após a edição da Lei n. 13.876/2019, foi publicada a Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019, que alterou substancialmente a delegação de competência. O § 3º do art. 109 da CF passou a ter a seguinte redação:

Art. 109.....

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.....” (NR)

A nova dicção do dispositivo em comento acabou com a matriz constitucional da delegação e com a possibilidade de delegação legislativa de outras matérias. A partir de então, a Constituição passa a permitir que a competência delegada em matéria previdenciária seja possível através da edição de lei ordinária. Na inexistência de referida lei, a regra é a competência da Justiça Federal.

Durante o trâmite do processo legislativo, o projeto de emenda à Constituição (PEC) n. 06/2019 previa uma regra de transição, constante do art. 44, nos seguintes termos:

Art. 44. Até que seja publicada a lei a que se refere o § 3º do art. 109 da Constituição, poderão ser processadas e julgadas na justiça estadual as causas previdenciárias, acidentárias ou não, ajuizadas pelos segurados ou por seus dependentes, de competência da Justiça Federal, quando a comarca de domicílio do segurado distar mais de cem quilômetros da sede de vara do juízo federal.

Referida regra, entretanto, foi rejeitada durante o trâmite legislativo e a Emenda Constitucional foi aprovada sem a previsão de regra de transição e com a determinação expressa de início de vigência quando de sua aplicação, nos termos de seu art. 36, inciso III.

Desta feita, com a publicação da EC n. 103/2019 já está extinta a competência

³ Dados extraídos do SAJ e do EPROC, considerando a data-base de 5.7.2019.

delegada nos termos anteriormente previstos, vigendo como regra a competência plena da Justiça Federal, a não ser que lei ordinária disponha de modo diverso.

O ponto nevrálgico que merece atenção é se a Lei n. 13.876/2019 pode se prestar a fazer o papel da norma infraconstitucional de delegação ou se é necessária a edição de novo ato normativo para tanto.

Como exposto acima, a Lei n. 13.876/2019 padece de inconstitucionalidade formal, posto que quando de sua edição a matéria somente poderia ter sido veiculado através de Emenda Constitucional. Alterado, entretanto, o parâmetro constitucional, uma análise afobada poderia levar à conclusão que, diante da inovação perpetrada pela EC n. 103/2019, o vício anterior da norma teria sido sanado, com a sua constitucionalidade superveniente.

O fenômeno da constitucionalidade superveniente ocorre quando uma norma é considerada inconstitucional, mas, diante de uma alteração do parâmetro de controle, não mais se verificaria o vício.

Se a controvérsia relativa aos aspectos materiais do ato assume o caráter de uma autêntica *vexata quaestio*, parece dominar maior uniformidade, na doutrina, no que tange aos aspectos formais. Assenta-se que, no tocante aos pressupostos de índole formal, há de prevalecer o princípio *tempus regi actum*. No mesmo sentido, assevera García de Enterría que “essa inconstitucionalidade superveniente há de referir-se precisamente à contradição dos princípios materiais da Constituição, e, não, às regras formais da elaboração das leis que a Constituição estabelece no momento presente”.

No Direito português, não se coloca em dúvida, igualmente, a intangibilidade dos pressupostos dos atos legislativos adotados em face de lei constitucional superveniente. Ressalta Canotilho que “a inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não há contradição com as regras formais ou processuais do tempo de sua elaboração.

Da mesma forma, a matéria parece isenta de maiores controvérsias entre nós. Sepúlveda Pertence, ainda como Procurador-Geral da República, enfatizou, em parecer de 10-3-1987, que a aferição originária do vício formal “é verdade tão axiomática que poucos autores se preocupam em explicitá-la”. (MENDES; BRANCO, 2016, p. 1.097)

Apesar de haver divergências doutrinárias, prevalece no Brasil a corrente que refuta a possibilidade de constitucionalidade superveniente de normas, adotada pelo Supremo Tribunal Constitucional no Recurso Extraordinário n. 346.084-6/PR, e nas ADI's 2.158 e 2.189. Isto porque o controle de constitucionalidade é pautado pelo critério da

contemporaneidade, segundo o qual o parâmetro de controle deve ser aquele vigente no momento da publicação da norma cuja validade se está aferindo. Frise-se, portanto, que o fato de a Lei n. 13.876/2019 ter tido sua vigência diferida para 1.1.2020 em nada colabora para o afastamento de sua inconstitucionalidade, posto que o parâmetro constitucional a ser utilizado é aquele do momento de sua publicação. O fato de o vício que inquina a norma dizer respeito ao seu aspecto formal, ao processo legislativo, reforça o fato de que a aferição do parâmetro deve voltar-se ao momento de sua publicação.

Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo especificamente sobre as situações de superveniência de emenda constitucional com pretensão de atribuir validade a ato pretérito, repudia veemente o intento, seja daqueles que pretendem convalidar o ato desde a origem, ou daqueles que pretendem atribuir-lhe validade a partir da edição do novo parâmetro constitucional. Discorre o autor (1999, p. 97):

Assim, na conformidade das considerações feitas, não há senão concluir que, dentre as alternativas exegéticas em tese suscetíveis perante o tema de leis originariamente desconformes com a Constituição, mas comportadas por Emenda Constitucional superveniente, a única merecedora de endosso é a que apresentamos como a quarta delas, ou seja: aquela segundo a qual sobrevinda de Emenda não constitucionaliza a norma inicialmente inválida. Dessarte, seus efeitos poderão ser impugnados e desaplicada tal regra. Para que venham a irromper validamente no universo jurídico efeitos correspondentes aos supostos na lei originariamente inválida será necessário que, após a Emenda, seja editada nova lei, se o legislador entender de fazê-lo e de atribuir-lhe teor igual, pois, só então, será compatível com o enquadramento constitucional vigente.

Tal conclusão, ainda que, “*argumentandum tantum*”, não fosse indubitavelmente a solução adequada para a generalidade das hipóteses – como entendemos que é – sê-lo-ia ao menos, perante Emendas Constitucionais produzidas logo em seguida a lei inconstitucional. Deveras, se acolhida “constitucionalização” em tais condições, a exegese que a acolhesse estaria a prestar-se para acobertar propósito fraudulento, imoral, em descompasso com o art. 37 da Constituição e com princípios gerais de Direito.

Conclui-se que diante da inconstitucionalidade da Lei n. 13.876/2019 e da impossibilidade de reconhecimento de sua constitucionalidade superveniente não existe até o momento lei ordinária estabelecendo a delegação. Deste modo, deve ser observada a competência plena da Justiça Federal, desde o momento da publicação da EC, que previu sua vigência imediata, sem estabelecer qualquer regra de transição que sustente a manutenção da delegação à Justiça Estadual.

Note-se que a existência de eventual regra de transição ou a idêntica previsão no novo texto constitucional da matéria infraconstitucional seriam as únicas hipóteses de convalidação da norma ordinária inconstitucional, o que não se operou no caso sob análise, diante da rejeição da disposição neste sentido prevista no Projeto de Emenda à Constituição, acima analisada. Corroborando este posicionamento Bernardes e Ferreira (2016, p. 141), no seguinte excerto:

Em se tratando de ato normativo já editado, a constitucionalização superveniente de dispositivo originalmente inconstitucional, em face de posterior reforma constitucional, será somente possível caso a emenda constitucional sobrevinda, ou mesmo norma da mesma hierarquia que seja posterior a esta (mas já embasada na constituição reformada), dispuser expressamente nesse sentido, por adoção analógica da fórmula de reconstituição facultada pelo art. 2º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Ainda assim, essa constitucionalização superveniente teria efeitos meramente *ex nunc*, equivalendo-se a modalidade de procedimento legislativo conciso, de pouco efeito prático, pelo qual, em vez de repetir o que havia sido dito pelo ato inconstitucional, a norma posterior reportar-se-ia à antiga, dando-lhe base de validade constitucional.

Desta forma, com a publicação da EC n. 103/2019, todos os novos processos, sem a limitação geográfica de 70 quilômetros, devem ser ajuizados perante a Justiça Federal, por falta de norma válida que preveja a delegação para a Justiça Estadual.

No tocante aos processos em curso, a questão se resolve com a aplicação do art. 43 do Código de Processo Civil (CPC)⁴. Isto porque a matéria sob comento se revela como de competência absoluta, já que não se está tratando de mera questão territorial, mas de fundo constitucional. Assim, aplica-se a parte final do dispositivo sob comento, em exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Rememore-se que este mesmo proceder foi adotado por ocasião da edição da EC n. 45/2004, que alterou a competência no tocante às ações de indenização por acidente de trabalho contra empregadores, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a segunda parte do art. 43 do CPC e editou a Súmula Vinculante n. 22⁵, inovando quando a previsão do Códex, ao estabelecer que apenas as ações que já tivessem sentença de mérito deveriam

⁴ Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevante as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

⁵ Súmula Vinculante n. 22: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

permanecer na Justiça Estadual, devendo todas as demais ações em curso ser encaminhadas à Justiça do Trabalho⁶.

Assim, uma interpretação sistemática do art. 43 do CPC e da Súmula Vinculante n. 22 leva à inarredável conclusão de que a partir da publicação da EC n. 103/2019 apenas as ações com sentença de mérito publicada deverão permanecer na Justiça Estadual, devendo todos os demais processos em curso ser encaminhados para a Justiça Federal imediatamente, bem como as novas demandas ser ajuizadas perante este foro.

3 BENEFÍCIOS DO FIM DA DELEGAÇÃO

3.1 EM RELAÇÃO AO JURISDICIONADO

A delegação, nos moldes em que opera atualmente, implica em uma série de situações de tratamento anti-isonômico entre os beneficiários ou segurados que se socorrem da Justiça Estadual e da Justiça Federal, fruto do afastamento da aplicação do sistema dos Juizados Especiais Federais às demandas intentadas perante as Comarcas de residência dos beneficiários, em afronta ao art. 98, I, da CF.

Isto porque da dicção do art. 20 da Lei n. 10.259/2001 extrai-se a proibição de aplicação das normas dos Juizados Especiais Federais (JEF) no juízo estadual. Apesar de a matéria ser de índole infraconstitucional, a edição posterior de norma específica para os Juizados Fazendários, através da Lei n. 12.153/2009, não alterou a questão, conforme sintetiza CARDOSO (2011, p. 107):

Assim, e tendo em vista que a Lei nº 12.153/2009 não regulamenta o assunto, continua em vigor o art. 20 da Lei nº 10.259/2001, que veda sua aplicação na Justiça Estadual, no exercício da competência delegada.

A nova lei poderia ter modificado a competência: em virtude de um novo órgão jurisdicional especializado para processar, conciliar e julgar causas de menor complexidade contra pessoas jurídicas de direito público, os Juizados Especiais da Fazenda Pública poderiam ser competentes para o exercício da competência delegada, mas não para a aplicação da Lei nº 10.259/2001.

⁶ STF, CC 7.204, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 29/6/2005, DJ de 9-12-2005; RE 600.091, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 25/5/2011, DJE 155 de 15-8-2011, Tema 242

Todavia, como não houve previsão expressa dessa delegação, permanece aplicável o entendimento contido no Conflito de Competência nº 46.672, do Superior Tribunal de Justiça (citado acima), ou seja, a Lei nº 10.259/2001 não incide na Justiça Estadual, e os processos de competência delegada seguem o rito ordinário do CPC, em Vara da Fazenda Pública.

Desta feita, as ações em trâmite perante a Justiça Estadual seguem o rito ordinário, desaguando daí uma série de divergências substanciais no trâmite processual, que podem levar a uma escolha deliberada da parte pelo juízo delegado, mesmo quando existente Vara Federal em distância ínfima. Três são os pontos centrais sob enfoque: a via recursal, a mecanização da análise da prova e a possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais.

Nas ações previdenciárias propostas perante a Justiça Federal, a competência do Juizado Especial Federal é absoluta, em razão do valor da causa. Como boa parte das ações, a exemplo dos casos de concessão de auxílio-doença, geralmente possuem valor da causa baixo, acabam sendo destinadas inevitavelmente ao JEF.

Isto implica em toda uma sistemática recursal diferente: em eventual necessidade de recurso de apelação, este é destinado para as Turmas Recursais, as quais são formadas por juízes federais de primeiro grau. Já no procedimento ordinário, o julgamento de segunda instância é realizado pelo Tribunal Regional Federal (TRF), composto por desembargadores.

De outro lado, aposentadorias cuja única análise é o cálculo, critérios estritamente objetivos, com simples prova documental, a Justiça Federal é especializada e muito mais ágil. Note-se que a matéria previdenciária sequer é cobrada nos concursos de ingresso da Magistratura Estadual, apesar de o inegável empenho em formação complementar de seus membros.

Por fim, a diferença na possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais deve ser levada em conta, já que o sistema dos Juizados restringe essa condenação, atraindo os litigantes para a Justiça Estadual.

Nota-se, portanto, que segurados e beneficiários que, do ponto de vista material, encontram-se em situação idêntica, recebem tratamento processual consideravelmente diferente, gerando uma situação anti-isonômica. A perpetuação da delegação, portanto, coloca em choque dois princípios fundamentais consagrados na constituição: o acesso à Justiça e a igualdade.

Já se discorreu aqui sobre a necessidade de análise dos efeitos das medidas tomadas para assegurar o acesso à Justiça, sob pena de redução do tema ao mero direito de ingresso no Poder Judiciário. Defender a manutenção da delegação, que por si só não

para em pé com suas justificativas históricas, mesmo quando há inegável ofensa ao princípio da igualdade em face das situações processuais divergentes criadas não parece atender à ideia de acesso à Justiça como acesso à ordem jurídica justa, pregada por DINAMARCO e sintetizada na lição que se segue (2013, p. 117):

Mesmo quando se reduza ao mínimo suportável a chamada litigiosidade contida (Kazuo Watanabe), restam ainda as dificuldades inerentes à qualidade dos serviços jurisdicionais, à tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e à sua efetividade. Isso significa que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se por esse trinômio, não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta. Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas.

A alteração perpetrada pela EC n. 103/2019, portanto, representa avanços, em que pese ainda haver espaço para a caminhar-se em direção à extinção definitiva do instituto.

Passemos aos impactos de eventual fim da delegação sob a ótica dos órgãos jurisdicionais estaduais.

3.2 EM RELAÇÃO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

No que concerne aos Tribunais de Justiça, os impactos da delegação podem ser sintetizados em dois pontos-chaves: o volume de demandas e os custos delas decorrentes.

Aires (2019, p. 62-65), ao discorrer sobre a classificação da judicialização em pedante, interpretativa ou impositiva, tenta identificar as possíveis causas para a litigância massiva envolvendo o INSS, apontando fatores diversos como a legalidade estrita, a imperiosa interpretação restritiva conferida no âmbito administrativo às normas de regência, a qualificação dos servidores da autarquia previdenciária e a facilidade de acesso à Justiça.

Fato é que a crescente judicialização das questões previdenciárias alçaram o INSS à posição de maior litigante do Brasil no 1º grau de jurisdição, conforme aponta o relatório “100 Maiores Litigantes”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2011, P. 15-31).

Tratando do cenário nacional, do último relatório divulgado pelo Conselho Nacional

de Justiça sobre o tema, intitulado “Competência Delegada: Impacto nas Ações dos Tribunais Estaduais”, extrai-se que, no ano de 2011, os processos envolvendo o tema em análise equivalem a 13% da distribuição e a 27% dos autos em tramitação. Há ainda a informação de que apenas 11% foram julgados naquele ano, o que ressalta a tendência de aumento do acervo.

Em Santa Catarina, considerando os dados extraídos dos sistemas SAJ e EPROC em 5 de julho de 2019, aproximadamente 1,5% de todos os processos em trâmite na primeira instância referem-se à delegação em matéria previdenciária. Em algumas comarcas como Anita Garibaldi, Fraiburgo, Modelo, São Lourenço do Oeste, Quilombo e Seara, esse percentual varia entre 10 e 14%, representando inegável sobrecarga a juízes de varas únicas, que já precisam se desdobrar entre tantas matérias jurisdicionais e as tarefas administrativas típicas de comarcas de entrância inicial.

A maior morosidade da Justiça Estadual pode estar atrelada a uma série de fatores, como a menor familiaridade com a matéria por parte dos Juízes Estaduais, a aplicação do rito ordinário do CPC, em detrimento da sistemática dos Juizados Especiais ou a dificuldade de realização das perícias, em razão da não localização de peritos em localidades menores, seguindo-se inúmeras recusas de nomeação.

Quanto às perícias, mesmo com as dificuldades de nomeação, o levantamento realizado pela AJUFE aponta que os valores praticados na Justiça Estadual são em média de R\$ 1.110,96, enquanto na Justiça Federal as perícias têm custo médio de R\$ 200,00 (AJUFE, 2019, p. 3). A retomada da competência pela Justiça Federal importaria em significativo impacto positivo do ponto de vista financeiro.

Ainda no tocante aos gastos, têm-se que a maioria das demandas em questão tramita sob o pálio da Justiça Gratuita. Lado outro, não há qualquer repasse do ente federal aos Tribunais de Justiça, de modo que estes arcam com a integralidade dos custos deste acervo. Não há repasse financeiro, também, na remuneração dos Magistrados, como pontuado por AIRES:

Não menos relevante enquanto desafio é que os juízes estaduais não ganham nada a mais por julgar processos da Justiça Federal, como ocorre na Justiça Eleitoral, na disciplina do art. 2º da Lei Federal nº 8.350/91 e tão pouco a Justiça Estadual é ressarcida pelos dispêndios com a absorção dos processos advindos da competência federal constitucional. (2019, p. 67)

São inúmeros os impactos sentidos pelos jurisdicionados e pelos Tribunais de Justiça com a delegação em matéria previdenciária e a os benefícios do seu fim seriam colhidos no

âmbito de um tratamento mais isonômico no campo material e processual, garantindo-se o acesso à justiça com os avanços tecnológicos e com a capilarização da Justiça Federal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça deve ser compreendido de forma ampla como acesso à ordem jurídica justa, sob pena de o escopo do instituto ser reduzido ao mero ingresso em juízo.

Aqui ingressa um “novo” elemento na compreensão de “acesso à Justiça”, mesmo em sua leitura mais arrojada, desenvolvida na década de setenta por CAPPELLETTI e GARTH, como indicado inicialmente. O Judiciário é um dos atores responsáveis (ônus funcional da magistratura) pela realização das prescrições constitucionais. Assim, superada que já está a ideia de que bastaria proclamar a abertura do Judiciário a todos, impõe-se, adicionalmente, reconhecer que também não basta a efetivação do acesso à Justiça, especialmente a Justiça Constitucional, não esteja consciente de seu papel na realização do Estado Constitucional, e, com ela, na implementação do Estado social. Recorde-se, aqui, que no Brasil todo magistrado é um juiz constitucional, carregando em seu cargo o dever mencionado. (TAVARES, 2012, p. 67)

A análise dos efeitos da delegação de competência, quando perscrutadas, demonstram que no cenário atual a manutenção da medida representa uma violação a outros preceitos constitucionais de igual relevo, em especial ao princípio da igualdade e ao comando do art. 98, I, da CF, diante de impossibilidade de utilização do sistema dos Juizados Especiais Federais na Justiça Estadual e das diferenças processuais geradas pela adoção do rito ordinário, especialmente a via recursal, a mecanização da análise da prova e a possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais.

Os dados nacionais obtidos perante o CNJ apontam que o INSS é o maior litigante do país, gerando um volume de processos a aportar anualmente na Justiça Estadual sem que se consiga dar vazão adequada, desaguando em falta de celeridade e, por conseguinte, de efetividade.

Para além do problema do volume de processos, apurou-se ainda a sobrecarga financeira decorrente da delegação, já que a maioria das demandas tramita sob o pálio da gratuidade da justiça. Ainda no aspecto financeiro, constatou-se a ausência de remuneração específica dos Magistrados pelo exercício da função federal, diferentemente do que ocorre em âmbito eleitoral.

Todos estes fatores, aliados à perda da justificativa inicial da delegação, face à capilarização da Justiça Federal e aos avanços tecnológicos no seio do processo civil, levam à conclusão quanto à desnecessidade de perpetuação da competência delegada, seja pela possibilidade de absorção das demandas pelas inúmeras varas federais instaladas, seja pela possibilidade de delegação apenas dos atos instrutórios ou de sua realização direta pela Justiça Federal, através da utilização do sistema de videoconferência, que justificam a alteração perpetrada pela EC n. 103/2019.

A EC n. 103/2019, entretanto, não foi capaz de conferir constitucionalidade superveniente à Lei n. 13.786/2019, que padece de inconstitucionalidade formal, em face do parâmetro formal que anterior, vez que deve ser levado em consideração o momento de sua publicação e não de sua vigência. Eventuais alterações ou supressões na competência delegada, naquele momento, somente poderiam ocorrer através do processo legislativo adequado, qual seja, via Proposta de Emenda à Constituição, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal, diante da matriz constitucional da delegação.

Inexistindo lei apta a delegar a competência à Justiça Estadual, por força do art. 43 do CPC e por interpretação analógica da Súmula Vinculante n. 22, todos os processos em curso na Justiça Estadual que ainda não possuam sentença de mérito devem ser remetidos à Justiça Federal *incontinenti*, desde o momento da publicação da referida emenda. Novos processos também deverão ser ajuizados na justiça especializada.

REFERÊNCIAS

AIRES, Juliana Alencar Wolney C.; MARQUES, Vinicius Pinheiro. Dualidade da Jurisdição Previdenciária e os Impactos na Justiça Comum Estadual. Revista Brasileira de Direito Previdenciário. Porto Alegre, Lex Magister, v. 9, n. 50, p.58-70, abr./maio 2019.

AJUFE - ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. Levantamento – Competência Delegada. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/2019/PDF2019/Capa_Descricao_Conteudo.pdf. Acesso em: 1 nov. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originalmente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. Revista de Direito Administrativo, n. 215, p. 85-98, jan/mar. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos

fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 860.508. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9174601>. Acesso em: 1º fev. 2022.

CARDOSO, Oscar Valente. Competência cível dos juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: características, diferenças e competência delegada. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n. 96, p. 98-107, mar./2011.

CJF - CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Justiça Federal de 1º Grau: Quadro de Varas Federais e Juizados Especiais Federais. Disponível em: <https://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEVARASFEDERAIS.htm>. Acesso em: 6 nov. 2019.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Competência Delegada: Impacto das ações dos tribunais estaduais. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/rel2013_comp_delegada.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 Maiores Litigantes. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil: volume1. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Justiça Federal: Evolução Histórico-Legislativa e a Trajetória em seus 50 anos. Revista CEJ. Brasília, Ano XXI, n. 72, p. 95-101, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEVARASFEDERAIS.htm>. Acesso em: 6 nov. 2019.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Resolução Conjunta GP/CGJ n. 24, de 28 de agosto de 2019. Diário da Justiça Eletrônico, n. 3135, 29 ago. 2019. Caderno Administrativo, p. 1-2.

JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL: QUEBRA DE UM PARADIGMA INEFICAZ

Jadna Pacheco dos Santos Pinter



JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL: QUEBRA DE UM PARADIGMA INEFICAZ

JUDICIALIZATION OF THE TAX ENFORCEMENT PROCESS: BREAKING AN INEFFECTIVE PARADIGM

Jadna Pacheco dos Santos Pinter¹

RESUMO

O cenário atual do Judiciário brasileiro é marcado por um assoberbamento de funções que geram a morosidade no trato de demandas judiciais. As execuções fiscais, por seu turno, contribuem significativamente para o recrudescimento desse contexto ao representarem uma fatia significativa do acervo em trâmite nas respectivas varas de todo o país. Inúmeros estudos já foram realizados para se quantificar e qualificar as proporções e o impacto engendrado pelas lides fazendárias, tendo a jurisprudência envidado esforços para atenuar as consequências mediante a interpretação da Lei n. 6.830/1980 sob a óptica da modernização proporcionada pelas sucessivas codificações processuais editadas. Sob essa perspectiva, o objeto do presente estudo centra-se na análise da conjuntura em que se encontra inserida a cobrança do crédito público e seus reflexos sobre o funcionamento do aparelho judiciário e a efetividade da satisfação do erário. Como objetivo, a pesquisa visa à demonstração, com a utilização do método dedutivo, da viabilidade de administrativização parcial dos procedimentos de execução fiscal como alternativa ao gerenciamento da crise instaurada e sua constitucionalidade à luz do regime jurídico administrativo aplicável à Administração Pública e Fazenda. O trabalho justifica-se na premente necessidade de solução da situação posta, que torna inevitável a superação do paradigma vigente.

Palavras-chave: Execução fiscal. Extrajudicialização. Regime jurídico administrativo. Constitucionalidade.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina com láurea de Mérito Estudantil. Juíza Substituta do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ex-Analista Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ex-Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: jadnapsantos@tjsc.jus.br.

ABSTRACT

The current scenario of the Brazilian judiciary is marked by an overload of functions that generate delays in dealing with judicial demands. Tax foreclosures, in turn, contribute significantly to the resurgence of this context by representing a significant share of the pending acquis in the respective courts across the country. Numerous studies have already been carried out to quantify and qualify the proportions and the impact engendered by estate deals, and case law has made efforts to mitigate the consequences through the interpretation of Law no. 6.830/1980 from the perspective of modernization provided by successive edited procedural codifications. From this perspective, the object of the present study focuses on the analysis of the situation in which the collection of public credit is inserted and its reflections on the functioning of the judiciary and the effectiveness of the satisfaction of the state treasure. The objective of the research is to demonstrate, using the deductive method, the feasibility of partial administration of tax enforcement procedures as an alternative to the management of the crisis and its constitutionality in light of the administrative legal regime applicable to the Public and Treasury Administration. The work is justified by the urgent need to solve the situation, which makes the overcoming of the current paradigm inevitable.

Keywords: Tax enforcement. Extrajudicialization. Administrative legal regime. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o estudo do imperante sistema de judicialização da execução fiscal e seus reflexos sobre o funcionamento do aparelho judiciário e o atendimento da finalidade última do respectivo procedimento, qual seja, a satisfação do erário.

A Administração, submetida ao regime jurídico de direito público, goza de uma série de prerrogativas que a distanciam dos particulares. Grande exemplo disso é a prescindibilidade de atuação judicial e da aquiescência dos administrados para a execução e imposição de suas decisões, pois revestido o ato administrativo dos atributos da autoexecutoriedade e imperatividade.

Transportando-se o acervo principiológico ao campo fazendário, tem-se ainda mais nítido o efeito da supremacia do interesse público, que eleva o erário a um nível superior em relação ao contribuinte: o Fisco pode constituir e exigir o crédito tributário na seara

administrativa, sem nenhuma intervenção do Poder Judiciário.

A despeito disso, não é dada à Fazenda Nacional a execução administrativa, sendo-lhe retirada a possibilidade de efetuar diretamente a constrição ou expropriação do patrimônio do devedor.

Assim é que foi editada a Lei n. 6.830/1980, que introduziu um procedimento especial para a execução do título constituído pelo Fisco. O intuito do legislador ordinário foi de sintetizar e especificar o rito, até então regido pelo de natureza comum, e com isso garantir uma maior efetividade do adimplemento da dívida.

No entanto, o que se tem observado no cotidiano jurisdicional é justamente o oposto do ideal almejado, já que as lides fiscais atingiram proporções assustadoras e hoje são responsáveis por uma fatia significativa do acervo processual em trâmite nas varas estaduais e federais.

De acordo com o informativo Justiça em Números divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2019 (ano base 2018), as execuções fiscais representam 73% dos processos de execução em trâmite e, tomando-se como parâmetro a totalidade do acervo em curso, esse percentual passa a ser de 39%. A taxa de congestionamento é de 90%, do que se pode concluir que, de cada cem processos dessa natureza que tramitaram em 2018, apenas 10 foram baixados (CNJ, 2019, p. 131).

Não bastasse a numerosidade e a carga de trabalho gerada aos servidores e magistrados, o modelo concebido não representa um avanço no quesito finalístico, que é a percepção do crédito pela Fazenda Pública. Além de ineficiente, a execução fiscal tornou-se extremamente custosa ao Estado, seja pela concentração de uma grande massa de atores jurisdicionais em torno de processos de pouca complexidade, seja pela falta de resultados positivos advindos dessa atuação.

No âmbito federal, o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica a pedido do Conselho Nacional de Justiça revelou, no ano de 2011, que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional era de R\$ 5.606,67, com tempo médio total de tramitação de 9 anos, 9 meses e 16 dias. A pesquisa revelava também que a probabilidade de se obter a recuperação integral do crédito era, à época, de 25,8% (IPEA, 2011, p. 14).

A realidade ora estampada foi o berço para a apresentação dos Projetos de Lei n. 10/2005, n. 2.412/2007 e n. 5.080/2009 ao Congresso Nacional. O primeiro e o terceiro, de forma mais acanhada, visam à restrição de atos judiciais, permitindo uma integração entre a fase administrativa de cobrança do crédito público com a posterior etapa judicial, de sorte

a evitar-se a concretização de atos em duplicidade – ambos, cada qual com suas nuances, preveem a denominada penhora administrativa. O segundo, contudo, possui viés mais amplo e pretende a completa retirada das execucionais do Poder Judiciário, outorgando ao Executivo poderes para constrição e expropriação do patrimônio do contribuinte.

Dentre defensores e críticos de um e outro projeto, a unanimidade parece estar no insucesso do modelo atual e na necessidade de se idealizar alternativas à desobstrução das varas judiciais.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho concentra-se na demonstração da inviabilidade na permanência dessa sistemática e na proposição, como parte da solução a ser futuramente adotada, da extrajudicialização parcial da cobrança do crédito público. A pesquisa justifica-se na iminente necessidade de superação de um paradigma que se revelou absolutamente ineficaz, daí porque fulcrado o problema na administratização do executivo fiscal como cânone a ser seguido.

Como base para a compreensão da temática e com a utilização do método de pesquisa dedutivo, parte-se inicialmente para o conhecimento da Lei de Execução Fiscal e das etapas procedimentais previstas nesta normativa, com análise do impacto gerado pelo trâmite dessas lides na gestão do Poder Judiciário em termos de tempo e satisfação do objetivo final, para que então se permita apreciar a viabilidade constitucional, dentre as proposições legislativas já formuladas por estudiosos do tema, da não judicialização como ferramenta para a modificação da conjuntura posta.

2 O MODELO ATUAL DE EXECUÇÃO DO CRÉDITO FISCAL E SUA OPERACIONALIZAÇÃO À LUZ DAS SUCESSIVAS LEGISLAÇÕES PROCESSUAIS CIVIS E DA JURISPRUDÊNCIA EVOLUTIVA

Concebida na década de 1980, a Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980) trouxe em suas raízes a carga valorativa pairante à época, notadamente o viés processual conservador que privilegiava a segurança jurídica em detrimento da efetividade.

A grande preocupação dos processualistas do século XIX e que se refletiu no Código de Processo Civil (CPC) de 1973 centrava-se no reforço à autonomia científica da relação jurídica juiz-partes, de sorte a separá-lo definitivamente do direito material e pôr em evidência seu aspecto tecnicista. Assim é que, contemporânea à codificação anterior, a Lei de

Execução Fiscal sofreu todo o influxo desse paradigma e resultado disso foi a elaboração de uma legislação excessivamente formalista, com pouca atenção ao dinamismo e à produção de resultados:

A compreensão do processo como uma relação jurídica (entre o juiz e as partes) respondeu pela autonomia científica do processo civil, separando-o definitivamente do direito material (desde o século XIX). O Código de Processo Civil, datado originariamente de 1973, é um reflexo vivo dessa matriz jurídica, porque atinente ao panorama cultural então vigente no Brasil. Assim, o CPC de 1973 não se preocupou em fornecer ferramentas para que o operador do direito aproximasse o processo à realidade do direito material. A grande questão de sua época era, justamente, reforçar a independência dogmática do processo civil, com o alvitre de o elevar a uma estrutura não ideológica e, sobretudo, tecnicista. (CASTRO, 2015, p. 389).

Certo é que, se a legislação processual editada em 1973 já trazia em si uma carga de formalismo por conta da inspiração jusfilosófica do momento, a Lei de Execução Fiscal (LEF), por considerar em seu objeto a existência de relação jurídica de direito público, teve duplicada tal característica, de sorte que praticamente todos os atos dependem “de intimações e de ciências inequívocas de parte a parte, para que assim se prossiga adiante” (CASTRO, 2015, p. 390).

A natureza peculiar da obrigação a ser satisfeita é que tornou pujante a superioridade da Fazenda perante o executado, sendo este o caráter que norteia toda e qualquer relação jurídica em que se tem a figura do Estado em um dos polos.

Em verdade, embora tenha a Lei concedido ao Fisco determinadas prerrogativas, colocando-o em posição aparentemente superior em relação ao devedor, concedeu a este último “uma saída à francesa”, de forma que, “a cada não comparecimento, se estabelece uma crise de instância que emperra o procedimento” (CASTRO, 2015, p. 391).

Quer-se com isso dizer que, embora se tenha conferido a aparente vantagem ao Estado de constituir seu próprio título e de gozar de um procedimento próprio para exigilo, pouco se trouxe em termos de ganho efetivo, já que a execução fiscal, almejada como a panaceia para a crise financeira estatal, adquiriu a pecha de morosa e disfuncional, porquanto ainda responsável por considerável fatia da crise judiciária.

Colocando em termos o que foi afirmado, a fim de que se possa vislumbrar a falibilidade do sistema atual, é preciso adentrar no estudo do procedimento propriamente dito. Em linhas gerais, a execução fiscal desdobra-se nos seguintes atos: a) apresentação da petição inicial pelo credor, que deve preencher os requisitos dispostos no art. 6º da LEF; b)

despacho inicial do juízo, através do qual é efetivada a admissibilidade da exordial e então determinada a citação (art. 7º da LEF), havendo nesse momento a interrupção da prescrição para cobrança do crédito, que evidentemente só se efetiva se exitosa a etapa subsequente; c) citação do devedor, que poderá ser realizada por uma das vias consagradas pelo art. 8º da LEF, através da qual lhe é oportunizado, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida ou garantir a execução. Nesse momento, a execucional está completamente condicionada à atuação do sujeito passivo: 1) havendo pagamento, procede-se à extinção do processo por sentença; 2) na hipótese de ter sido assegurada a lide (art. 9º da LEF) e não ofertados embargos, remete-se o feito à fase expropriatória, mediante a alienação dos bens penhorados ou a conversão do depósito em renda (arts. 23 e 24 da LEF); 3) garantida a execução e oferecidos embargos no prazo de 30 (trinta) dias (art. 16 da LEF), abre-se prazo ao exequente para impugná-los (art. 17 da LEF), e então a sorte da lide dependerá do julgamento do incidente. Por derradeiro, na completa inércia do executado (sem pagamento e garantia da execução), proceder-se-á à penhora de bens integrantes de seu patrimônio, exceto aqueles considerados pela lei como absolutamente impenhoráveis (art. 10 da LEF).

A despeito do delineamento posto, fato é que grande parte das execuções fiscais nem sequer chegam a concluir o ciclo procedimental, sendo obstruídas no primeiro ato que é justamente o citatório: não raramente o sujeito passivo não é localizado e então a marcha processual resume-se ao empreendimento de diligências pela própria Administração – quando então são concedidos sucessivos prazos para tanto, alargando demasiadamente o rito – ou à pesquisa em repositório de dados de concessionárias de serviços públicos pelo próprio juízo, até culminar na citação por edital ou na suspensão do processo nos termos do art. 40, *caput*, da LEF. Mas o cenário ainda mais pernicioso desvela-se quando, citado por edital ou mesmo pessoalmente, nenhum bem é encontrado (ou os que o são sejam dotados da proteção legal da impenhorabilidade) e então a execução fiscal é suspensa sem grandes perspectivas de progresso, dado o prenúncio de insucesso da finalidade última da movimentação do aparato estatal que é a satisfação do débito: em um primeiro momento o processo é suspenso por 1 (um) ano e, então, se nada for requerido, arquivado sem baixa na distribuição, oportunidade em que se tem início a contagem da prescrição intercorrente.

Eis, então, os principais gargalos iniciais do procedimento fiscal: localizar o devedor ou bens para a satisfação da dívida, pois, se não vencidos estes estágios, o que se tem é a inércia de um acervo signficante, que não deixa o Judiciário e, ao mesmo tempo, se utiliza de sua força material e pessoal para executar atos repetitivos e sem qualquer carga de cognição.

A problemática desenhada serviu de motor para a intensificação do debate na

doutrina e na jurisprudência, cujo enfoque, em um primeiro momento, foi a racionalização do regramento especial à luz das reformas empreendidas pela Lei n. 11.382/2006 e mais recentemente com a edição do CPC de 2015, dada a subsidiariedade preconizada pelo art. 1º da LEF. Buscou-se então aperfeiçoar a aplicação da lei para resolver a celeuma e, sob este aspecto, percebeu-se que o avanço legislativo na execução comum a tornou mais dinâmica e favorável do que o dito rito especial em estudo:

No afã do Poder Legislativo de tentar resolver todos os problemas da prestação jurisdicional através da edição de leis chegamos a uma situação antinômica. O processo de execução comum está dotado de mecanismos mais eficazes e dinâmicos na recuperação do crédito que a Lei de Execução Fiscal.

Visto por outro ângulo, pode-se dizer que uma lei geral posterior, CPC, trata mais favoravelmente um direito que a lei especial anterior, LEF, a qual foi editada para dotar de certas prerrogativas a Fazenda Pública. Dessa forma, é extremamente contraditório que uma prerrogativa esteja sendo interpretada contra aquele que a detém. (LEITE; CORREIA. 2018, p. 11).

Iniciando-se a explanação pelas alterações promovidas pela Lei n. 11.382/2006 na execução de título extrajudicial por quantia certa, foi visualizado o primeiro ponto de tensão com o procedimento fiscal já no ato inaugural: enquanto o art. 652 do CPC/1973 (atual art. 829, *caput*, do CPC/2015) intimava o devedor diretamente para pagamento, o art. 8º da LEF determina que o executado será intimado para pagar ou garantir a execução, a deduzir que “quando se executa, não se discute e, quando não se discute, não se executa”, em “uma solução de prejudicialidade obstativa entre execução e conhecimento, nos termos do vetusto aforismo da época em que jurisdição era sinônimo de ‘dizer o direito’, mas não de efetivar o direito” (CASTRO, 2015, p. 383).

A ideia trazida pela reforma de 2006 foi, para além do sincretismo introduzido pela idealização da fase do cumprimento judicial, sintetizar o rito e diminuir o número de atos: se há presunção de certeza e liquidez do título, impositiva a citação para imediato pagamento, sem fechar ao devedor a via da cognição através dos embargos. A discrepância redacional entre as legislações, embora tênue, traz à tona o espírito da Lei de Execução Fiscal, que acaba sendo o oposto da execução comum: em vez de enxugar, desdobra a execução em mais atos do que o necessário.

Na mesma senda, importa trazer à tona a desburocratização inserta no art. 652, §1º, do CPC/1973 e mantida no art. 829, §1º, do CPC/2015, que aparelha o oficial de justiça de duas guias, uma destinada à cientificação para pagamento e outra para que, uma vez cientificado e inerte o executado, se possa adentrar diretamente ao patrimônio mediante

construção (penhora) e concomitante avaliação, com a lavratura do respectivo termo e imediata intimação de todos esses atos. Assim, não obstante haja a abertura ao sujeito passivo de uma das vias para discussão, não se impede que ao mesmo tempo se voltem as ações para a satisfação da dívida. A literalidade, porém, da LEF remete à posição oposta, pois a interposição de embargos suspende peremptoriamente a integralidade da procedimentalização.

Repare-se que, desde a edição da Lei n. 11.382/2006, que incluiu o art. 739-A ao CPC/1973, os embargos à execução não têm efeito suspensivo automático, sendo facultado ao magistrado a concessão à vista da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) e desde que garantida a dívida.

Por essa razão é que a jurisprudência, compreendendo a necessidade de se libertar, através da hermenêutica, do processualismo arraigado na gramaticalidade da Lei de Execução Fiscal, passou a realizar a filtragem do procedimento específico à luz do sincretismo e da operabilidade do adimplemento do crédito público.

Sob este viés, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, em 22.05.2013, sedimentou no Recurso Especial n. 1.272.827/PE, da lavra do Ministro Mauro Campbell Marques, a aplicabilidade direta do art. 739-A do CPC/1973² à execução fiscal. Em outras palavras, assentou-se que, embora permanecesse indispensável a garantia do juízo para interposição dos embargos, em virtude da especialidade do art. 16 da LEF o efeito suspensivo pairava como uma excepcionalidade, tal como no regramento comum.

Imperioso destacar ainda que, dentre as conclusões alçadas pelo Ministro relator em seu voto, estão o expreso reconhecimento da superioridade do crédito público sobre o privado e a adoção de tal premissa como valor a ser priorizado³, sendo tais balizas extremamente significativas para se cogitar da indispensabilidade de idealização de um novo paradigma para um problema que nasceu com a edição da LEF e que permanece durante a sucessão de reformas processuais.

² Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

³ Extraí-se do voto: [...] Desse singular documento de evidente importância histórica, podem ser extraídos alguns princípios interpretativos essenciais para a solução do caso ora em exame. Passo a elencar:

1º) O primeiro deles é que, salvo situações excepcionalíssimas, não se pode admitir que a cobrança do crédito público seja preterida pela cobrança do crédito privado, isto é, não se pode interpretar a legislação processual no sentido de conceder facilidades para a cobrança do crédito privado e, simultaneamente, negá-las ao crédito público. 2º) Por segundo, a Lei de Execuções Fiscais, além de consolidar as normas esparsas até então existentes, trouxe apenas maiores garantias de efetividade para a cobrança do crédito público, entendendo a primazia do crédito público como valor a ser protegido.[...].

A par do esposado, é que se percebe a nítida preocupação, desde a vigência do Código processual anterior, com a celeridade e pragmaticidade do rito fiscal, porquanto antevisto, já naquele momento, o insucesso do modelo hodierno.

Avançando nas reformas processuais e já sob a égide do CPC de 2015, foram materializados na legislação escrita métodos de coerção indireta para a satisfação do débito, como a inscrição do devedor no rol de inadimplentes (art. 782, §3º, CPC/2015) e o protesto da sentença judicial (art. 517, *caput*, CPC/2015), sendo também adotadas, como consectário da determinação contida no art. 139, inciso IV, do CPC/2015⁴, práticas atípicas como a suspensão de CNH e a apreensão do passaporte do devedor.

Embora não expressamente disposta faculdade similar na LEF, a jurisprudência prontamente incorporou a medida de inserção no cadastro de inadimplentes do devedor de débitos fiscais⁵, entendimento que já dominava antes mesmo do CPC/2015 e que só foi reforçado com a possibilidade estampada pelo legislador. Até porque não faria sentido algum facilitar-se a cobrança do crédito comum e, sem nenhuma vedação legal, simplesmente impedir que o Fisco se utilizasse de saída tão persuasiva.

Igual desfecho foi atribuído pelo Poder Legislativo e encampado pela Suprema Corte e demais Tribunais pátrios à discussão sobre a viabilidade do protesto de CDA: intenso debate se espraiou com a redação contida no art. 1º da Lei n. 9.492/1997, pela qual se permitiu a formalização do ato solene na hipótese de títulos de crédito e “de outros documentos de dívida”, podendo-se conceber a CDA como inserida neste último grupo. No intuito de aplacar a

⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

⁵ EXECUÇÃO FISCAL. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que, “a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, conforme dispõe o art. 782, §3º, do CPC. A providência a cargo do Juízo, todavia, restringe-se às hipóteses de execução definitiva de título judicial, nos termos do §5º do art. 782 do CPC. Nas execuções fiscais, a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes deve ser realizada pelo próprio exequente” (fl. 27, e-STJ). 2. O acórdão recorrido contraria a jurisprudência do STJ, que admite a inscrição do devedor de débito fiscal em cadastros de inadimplentes (SERASA, SPC, CADIN). Nesse sentido: (REsp 1.762.254/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/11/2018; AgRg no AREsp 800.895/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 5/2/2016; RMS 31.859/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1/7/2010; REsp 229.278/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ 7/10/2002, p. 260). 3. Convém esclarecer que o art. 782, §3º, do CPC/2015 não impõe ao julgador o dever de determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tendo em vista o uso da forma verbal “pode”, tornando claro tratar-se de faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto (REsp 1.762.254/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/11/2018). 4. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos à origem a fim de que o Tribunal a quo, a luz das circunstâncias do caso concreto, avalie a necessidade da inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes. (STJ, Recurso Especial n. 1.801.946/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14.05.2019).

controvérsia, foi ainda inserido em 2012 parágrafo único ao dispositivo para inequivocamente estender a faculdade à Fazenda: “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”. Por fim, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5135/DF, julgada em 09.11.2016, relator Min. Roberto Barroso, tendo o Tribunal Pleno ratificado a constitucionalidade da normativa, destacando que

[...] A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo. [...]

Paradoxalmente, adotou-se entendimento contra a Fazenda, quando se negou a possibilidade de suspender o passaporte ou CNH do devedor nas execuções fiscais, sob o fundamento de que o Fisco já gozaria de posição privilegiada diante do credor e que tais formas ditas “aflictivas pessoais” encontrariam razão de ser na lógica de mercado, cujos créditos disponibilizados ao consumidor não raramente estão sujeitos a alto risco. Apregoou-se, em suma, que o crédito fiscal usufrui de *status* superior ao ser perseguido por procedimento especial, com trâmite em varas próprias, e apoiado por um corpo de procuradores “devotados à causa”, além do que se beneficiaria a Administração de privilégios processuais, como a necessidade de caucionamento para embargos, sem paralelo nas execuções comuns⁶.

A motivação exarada pelo ilustre Ministro, embora se amolde à literalidade da normativa, remete a uma realidade que não se materializa na prática forense, pois o que se constata é que, a despeito de todo o arcabouço supracitado, a Fazenda não alcança a efetividade prometida, ensejando um duplo açoite na máquina estatal: insucesso na cobrança do crédito com gastos públicos que não justificam os meios, o que contribui para a sobrecarga e a morosidade do Judiciário.

Com efeito, o que se vislumbra é um grande paradoxo, pois, ora se invoca o caráter público da relação Fisco e contribuinte para conferir posição de destaque ao Estado e ditas prerrogativas, que, como visto, nada mais são do que letra morta despida de eficácia, e, de outro

⁶ STJ, *Habeas Corpus* n. 453870/PR, Primeira Turma, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25.06.2019.

lado, com o mesmo fundamento se retira desse grande credor faculdades disponibilizadas aos titulares de dívidas comuns para receber o saldo pendente.

O consenso entre todos os debatedores da causa é que mudanças são prementes e que a legislação atual, em quase 40 (quarenta) anos de vigência, pouco pode fazer para alterar a conjuntura, motivo maior das incessantes tentativas de quebra desse paradigma inoperante.

3 A EXECUÇÃO FISCAL EXTRAJUDICIAL: AS TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ATUAL

Extraído o máximo da legislação em vigor e intensificado o caos nas contas públicas e nas varas fiscais, formou-se, em 2007, um conclave pelo rompimento desse cenário.

O Ministério da Justiça estampou, através de dados, a extensão da crise: as execuções fiscais, naquele momento, respondiam por 50% dos processos judiciais em curso no Poder Judiciário. Nesse material, intitulado “Estudo das Execuções Fiscais no Brasil”, houve a divisão do tema em duas partes, iniciando-se pelo mapeamento estatístico da situação desses processos, com a apuração do tempo de tramitação das execuções fiscais na esfera federal e estadual (dentre os estados selecionados), custo-benefício entre a arrecadação da dívida ativa e correspondentes dispêndios para sua satisfação e ainda a participação dessas demandas no acervo do Judiciário.

Na segunda parte, foram feitas sugestões gerenciais e legislativas para o aprimoramento, classificando-as em gerais e específicas. Como medidas gerais, elencaram-se a desjudicialização da execução fiscal, a interrupção da prescrição a partir da inscrição em dívida ativa, a concessão de maiores poderes aos procuradores e a melhoria no cadastro e dos fluxos de informações. Sob a denominação de específicas, recomendaram-se a penhora administrativa, a simplificação na forma de quitar os débitos ajuizados e manutenção da Lei de Execução Fiscal acrescida de modificações pontuais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2007).

O estudo foi um grande passo para a retratação desse quadro específico, não só por colocar em números o problema, mas por trazer à tona sugestões concretas de melhoria, insuflando assim um debate que não mais poderia ser adiado.

Dentro desse cenário e não necessariamente na ordem sequencial da pesquisa, foram propostos basicamente três projetos de lei com vistas à administrativização da cobrança do crédito fiscal, idealizada como uma possível saída para o imbróglio vivenciado.

O primeiro deles foi apresentado pelo senador Pedro Simon (PL n. 10/2005) e traduzia reapresentação do PL n. 608/1999 do senador Lúcio Alcântara. O segundo foi fruto de minuta elaborada pelo Desembargador Federal do Tribunal Federal Regional da 1ª Região, Antônio de Sousa Prudente, e que resultou no PL n. 5.615/2005, apresentado pelo deputado Celso Russomano. Por fim, foi elaborada ainda minuta de anteprojeto de lei pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e que deu origem, após severas críticas e modificações substanciais, ao PL n. 5.080/1990.

Sem pretensão de esgotar a temática ou esmiuçar cada um dos regulamentos, mas apenas trazer o propósito de cada qual, faz-se impositivo o delineamento geral dos respectivos projetos.

O PL n. 10/2005, que contou com o apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB como alternativa imprescindível à reformulação do sistema processual, previa a possibilidade de penhora administrativa, por não se traduzir em atividade jurisdicional, daí porque não necessitaria desenvolver-se “sob as vistas do juiz”⁷. Assim, após a inscrição em dívida ativa, notificado o devedor para pagamento no prazo de 5 (cinco) dias e quedando-se inerte, incumbiria ao funcionário credenciado pela Procuradoria, sob a supervisão do correspondente Procurador, efetivar a penhora no juízo competente para a propositura da execução fiscal. Segundo a normativa, se interpostos embargos à execução, o juiz requisitaria o procedimento administrativo no qual foi realizada a constrição para solucionar a contenda.

Como bem salienta Carlos Francisco Lopes de Melo, “embora o projeto de lei seja omissivo quanto à competência para os atos de alienação do bem penhorado, não há dúvida de que após a penhora e não apresentados embargos pelo devedor, os autos também deveriam ser remetidos ao juiz, a quem caberia ultimar a expropriação, na forma da Lei no 6.830/80” (2012, p. 116).

Embora comedida a saída adotada pela referida normativa, o PL n. 5.615/2005 optou por ir além da simples constrição administrativa, introduzindo verdadeira execução administrativa.

Em termos abrangentes, pode-se sintetizar assim os principais pontos do projeto: 1) execução, de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias e fundações públicas, processada nos próprios autos de inscrição do crédito fiscal; 2) notificação do executado para, em 10 (dez) dias, pagar a dívida ou apresentar embargos, com efeito suspensivo, perante o juízo competente; 3) ofertados e recebidos os embargos pelo juiz competente, a Fazenda é citada pelo juízo para impugná-los no mesmo prazo, podendo

⁷ Exposição de motivos do PL n. 10/2015.

ser designada, ato contínuo, audiência de instrução e julgamento, com sentença em 10 (dez) dias; 4) penhora realizada pela autoridade administrativa; 5) possibilidade de apresentação de exceção de pré-executividade diretamente perante o órgão executor, desde que deduzida matéria a ser conhecida de ofício; 6) previsão de arresto dos bens do devedor não localizado; 7) alienação de bens penhorados efetivada por meio de leilão público pela Procuradoria da entidade exequente.

Por derradeiro, o PL n. 5.080/2009 não insere exatamente uma execução administrativa,

[...] pois não autoriza a autoridade administrativa realizar a alienação dos bens constritos, mas limita-se a instituir a pré-penhora administrativa, chamada de constrição preparatória da execução judicial, como requisito necessário para o ajuizamento da ação executiva, semelhante à previsão dos primeiros projetos de lei que tiveram tramitação no Senado Federal [...]. A constrição preparatória, nos autos da execução fiscal judicial, deverá ser confirmada pela autoridade judiciária competente, através da sua convalidação em penhora ou arresto. (MELO, 2012, p. 119)

Em síntese, o projeto traz os seguintes delineamentos: 1) confere poderes à administração para a realização de atos de constrição patrimonial e avaliação de bens, inclusive sobre valores depositados em contas bancárias; 2) o devedor é intimado na via administrativa para, em 60 (sessenta) dias, pagar, solicitar o parcelamento do débito ou prestar garantia, e, na hipótese de inércia, a Fazenda passa aos atos de “constrição preparatória necessários à garantia da execução (art. 5º, §6º); 3) outorga ao devedor a possibilidade de, no prazo de 30 (dias), apresentar exceção de pré-executividade diretamente perante o órgão executivo, sem efeito suspensivo, para alegar “o pagamento, a compensação anterior à inscrição, matérias de ordem pública e outras causas de nulidade do título que possam ser verificadas de plano, sem necessidade de dilação probatória” (art. 7º); 4) em continuidade ao procedimento, “a Fazenda Pública deverá providenciar o ajuizamento da execução fiscal, (...), no prazo de trinta dias, contados da efetivação da primeira constrição” (art. 13); 5) é assegurada ao devedor tanto a interposição de embargos à execução no prazo de 30 (trinta) dias contados da citação no processo judicial (art. 23), como também impugnação, no prazo de 15 (quinze) dias, contra qualquer dos atos praticados pela Fazenda, “mediante petição nos autos da execução fiscal ou, se esta não houver sido ajuizada, por meio de petição que correrá em apenso aos autos dos embargos à execução, se houver, apresentando pedido fundamentado de sustação ou adequação da constrição preparatória, provisória ou averbação administrativa (...)” (art. 22).

Note-se que o traço mais marcante desse projeto é estabelecer verdadeiro pressuposto para o ajuizamento da execução fiscal, qual seja, a localização de patrimônio expropriável, incumbindo a efetiva execução ao juízo competente. Com isso, evita-se o ingresso de ações materialmente inexitosas ou a suspensão infundável dessa massa de litígios no caso de não ser encontrado o devedor ou bens suficientes à satisfação da obrigação. Até por essa razão é que dispõe o art. 20 do referido projeto que “a autoridade administrativa legalmente incumbida de promover a execução fiscal suspenderá o ajuizamento da execução enquanto não forem localizados bens, inclusive dinheiro, renda ou faturamento, sobre os quais possa recair a constrição preparatória”. Em outras palavras, indica a normativa que eventual suspensão e arquivamento ocorrerá no campo administrativo, sem que seja o Judiciário acionado para tanto.

Apesar do intuito genuíno, os regramentos então expostos foram objeto de críticas e apontamentos negativos abalizados por grande parte da doutrina nacional, que não admite a possibilidade de invasão no patrimônio privado por representantes do erário.

Não se nega a ousadia do modelo eleito pelo PL n. 5.615/2005 ao possibilitar a expropriação de bens por agentes do Estado, em leilão público, e as dificuldades de implementação da medida frente ao próprio aparelho administrativo, que já encontraria entraves na questão orçamentária e por consectário na disponibilização de estrutura pessoal e material.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer o avanço proposto pelo PL n. 5.080/2009 ao estabelecer uma espécie de filtro antes da instauração efetiva da lide fiscal através da penhora administrativa, que inibiria de pronto a propositura de uma miríade de feitos fadados ao insucesso.

Não obstante, as maiores vozes do Direito Tributário opuseram-se ferozmente a essa óptica, concentrando o discurso nos seguintes argumentos: a) violação ao princípio da separação de poderes (arts. 2º e 60, §4º, inciso III, da CF/88), já que ao Executivo é outorgada a faculdade de se imiscuir em atividade típica do Judiciário; b) malferimento de direitos fundamentais do contribuinte, dentre eles o direito à propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CF/88), à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF/88), contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88); c) vulneração dos princípios da razoabilidade e da isonomia, porquanto se confere a uma das partes, no caso a credora, a prerrogativa não só de constituir o próprio crédito tributário, mas também de constranger o devedor com atos de cobrança, ao passo que todos os demais credores comuns

necessitam aguardar o processo judicial para tal desiderato⁸.

Os fundamentos suscitados para desconstituir a ideia de constrição administrativa, no entanto, não se sustentam à frente da realidade de diversos institutos hoje já previstos e aceitos de forma ampla pelos juristas brasileiros. Inexplicavelmente, o que parece se extrair desse contexto é uma verdadeira resistência quanto a esse alargamento da função da Administração no âmbito exacional, enquanto que, em outros setores, embora se pudesse levantar os mesmos pontos, a ideia nem sequer é questionada.

Importante, assim, debruçar-se sobre cada qual das interrogações a fim de demonstrar a falibilidade do discurso oposicionista e a defensabilidade da estrutura arquitetada no PL n. 5.080/2009.

4 A CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA IDEALIZADA PELO PL N. 5.080/2009 À FRENTE DAS PRERROGATIVAS CONFERIDAS À FAZENDA E DA ESTRUTURA NORMATIVA VIGENTE

A base do sistema administrativo e sua operabilidade estão calcadas na imperiosa necessidade de se conceder à Administração determinadas prerrogativas para que, em nome do atendimento ao interesse público, possa gerenciar a coisa pública.

Por essa razão diz-se que os entes públicos estão inseridos em um regime especial, denominado regime jurídico administrativo, norteado por dois princípios basilares: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público pelos agentes do Estado:

Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: **prerrogativas e sujeições**.

[...]

O Direito Administrativo nasceu sob a égide do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o

⁸ Dentre outros grandes tributaristas, são autores das referidas críticas Hugo de Brito Machado (em artigo intitulado “Execução fiscal administrativa?”, disponível em: <http://www.hugosegundo.adv.br/>, acesso em 26 nov. 2019), Ives Gandra Martins e Roque Antonio Carrazza (ambos em parecer jurídico elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-execucao-fiscal-admi.pdf>, acesso em 26 nov. 2019).

jurídico; paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral.

[...]

Dá a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**. (DI PIETRO, 2008, p. 59/60 – grifo no original)

Vale o destaque, dentro do arcabouço principiológico fundante desse sistema, e ao que interessa para a temática ora enfrentada, dos princípios da autotutela e da presunção de legitimidade e de veracidade das condutas estatais. A par desses postulados, à Fazenda é atribuído o poder de anular/revogar atos ilegais, inoportunos ou inconvenientes, sem a interferência do Judiciário, sendo que os atos administrativos editados no desempenho de seu mister presumem-se verdadeiros (no aspecto fático) e legítimos (no aspecto jurídico), até que se prove o contrário (presunção *juris tantum*).

Para além disso, pertinente mencionar os atributos da imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade de que são dotadas suas ações: ao Estado é dado o poder de criar obrigações, de forma unilateral, aos particulares (imperatividade), podendo-se valer de meios indiretos de coação para exigir seu cumprimento (exigibilidade) ou ainda, no insucesso da medida, de meios diretos de execução, prescindindo de atuação judicial para tanto (autoexecutoriedade).

Dentro dessa conjuntura, é que não se discute a possibilidade/legalidade da Administração “(...) de expropriar, (...) de requisitar bens e serviços, (...) de ocupar temporariamente o imóvel alheio, (...) de instituir servidão, (...) de aplicar sanções administrativas, (...) de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, (...) de impor medidas de polícia.” (DI PIETRO, 2008, p. 60).

Pois bem. Transferindo-se toda a lógica delineada à seara tributária, percebe-se a mitigação – sem discussões – da famigerada isonomia quando ao Fisco é permitida a constituição unilateral do título executivo na esfera administrativa, valendo-se a certidão de dívida ativa de certeza e liquidez a autorizar a imediata exigência (art. 3º, *caput*, da LEF). Citando passagem da obra de Maria Sylvia Di Pietro, Gisele Leite e Jonas Ricardo Correia colocam tal realidade como prerrogativa inerente “(...) à ideia de “poder” como um dos

elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular” (2018, p. 18). Em outras palavras, entende-se como necessária para o desempenho da finalidade pública a prerrogativa assinalada, até porque imbuída na própria acepção de poder.

Com efeito, o que se percebe é que, a despeito de ser imposta ao Estado a deferência a garantias individuais e direitos fundamentais dos administrados, há paradoxalmente um certo consenso em torno de que também ao ente é de ser assegurado aparato para que, no caso de conflito de interesses travado com um dos cidadãos, se possa assegurar os interesses dos demais – daí porque se tem frágil e inadvertida menção ao princípio da isonomia nessa espécie de relação.

Não se pode olvidar que, na condição de sujeito ativo da relação jurídico-tributária e na cobrança das exações, o Fisco, embora aparentemente aja na satisfação de um interesse público secundário (compor a reserva de capital), busca com o produto da atividade executacional o atendimento ao interesse público primário, que é seu dever constitucional.

Logo, toda e qualquer ação que vise facilitar esse processo não pode ser atacada com a pecha de desigual, porque assim o é a própria lógica funcional administrativa dentro da qual se insere a Administração.

Também não é sólida a assertiva em torno do malferimento do postulado da separação dos poderes (arts. 2º e 60, §4º, inciso III, da CF/88). Concebida originariamente nas ideias político-filosóficas de Montesquieu e de Emmanuel Sieyès como inafastável para o temperamento da atuação do monarca e então fracionamento dos poderes do Estado, o princípio sofreu ingerências culturais e contextuais, a ponto de não haver uma aplicação uniforme às nações adeptas.

Registre-se que as necessidades do estado pós-moderno

[...] induziu a um redimensionamento das funções estatais de tal modo que a clássica divisão de funções deu lugar a um intercâmbio de atribuições entre os poderes, que pode ser demonstrada: pela criação de agências reguladoras, com atribuições legislativas típicas; pelo poder de edição de medidas provisórias com força de lei ordinária conferido ao Chefe do Poder Executivo federal; pela ampliação do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral através de uma interpretação elástica da competência prevista no art. 23, IX, do Código Eleitoral etc. (MELO, 2012, p. 126).

E por essa mesma razão, preconiza Marçal Justen Filho:

Tome-se em conta que não existe uma única teoria da separação de Poderes,

compartilhada igualmente por todos os países. A teoria da separação dos Poderes é adotada em quase todos os países, mas com configurações próprias e inconfundíveis.

Ou seja, não há um modelo único de separação de Poderes, mas cada Estado produz uma teoria própria, que reflete sua experiência histórica. Por exemplo, a separação dos Poderes nos EUA é muito diferente daquela existente na França. E nenhuma delas é similar à brasileira.

Mas todos os países compartilham uma experiência comum: a impossibilidade de separação absoluta de funções. (2009, p. 26).

A realidade demonstra que, não raramente, as fronteiras entre a divisão de atribuições são flexibilizadas, a ponto de não se discutir sobre a validade do citado poder normativo atribuído às agências reguladoras ou do poder legislativo conferido ao Presidente da República na edição de medidas provisórias. Isso sem falar no controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte que, seja o exercendo na forma difusa ou concentrada, não raramente acaba como atuar como legislador positivo, em fenômeno alcunhado por muitos de ativismo judicial⁹.

Por fim, é a própria Constituição Federal quem, a despeito de apregoar a existência de três poderes distintos, confere ao Legislativo, em casos excepcionais, a função de julgador (art. 52, I e II, parágrafo único), pondo fim à ilusória repartição estanque de funções.

Sem pretender esgotar a problemática, a breve exposição serve para demonstrar a vagueza do argumento quando confrontado à conjuntura posta, que demonstra não uma separação absoluta organizacional, mas antes a existência de funções preponderantes (a dizer, típicas), que não impedem eventuais avanços ou o exercício de funções atípicas pelos demais poderes.

⁹ Aliás, essa espécie de atuação, além do debate doutrinário, já teve lugar para discussão no bojo de julgamento proferido pela Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3510/DF, em que se discutia a possibilidade de utilização de pesquisas com células-tronco embrionárias no âmbito da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005). Na oportunidade, o ministro Gilmar Mendes ressaltou: “O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n° 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei. Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos”. (ADI n. 3510/DF, relator Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgada em 29.05.2008)

Não fosse isso suficiente e para arrematar a exposição neste aspecto, seria até mesmo questionável a natureza jurisdicional dos atos procedimentais que precedem a futura e hipotética impugnação por parte do devedor:

Conforme vimos salientando, as atividades de localização do devedor e bens penhoráveis (i) não possuem intrínseca natureza jurisdicional; (ii) não possuem qualquer cunho decisório, senão caráter nitidamente cartorário; (iii) não compõem a lide; (iv) não atuam a vontade concreta da lei, (v) não substituem a vontade das partes pela do Estado-juiz. Tudo isso não infirma a jurisdicionalidade do processo executivo. Significa apenas, que determinadas atividades praticadas em seu bojo não possuem essa propriedade. (GONÇALVES, 2015, p. 465-466).

Com efeito, não se pode conceber de um direito do devedor de não ser localizado ou de ocultar bens diante da execução de um título dotado de presunção de liquidez e certeza. Não se fecha, da mesma forma, a porta do Judiciário para toda e qualquer impugnação que porventura achar necessária para seu direito de defesa.

Saliente-se que a normativa prevê 3 (três) espécies de defesa ao Administrado: impugnação a ser ofertada diretamente junto ao órgão executivo, oportunidade em que poderão ser suscitados pagamento, compensação ou questões de ordem pública que independem de dilação probatória; embargos do devedor no prazo de 30 (trinta) dias a contar da citação no processo judicial e, por derradeiro, impugnação no bojo da lide fiscal, em 15 dias, contra qualquer ato perpetrado pela Fazenda.

Defronte desse quadro, não sobrevive o argumento de que se estaria negando ao contribuinte o acesso à jurisdição, ou mesmo tolhendo-lhe a ampla defesa e o contraditório. Só se poderia conceder credibilidade a tal afirmação se fosse efetivamente negado o acesso preconizado pela Carta Magna (art. 5º, inciso XXXV), o que está longe de subsistir.

Não é demasiado repisar que se está apenas transferindo ao campo extrajudicial atos que de ordinário dispensam a presença do magistrado e são concretamente cumpridos pelo oficial de justiça: citação, arresto, penhora e avaliação são, e assim o continuariam na hipótese de introdução do novo regime, executados por agente público dotado de fé pública (oficial de justiça ou servidor integrante do corpo executivo do estado) e supervisionados pelo togado.

Nessa toada, soa exagerada e fora de contexto a crítica de inobservância do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF/88). Ora, o axioma em questão não busca conferir legitimidade apenas ao procedimento quando desenvolvido sob o crivo judicial. Devido

processo legal é também vislumbrado no processo administrativo, até porque é pedra de toque do regime jurídico administrativo o respeito estrito à legalidade. O que importa, como ressalva Kiyoshi Harada, é “que as normas legais estejam em harmonia com os preceitos constitucionais, no caso, com o art. 5º, LV da CF que estabelece o princípio do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo ou judicial” (2007).

É nesse tom ainda a lição de Marcelo Barbi Gonçalves:

Deve-se ler o dispositivo no sentido de garantia ao cidadão de um procedimento democrático, contraditório e participativo estabelecido em lei. Com efeito, processo não é conceito que se encontra delimitado pelos confins da Ciência Jurídica, pois, conforme Grinover, Cintra e Dinamarco: ‘Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital)’. (2015, p. 464).

Dando sequência à análise sobre as críticas tecidas, percebe-se igualmente a inconsistência na suposta violação ao direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CF/88) pelo modelo de constrição administrativa do patrimônio privado para fins de execução fiscal.

Primeiro porque não se está a propor a expropriação de bens na esfera extrajudicial, e tão somente a penhora para assegurar o futuro ajuizamento da execução fiscal, impedindo, repita-se, a propositura de ações ineficazes, que serão obstadas muito provavelmente no primeiro ato do processo (citação).

Segundo porque “a indisponibilidade patrimonial não implica perda da titularidade sobre os bens (...)”, de sorte que

[...] sustentar a inconstitucionalidade da constrição preparatória a lume desse argumento é negligenciar o regime de liquidação extrajudicial de instituições financeiras praticado pelo Banco Central há mais quarenta anos. Isso porque, o art. 36 da Lei 6.024/1974, cuja constitucionalidade é pacificamente admitida pelos tribunais, prevê expressamente a decretação da indisponibilidade extrajudicial dos bens dos administradores das instituições financeiras em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência. (GONÇALVES, 2015, p. 465).

E o que dizer do atual regime de desapropriação estabelecido pelo Decreto-lei 3.365/1941, através do qual a Administração, mediante lei ou simples decreto em que reconhecida a utilidade pública de determinada propriedade, arvora-se no direito de adentrar

no patrimônio privado, relegando a eventual prejudicado unicamente a discussão do valor no âmbito judicial¹⁰.

Como bem pontuado por Humberto Gomes de Barros, “O Estado-Administração é capaz de, visando a interesses sociais, expropriar um proprietário que nada lhe deve. No entanto, se o proprietário é inadimplente, na sagrada obrigação de honrar dívidas para com o Erário, a Administração queda-se impotente”. (2007, p. 2).

Isso para não mencionar o leilão extrajudicial admitido pela Lei n. 4.591/1964, através do qual se atribui a um particular o direito de alienação do patrimônio alheio na hipótese de inadimplemento das prestações atinentes ao compromisso de compra e venda de bem imóvel¹¹.

Inúmeros outros exemplos de execução extrajudicial propriamente ditam dentro do conjunto legislativo em vigor ainda podem ser citados, como aponta Marcelo Barbi Gonçalves:

A propósito, percebe-se que o Dec.-lei 70, de 21.11.1966, que disciplina a execução no regime do Sistema Financeiro de Habitação, autoriza o credor a executar extrajudicialmente o imóvel objeto do crédito hipotecário. De igual forma, o Dec.-lei 911, de 01.10.1969, prevê que, em casos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, ocorrendo mora, o proprietário fiduciário poderá alienar a terceiros, extrajudicialmente, o bem dado em garantia. Por fim, destaque-se que nos contratos imobiliários garantidos por alienação fiduciária, o art. 26 da Lei 9.514/1997 permite a excussão do bem gravado independentemente de qualquer ação judicial.

São, pois, execuções que se podem consumir sem qualquer intervenção do Judiciário, à diferença do quanto propugnado no Projeto de Lei, que prevê apenas

¹⁰ A propósito, vale a citação de dispositivos importantes da normativa em questão: [...] Art. 7º Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial. Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal. Art. 8º O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação. Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública. [...].

¹¹ Art. 63 da Lei 4.591/1964: É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando fôr o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nêle se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

§ 1º Se o débito não fôr liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção.

Sobre a aplicabilidade do instituto, cita-se precedente da Corte Superior: Recurso Especial n. 1399024/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03.11.2015.

uma constrição provisória cuja potencialidade executiva, como é intuitivo, é menos invasiva do que aquela que permite a realização das expropriações liquidativa e satisfativa integralmente à margem do Judiciário. (2015, p. 467-468)

Novamente, de forma contraditória, não se levantam vozes contra a constitucionalidade e eventual vulneração do direito de propriedade nessas hipóteses.

Em suma, quer-se com isso dizer que, dentro da normativa operante, não há nenhuma inconstitucionalidade na edição de uma legislação que preveja certa restrição no monopólio judicial sobre o processamento de execuções fiscais, com a inserção de uma condicionante traduzida em etapa preparatória e administrativa para a futura (e então eficaz) lide fazendária.

Na verdade, a adoção desse direcionamento proporcionaria verdadeiro ganho ao Poder Judiciário, que deixaria de operar de forma automatizada nestas ações e concentraria esforços para a solução efetiva da contenda no caso de eventuais embargos/impugnações opostas pelo devedor. Ou, ainda, se não oferecida resistência pelo contribuinte, a função judicante limitar-se-ia à chancela dos atos administrativos de constrição já perpetrados pela Administração, autorizando definitivamente a quitação da dívida em voga.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sopesado o contexto judicante e normativo atual, tem-se imperiosa uma reavaliação do verdadeiro papel do Poder Judiciário frente às lides instauradas: para fins de gerenciamento da crise vivenciada e diante do descrédito e deslegitimação que a conjuntura acarreta à imagem da atividade judicial, não resta outra alternativa senão concentrar a estrutura material e pessoal na efetiva solução de contendas.

O acervo escomunal e as dificuldades na vazão dos processos motivaram estudos para a realização de um prognóstico, tendo se detectado a contribuição das execuções fiscais para o caos identificado.

Não é de hoje, portanto, que os operadores do direito tentam, sem significativo êxito, contornar a questão dentro do arcabouço legislativo em vigor: a jurisprudência tem atribuído uma interpretação evolutiva à Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980), balizando-a sob a óptica das sucessivas alterações processuais e introduzindo assim ferramentas para agilizar a cobrança do crédito público, como a retirada do efeito suspensivo automático aos embargos, a possibilidade de inscrição do devedor nos órgão de proteção

ao crédito, protesto da CDA, dentre outros instrumentos.

Fato é que, em termos de ganhos, pouco ou quase nada se alterou no cenário posto, razão pela qual se tornou quase que inevitável a superação do paradigma atual. A introdução de mudanças cruciais como a administrativização parcial da cobrança do crédito público é certamente parte da solução. A sensível alteração no procedimento fiscal, com a introdução da possibilidade de penhora administrativa, evitaria que inúmeras ações fadadas ao insucesso fossem ajuizadas e com isso acarretaria a economia de recursos humanos e financeiros na prática de atos automatizados e sem carga de cognição pelos operadores da máquina judicial.

Apontar a inconstitucionalidade da medida sob alegação de que haveria violação à separação dos poderes, ao direito de propriedade, à ampla defesa e ao contraditório, ao devido processo legal, à reserva de jurisdição e malferimento à própria isonomia equivale a ignorar a integralidade do sistema normativo e o regime jurídico especial em que se encontra inserida a Administração Pública.

Cotejando-se as críticas traçadas à tentativa legislativa de desjudicialização da lide fiscal com o restante das leis cuja legitimidade sequer é questionada e às prerrogativas de que é dotado o estado para gerenciar a coisa pública, presencia-se uma flagrante e inexplicável contradição: por que, afinal de contas, se concede mais credibilidade a instituições financeiras na cobrança de seu crédito do que à própria Administração? Ou, ainda, por que motivo em alguns âmbitos a atuação intervencionista do Estado é pacificamente aceita, enquanto que na satisfação das exações encontra-se praticamente um exército opositor?

Com efeito e em arremate, a conclusão alçada com o labor aqui delineado é de que não há objeções normativas estruturais e o ordenamento encontra-se pronto para a necessária superação do monopólio judicial das execuções fiscais.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Humberto Gomes. Execução fiscal administrativa: administrative tax foreclosure. *Revista CEJ*, Brasília, v. 11, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18959>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. *Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. *Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 dez. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. *Lei n. 9.492/97, de 10 de setembro de 1997*. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. *Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. *Projeto de Lei n. 10, de 2005*. Senado Federal. Institui a penhora administrativa, por órgão jurídico da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/72393>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. *Projeto de Lei n. 608, de 1999*. Senado Federal. Disponível em: <https://apesp.org.br/>

[comunicados/2010/apesp_legislativo/images/PLS10-2005.pdf](#) Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. *Projeto de Lei n. 2.412, de 2007*. Câmara dos Deputados. Dispõe sobre a execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376419>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. *Projeto de Lei n. 5.080, de 2009*. Poder Executivo. Dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431260>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. *Projeto de Lei n. 5.615-A, de 2005*. Câmara dos Deputados. Dispõe sobre a cobrança administrativa do crédito da Fazenda Pública, a defesa do executado e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=348E441FCC195899B72F568B46384257.node2?codteor=330401&filename=Avulso+-PL+5615/2005. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. *Projeto de Lei n. 6.919, de 2005*. Senado Federal. Institui a penhora administrativa, por órgão jurídico da Fazenda Pública e, dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/72393>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF*, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgada em 29.05.2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5135/DF*, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgada em 09/11/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus n. 453870/PR*, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/06/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.272.827/PE*, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 1.801.946/RS*, Relator Ministro

Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14.05.2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial n. 1399024/RJ*, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03.11.2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 18. set. 2019.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. A execução fiscal e as suas crises de instância. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, n. 106, pt. 2, p. 380-402, jan. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Informativo Justiça em Números*, Brasília: CNJ, 2019, p. 131.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Execução fiscal: um retrato da inoperância, o (bom) exemplo português e as alternativas viáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 451-471, set./2015.

HARADA, Kiyoshi. A penhora administrativa como pré-requisito da execução fiscal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1620, 8 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10729/a-penhora-administrativa-como-pre-requisito-da-execucao-fiscal>. Acesso em: 16 nov. 2019.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal da União*. Brasília: Ipea, 2011, p. 14. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva. 4. ed. rev. e atual. 2009.

LEITE, Gisele; CORREIA, Jonas Ricardo. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Execução fiscal administrativa?*, Disponível em <http://www.hugosegundo.adv.br/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

MARTINS, Ives Gandra; CARRAZZA, Roque Antonio. *Parecer OABSP contra a Execução*

Fiscal Administrativa. São Paulo: 26. jan. 2010. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-execucao-fiscal-admi.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019

MELO, Carlos Francisco Lopes. Execução Fiscal Administrativa à luz da Constituição Federal. *Revista da AGU*, n. 31, jan/mar 2012, ano 11. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/127/356>. Acesso em: 25 nov. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Estudo sobre as execuções fiscais no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em <http://heltonkramer.com/wp-content/uploads/2015/11/Ministério-da-Justiça-Secretaria-de-Reforma-do-Judiciário-Estudo-sobre-Execuções-Fiscais-no-Brasil1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIDEOCONFERÊNCIA: INSTRUMENTO TECNOLÓGICO DE GESTÃO JUDICIÁRIA

Janaína Alexandre Linsmeyer Berbigier



VIDEOCONFERÊNCIA: INSTRUMENTO TECNOLÓGICO DE GESTÃO JUDICIÁRIA

VIDEO CONFERENCE: TECHNOLOGICAL INSTRUMENT FOR JUDICIAL MANAGEMENT

Janaina Alexandre Linsmeyer Berbigier¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo trazer à baila um dos métodos e modelos gestionários, a partir da tecnologia, como incremento da necessária efetivação da atividade jurisdicional. Os Tribunais de Justiça de todo o país passaram a debater a necessidade de se aperfeiçoarem os modelos de gestão, inclusive, incorporando aos membros da administração e demais juízes a formação e estudo de técnicas de organização estrutural, a partir da função essencial de pacificação dos conflitos. A tecnologia, a partir da visão, missão e valores do planejamento estratégico dos tribunais, que engloba a modernização e informática como alicerce da busca pela celeridade da justiça, passa a ser aliada do plano de gestão judiciária. Através do método indutivo de pesquisa, será analisada a inovação da videoconferência – com a consagração de sua instalação em todas as comarcas do Estado de Santa Catarina – como necessária ao avanço do Judiciário Catarinense para o atingimento de suas metas e objetivos prestacionais, principalmente porquanto possui em seu planejamento estratégico a tecnologia e o desenvolvimento de mecanismos informáticos para a superação de sua atividade-fim.

Palavras-chave: Gestão Judiciária. Planejamento Estratégico. Avanço tecnológico. Videoconferência. Devido processo legal. Princípio do contraditório e da ampla defesa.

ABSTRACT

This paper aims to examine bring up one of the management methods and models, based on technology, as an increment of the necessary execution of the jurisdictional activity.

¹ Especialista em Direito Processual Civil com ênfase no Novo Código de Processo Civil, pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), Especialista em Prática Judiciária, pela Universidade Regional de Blumenau (FURB), Bacharela em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), e Juíza Substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. E-mail: janaina.linsmeyer@tjsc.jus.br

Courts of Justice throughout the country began to debate the need to improve management models, including by incorporating to the members of the administration and other judges the formation and study of techniques of structural organization, based on the essential function of pacifying conflicts. Technology, based on the vision, mission and values of the strategic planning of the courts, which encompasses modernization and information technology as the foundation for the pursuit of the celerity of justice, becomes an ally of the judicial management plan. The innovation of videoconferencing - well succeed installation in all the regions of the state of Santa Catarina - was certainly necessary for the advancement of the Santa Catarina judiciary to reach its goals and objectives, mainly because it has in its strategic planning the technology and development of computer mechanisms for overcoming its major activity.

Keywords: Judicial Management. Strategic Planning. Technological Advancement. Videoconferencing. Due process of law. Principle of contradictory and broad defense.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da videoconferência como instrumento à gestão da atividade jurisdicional, principalmente a organização dos fluxos de trabalho nos gabinetes, com enfoque no plano estratégico do Poder Judiciário Catarinense.

Não há dúvidas de que a mora da prestação jurisdicional decorre, em grande parte, do elevado número de processos e procedimentos e, na mesma medida, da necessidade de resposta aos anseios da sociedade por meio da atividade judiciária. O baixo custo da judicialização da demanda no Brasil também contribui para a estrutura de um Poder Judiciário saturado, fomentando o elevado número de entrada de processos, ainda que a realidade atual já tenha ganhado fôlego com o exaustivo trabalho de julgar dos magistrados de todo o país².

² Justiça em números

O Relatório Justiça em Números, elaborado continuamente desde 2005 com a sistematização das estatísticas judiciárias nacionais, está em sua 16ª edição e apresenta indicadores de desempenho, informatização e produtividade dos tribunais, além de informações sobre os gastos do Judiciário e processos em tramitação. O relatório sumariza os resultados alcançados e possibilita ao CNJ a proposição de metas a serem alcançadas pelos tribunais nos anos seguintes. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>).

A edição lançada em 2019 informa que “O 1º grau de jurisdição possui as maiores cargas de trabalho e produtividade por magistrado e por servidor da área judiciária. Já nos indicadores de casos novos por magistrado e por servidor, os indicadores do 2º grau superaram os do 1º grau no ano de 2018. Na Justiça Federal ocorre o inverso. Os indicadores por magistrado são maiores no 2º grau. Os indicadores de casos novos por servidor e por magistrado, [...], desconsideram as execuções judiciais iniciadas, consoante critérios da Resolução CNJ 76/2009. [...]. Os casos novos por servidor, que entre os anos de 2009 e

Em razão disso, racionalizar métodos para emprestar eficiência à atividade jurisdicional torna-se imprescindível, sendo certa a necessidade de recorrer às metodologias de gestão judiciária. Assim, como objetivo da pesquisa é evidenciar a tecnologia e a modernização da justiça, porquanto contam com esses atributos o planejamento estratégico nacional e também do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, como corolária do dinamismo estrutural da atividade jurisdicional, em especial, a gestão do trabalho. A propósito, justifica-se o presente estudo justamente diante do anseio de se buscar, incessantemente, a entrega de prestação jurisdicional eficaz e em prazo razoável.

À vista desse contexto, a necessidade de aprimoramento e uso das tecnologias já existentes, em prol da atividade judiciária, é nuclear para que a maior efetividade possível possa ser alcançada. Neste particular, inclusive, como meio de gestão, a problemática da pesquisa é identificar a adoção das tecnologias como uma das soluções possíveis para viabilizar a entrega do direito ao jurisdicionado – sem que, todavia, o caminho para tanto seja demasiado oneroso –, já que opera como instrumento favorecedor da diminuição da espera pela resposta do Judiciário.

Dessa premissa, através de um método indutivo de pesquisa, o presente estudo explora em seus tópicos como pressupostos lógicos dos mecanismos gestionários no âmago da prestação jurisdicional brasileira: 1) necessidade de implementação da gestão no âmbito do Poder Judiciário para resolver a ineficiência da justiça no tocante à morosidade na entrega de decisão definitiva da solução de conflitos; 2) uso da tecnologia, especialmente videoconferência como instrumento possível de efetivação de direitos com mais celeridade e menos custos – e, portanto, uma ferramenta importante à gestão judiciária; 3) a encampação pelo Poder Judiciário Catarinense desse mecanismo de gestão, usando a tecnologia a favor da justiça.

2016 eram menores no 2º grau, praticamente se igualaram em 2017 e, pela primeira vez, em 2018, a demanda processual por servidor lotado no 2º grau superou a demanda do 1º grau. Isso significa que houve avanços, mas não se pode concluir que há total cumprimento da política. Além das informações variarem bastante por tribunal, ao analisar a carga de trabalho, que inclui o acervo na base de cálculo, observa-se que ainda existem diferenças significativas entre os graus de jurisdição, sendo a taxa do 1º grau quase o dobro da de 2º grau [...]. A produtividade dos magistrados e servidores (IPM e IPS) subiu nas duas instâncias [...]. No 1º grau o IPM aumentou em 3,2% e no 2º grau, em 11,5%. O gráfico mostra pela tendência de crescimento da produtividade ao longo dos anos. Sobre a carga de trabalho dos magistrados, que considera os processos em tramitação, recursos internos e incidentes em execução, o índice praticamente permaneceu estável no 1º grau, mas subiu no 2º grau, tanto na versão bruta quanto na líquida [...]. Apesar da evolução, no sentido de aproximação dos valores entre instâncias, o indicador de 1º grau é ainda quase o dobro do de 2º grau”.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA GESTÃO JUDICIÁRIA

2.1 PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DE GESTÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

A administração judiciária durante muito tempo esbarrou na ineficiência dos métodos e modelos gestionários, que se distanciavam da realidade e necessidade do Poder Judiciário e da própria atividade jurisdicional (direta e indireta). O excesso de burocratização dos procedimentos e a explosão de litigiosidade – aliada a à crise da justiça – exigiu transformação na mentalidade de se pensar o exercício e acesso à jurisdição.

Esse cenário inspirou o autor da obra *Administração Judicial Aplicada* a fazer a seguinte reflexão (HADDAD e PEDROSA, 2014, p. 44):

Os tribunais são apontados como uma das organizações mais burocráticas do Estado e, por força de sua estrutura, sua organização e funcionamento representam forte fator de bloqueio ao aumento da eficácia, eficiência e qualidade da justiça. O incremento das reformas da gestão da justiça está em consonância com a adoção de nova concepção da administração pública, repousada no abandono do modelo burocrático e na adoção dos modelos gestionários e da qualidade total.

Não foi à toa que os Tribunais de Justiça de todo o país passaram a debater a necessidade de se aperfeiçoarem os modelos de gestão, inclusive, incorporando aos membros da administração e demais juízes a formação e estudo de técnicas de organização estrutural, a partir da função essencial de pacificação dos conflitos.

Isso traz à baila, ainda, a imposição de práticas de gestão endoprocessuais, ou seja, pensadas para, de fato, introduzir celeridade, dinamismo e prestação jurisdicional em prazo razoável, aos inúmeros processos e procedimentos que correm incansavelmente nas unidades de justiça.

A soma desses fatores exemplificativos também inquietou o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (órgão com competência de administração gerencial, criado a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004³ – reforma do Poder Judiciário), que editou a Resolução n. 70, de

³ Na exposição de motivos da EC 45/2004, constou a necessidade de fiscalização do Judiciário e de maior transparência. Enquanto o Executivo era fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário, este último não se submetia a qualquer modalidade de controle externo. Para cumprir essa missão, outra inovação da EC 45/2004 foi a criação do CNJ, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos

18 de março de 2009, ao dispor sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário.

Certamente, a iniciativa do CNJ avançou na implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional dos tribunais no sentido de efetivação do planejamento e gestão estratégica do Poder Judiciário. A referida Resolução consolidou o plano estratégico nacional e, posteriormente – para maior efetividade –, foi revogada pela Resolução n. 198, de 1º de julho de 2014, com a perspectiva estratégica “Judiciário 2020”.

É oportuno referendar que a elaboração de planos de gestão, a partir da concepção da Resolução do CNJ, sintetizou, em seu 1º artigo, como componentes de estratégia: a) missão, b) visão, c) valores, e d) macrodesafios do Poder Judiciário⁴.

Tais elementos alicerçados aos atributos de valor para a sociedade e a execução da estratégia nas áreas de gerenciamento de projetos, otimização de processos de trabalho e produção e análise de dados estatísticos, é o que conduzirá a organização estrutural dos gestores e exigirá dos juízes fontes criativas para alcançar a finalidade precípua: prestação jurisdicional célere com qualidade.

Aliás, a responsabilidade pela execução das estratégias de gestão está estampada na própria Resolução supramencionada, ao traduzir que “A execução da estratégia é de responsabilidade de magistrados de primeiro e segundo graus, conselheiros, ministros e serventuários do Poder Judiciário” (art. 7º).

O pano de fundo é, sem dúvida, que o processo de planejamento estratégico – com seus vetores e ferramentas – se tornou necessário ao alinhamento dos objetivos da justiça nacional, em que a organização e a definição de estruturas e funções são precípuas para manter sua finalidade a partir das mutações e oscilações da sociedade e da tecnologia.

É por isso que, na definição de Maurício Fernandes Pereira, planejar significa criar,

deveres funcionais dos juízes. O Conselho zela pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providência, sendo ainda responsável pela elaboração de políticas estratégicas e pelo exame de questões disciplinares de magistrados. Formado não apenas por juízes, mas também por representantes da sociedade, da advocacia e do Ministério Público, o Conselho é um órgão plural. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>).

⁴ Art. 1º Instituir a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 – Estratégia Judiciário 2020 – aplicável aos tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal e aos Conselhos da Justiça, nos termos do Anexo, sintetizada nos seguintes componentes:

- a) Missão;
- b) Visão;
- c) Valores;
- d) Macrodesafios do Poder Judiciário.

Parágrafo único. Os atos normativos e as políticas judiciárias emanados do CNJ serão fundamentados, no que couber, na Estratégia Nacional do Poder Judiciário.

moldar, direcionar-se ao futuro, com a preocupação de desenvolver um projeto, mapa ou um caminho para chegar em algum lugar; diferente, por óbvio, de improvisar (2010, p. 46). E, na vertente da função típica do Poder Judiciário, ao entregar prestação jurisdicional célere com qualidade, não há espaço para improviso.

O Planejamento estratégico é, portanto (PEREIRA, 2010, p. 47):

[...] um processo que consiste na análise sistemática dos pontos fortes (competência) e fracos (incompetências ou possibilidade de melhoria) da organização, e das oportunidades e ameaças do ambiente externo, com o objetivo de formular estratégias e ações estratégicas com o intuito de aumentar a competitividade e seu grau de resolutividade.

Nesse seguimento, também merece destaque o anexo da Resolução n. 198/2014 do CNJ que traz no Plano Estratégico do Judiciário a celeridade e a modernidade como atributos de gestão, e como macrodesafios, dentre outros, os que se realçam no enfreamento do objeto de estudo: a) efetividade na prestação jurisdicional, b) celeridade e produtividade na prestação jurisdicional, c) aprimoramento da gestão da justiça criminal, d) aperfeiçoamento da gestão de custos, e) melhoria da infraestrutura e governança da tecnologia da informação e comunicação.

E é a partir de todas essas premissas que o CNJ estabeleceu as regras de implementação de gestão aos demais Tribunais de Justiça do país – para criação ou adequação das ferramentas possivelmente existentes. Nessa diretriz, os planejamentos a serem elaborados deveriam conter, no mínimo, um indicador de resultado por objetivo estratégico e metas de extensão para curto, médio e longo prazo, a fim de alcançar, com projetos e ações, a finalidade da jurisdição (é o que se interpreta do somatório das Resoluções n. 70/2009 e n. 198/2014 do CNJ).

No mesmo viés, mas sob o enfoque interno da aplicação das diretrizes nacionais, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já pensava, desde o ano 2000, em métodos de gestão institucional. Inclusive, em seu histórico de Planejamento Institucional (buscado no próprio sítio eletrônico do Tribunal⁵) é possível extrair que com a “intenção de humanizar a justiça, fazendo uma administração compartilhada e democrática, livrando-se definitivamente do empirismo [...] o PJSC iniciou uma nova concepção sobre o modo de gerir a instituição. Para tanto, utilizou-se da ferramenta do Planejamento Estratégico” (TJSC, 2019).

Destarte, “por recomendação do Programa de Qualidade no Serviço Público

⁵ <https://www.tjsc.jus.br/web/gestao-estrategica/planejamento-estrategico-institucional/historico?inheritRedirect=true>

– Gespública – adotou-se a metodologia do *Balanced Scorecard*⁶– BSC (TJSC, 2007)” (Tópicos Destacados na Gestão do Judiciário Catarinense, 2012, p. 223) e, após o estudo de indicadores e planos operacionais, foi aprovado novo mapa estratégico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da Resolução n. 28, de 19 de novembro de 2014, assentando como atributos de valor as perspectivas “serviço”, “pessoas e recursos” e “gestão”, com o objetivo de tornar a atividade jurisdicional célere e efetiva, assegurar soluções adequadas de tecnologia da informação e comunicação e garantir, entre outros, infraestrutura adequada à prestação de serviços.

E é justamente este o ponto de interesse do presente artigo. Isto é, a pesquisa de uma das ferramentas tecnológicas recentemente implantada pelo Poder Judiciário Catarinense – videoconferência para realização de audiências de instrução e julgamento nos processos cíveis e criminais – como corolário do desafio e método de gestão para otimização do trabalho e dinamismo na produção da prestação jurisdicional, a atingir metas estratégicas tão desejadas à efetivação da justiça.

2.2 A VIDEOCONFERÊNCIA: AVANÇO TECNOLÓGICO COMO FERRAMENTA DE GESTÃO

Certo é que a evolução e o uso da tecnologia – com a implementação de novos sistemas informatizados que reduzem distâncias e aprimoram a celeridade das operações – ganharia espaço no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que se tornaria aliada aos mecanismos de gestão em prol, claramente, da necessária modernização da justiça.

A propósito, segundo Anna Maria Pimentel (2004, p. 13), o “progressivo desenvolvimento da tecnologia é fenômeno irreversível” (PIMENTEL, 2004, p. 13). E, justamente porque tais mudanças refletem também nos Tribunais de Justiça (porque precisam estar alinhados à evolução da sociedade), passou-se a discutir nos últimos tempos o incremento do uso da tecnologia no Poder Judiciário, como facilitador da atividade jurisdicional.

Nesse crescente, as ações mais perceptíveis, de imediato, foram a melhoria dos sítios eletrônicos dos Tribunais, a informatização das demandas administrativas e judiciais, com sistemas próprios de organização de fluxos de trabalho, a automatização dos atos de serventias, a digitalização de processos físicos, a gravação simultânea dos depoimentos em audiências de

⁶ Foi definido o *Balanced Scorecard* (BSC) como ferramenta mais adequada para verificar se a organização, baseada na sua Missão, está ou não atingindo a sua Visão Institucional. BSC é uma sistemática que auxilia uma organização a traduzir sua estratégia em objetivos operacionais que direcionam o seu comportamento e a sua performance (sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Histórico do Planejamento Estratégico Institucional).

instrução, mediante importação automática da mídia, e o peticionamento eletrônico.

E nesse caminhar, de forma mais recente e ainda sujeita a críticas, a videoconferência ingressou na esfera do Judiciário como mecanismo tecnológico avançado para otimizar a realização de audiências de instrução e julgamento em processos cíveis e criminais quando os polos da demanda ou testemunhas estejam em comarcas e/ou Estados diversos da origem do processo, permitindo a transmissão simultânea e a participação de todos os envolvidos na causa.

Fala-se em sujeição a críticas, porquanto todas as novas tecnologias no Poder Judiciário são questionadas por doutrinadores e operadores do direito, sob o argumento de violação a direitos fundamentais, tais como o exercício do contraditório e da ampla defesa, o devido processual legal e o princípio constitucional da publicidade, com aptidão para causar irregularidade ou nulidades processuais. E, por certo, a censura ao mecanismo da videoconferência (sob o aspecto justamente de violar possíveis direitos fundamentais) não seria diferente.

De qualquer sorte, citando Danyelle da Silva Galvão:

[...] como afirma João Mestieri 'a modernidade pouco tem a ver com os desrespeitos aos direitos fundamentais' porque as irregularidades não decorrem dos instrumentos de evolução, mas da maneira do seu uso. Por isso, concorda-se com a posição de José Raul Gavião de Almeida, quando afirma que 'pensar sobre o novo leva à dúvida, a qual é constante no mundo jurídico, como o pesadelo no sonho. Não se pode, todavia, eliminar o sonho pelo medo do pesadelo (GALVÃO, 2015, p. 109).

A videoconferência no Brasil, contudo, em que pese ter sofrido inicialmente forte resistência, ganhou espaço com a promulgação da Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009 – que alterou dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de audiência virtual.

Antes disso, no entanto, a título de curiosidade, o ente federativo pioneiro na implementação normativa do uso da videoconferência nos fóruns e estabelecimentos prisionais, foi o Estado de São Paulo, com a edição da Lei n. 11.819/2005 – Projeto “Teleaudiências” –, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais. Fato é que a referida legislação encontrou óbice no próprio Supremo Tribunal Federal com a declaração incidental de inconstitucionalidade (HC n. 90.900, julgado em 30/10/2008; HC n. 99.609, julgado em 02/02/2010).

Com efeito, o principal argumento para a declaração de inconstitucionalidade formal da lei paulista estava permeado na ausência de legislação nacional – que alterasse o Código de Processo Penal Brasileiro – com previsão normativa da videoconferência como alternativa possível à instrução processual, o que, como já dito, foi resolvida com a edição acertada da Lei n. 11.900/2009 – que entrou em vigor já na data de sua publicação (SAMPAIO, 2011, p. 6).

O caminho da videoconferência, em que pese sua possibilidade já estampada no Código de Processo Penal (em seus arts. 185, 217 e 222⁷), expandiu-se ainda mais com a positivação do novo Código de Processo Civil de 2015, ao consolidá-la definitivamente no ordenamento jurídico, a exemplo do “Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. [...] § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.

E, na busca de otimização de frentes de trabalho para concretizar uma prestação jurisdicional célere e em tempo razoável – direito fundamental consagrado no texto constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁸), o CNJ, no impulso de práticas para auxiliar os macrodesafios do Judiciário, editou a Resolução n. 105, de 6 de abril de 2010, estabelecendo “regras a respeito da documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência” (CNJ, 2019). Posteriormente sofreu alteração pela Resolução n. 222, de 13 de maio de 2016

⁷ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

⁸ Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

– com a atualização de suas diretrizes.

Certamente, a videoconferência, a partir desse marco legislativo, alcançaria patamar de ferramenta inovadora à celeridade da prestação jurisdicional e mecanismo apto ao incremento da gestão nas unidades de justiça. Cito grandes aberturas gestionárias proporcionada com o uso da videoconferência: a) redução de expedição de Cartas Precatórias; b) preservação da mesma identidade do juiz instrutor e julgador, para todos os atos do processo, inclusive, se as partes ou testemunhas estiveram em outras comarcas e/ou Estados; c) celeridade na conclusão da instrução processual; d) pautas de audiências mais enxutas, com atuação do magistrado apenas aos processos de sua competência; e) espaços separados destinados à realização de audiências virtuais, dentro dos fóruns, para oitiva de partes ou testemunhas residentes na comarca, mas de competência de outro julgador.

A importância da videoconferência como instrumento de gestão judiciária é validada pela sua própria conceituação, tendo em vista que permite manter uma comunicação integral de áudio, vídeo e dados, de forma simultânea, entre pessoas separadas geograficamente, através de pontos conectados à rede de transmissão.

Isto é, nas palavras de Danyelle Galvão, referendando Graciele Machado Leopoldino e Edson dos Santos Moreira, “a videoconferência é uma forma de comunicação interativa que permite que duas ou mais pessoas que estejam em locais diferentes possam se encontrar face a face através da comunicação visual e áudio em tempo real” (GALVÃO, 2015, p. 110).

No atual cenário, após digressão normativa da incorporação do sistema da videoconferência no ordenamento jurídico pátrio, é, sem dúvida, possível elevar a audiência virtual ao patamar de ferramenta inovadora à gestão judiciária, sobretudo pela celeridade que proporciona aos atos judiciais, com redução de custos orçamentários e execução sob a ótica do devido processo legal.

Com efeito, na perspectiva do mecanismo virtual mais célere para realização de atos judiciais e instrução do processo, a definição de prazos razoáveis para julgamento e a tentativa de cumprir os limites temporais da demanda já concedem à videoconferência técnica de gerenciamento processual apta a combater, aliada a outros métodos, a morosidade na prestação jurisdicional (HADDAD e PEDROSA, 2014, p. 122).

Há maiores argumentos ainda para justificar a implementação de tal ferramenta e, sim, considerá-la ativa aos métodos de gestão dos tribunais brasileiros. É cediço que a audiência virtual não se restringe ao ramo jurídico criminal, contudo, é nele que se denota grande aproveitamento da realização dos atos através do sistema da videoconferência, possibilitando maior agilidade e segurança pública, inclusive.

Nessa linha, destaca-se o enorme gasto público direcionado à realização de audiências criminais nos fóruns, tendo em vista que é prática forense o deslocamento do preso, e não do juiz, para a realização da instrução processual com oitiva de testemunhas e interrogatório. Para tanto, há necessidade de mobilização do aparato policial para escolta dos detentos, uso de viaturas, combustíveis, diárias adicionais, manutenção de equipamentos policiais, além dos riscos de fuga ou de resgate dos réus transportados. Aliás, essa foi a motivação inicial encampada pelo tribunal paulista ao dar azo a implementação – ainda que frustrada à época (2005) – do sistema da videoconferência (SAMPAIO, 2011, p. 7).

Seguindo adiante, também há superação do entrave quanto à violação do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF⁹) ao uso da videoconferência, tendo em vista que desde o ano de 2009, com a promulgação da já referida Lei n. 11.900, existe regulamentação dessa ferramenta tecnológica na realização de atos processuais.

O preceito constitucional (art. 5º, LIV, da CF) estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, isto é, a restrição desse direito fundamental só pode ser exercida após todas as formalidades previstas em ato normativo regulamentar, sem o qual se tornaria inconstitucional e de impossível aplicação (PRADO, 2015, p. 117).

Da mesma forma, não subsiste a tese desfavorável de ausência de publicidade ao ato processual realizado por meio da videoconferência, até porque os estabelecimentos judiciais são de acesso público e permitem a participação popular sempre que não houver necessidade de se resguardar o segredo de justiça das ações (art. 5º, LX, da CF¹⁰). Não há razão para sustentar o contrário, pois é evidente que o público em geral não se dirigirá à unidade prisional para “assistir” a audiência – local de acesso restrito –, mas sim, aos fóruns (ambiente inato da tramitação dos processos).

A propósito, bem pontua Wagner Junqueira Prado (2015, p. 119-120):

É preciso considerar, todavia, que, na hipótese de realização de algum ato processual mediante videoconferência, nada impede que o público possa acompanhar a audiência no fórum, no mesmo ambiente onde estará a maioria dos demais atores processuais (juiz, promotor de justiça, defensor, escrivão).

[...] a videoconferência é reservada para aqueles que estão em alguma situação que impeça ou dificulte sobremaneira o comparecimento físico ao local da audiência (acusado ou testemunha presa, acusado ou testemunha residente em

⁹ Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁰ Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

local distante). Não é porque se realiza um ato processual por videoconferência que o público em geral poderá escolher o local de onde acompanhará a audiência (no fórum ou no presídio).

Portanto, a utilização da videoconferência não causa prejuízo algum à publicidade dos atos processuais. Somente seria possível falar em violação ao princípio da publicidade se houvesse impedimento a que alguma pessoa pudesse acompanhar a audiência. Aqueles que quiserem acompanhar o ato processual poderão fazê-lo, mas evidentemente no local onde tais atos são realizados, que é na sede do juízo (ou seja, no fórum), conforme determina o art. 792 do Código de Processo Penal.

No mesmo caminho, os atos judiciais realizados por videoconferência igualmente não ameaçam os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa¹¹ (que estão diretamente relacionados entre si), uma vez que os elementos constitutivos da defesa técnica; do acompanhamento processual dos atos; do direito a conhecer o conteúdo da demanda em sua inteireza; de participar da colheita da prova e contrapor suas alegações jurídicas, não desaparecem pelo uso da tecnologia, ainda que submetida à distância geográfica.

É plenamente garantida, na prática forense, a participação por exemplo do advogado que patrocina a causa em trâmite, em todas as fases processuais. Aliás, o procurador, em audiências virtuais, pode estar localizado na mesma comarca de competência, em outra, ou até mesmo no estabelecimento prisional – qualquer das hipóteses, o acusado ou o réu na ação cível estará devidamente assistido por representação técnica a assegurar seu direito ao contraditório amplo.

Oportuna as considerações doutrinárias acerca do tema, no sentido de que a videoconferência não esvazia o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa:

A Lei nº 11.900/2009, ao instituir a possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, garantiu ao acusado interrogado dessa forma: a) o direito de acompanhar, antes do interrogatório, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento prevista nos arts. 400, 411 e 531 do Código de Processo Penal (art. 185, §4º, do Código de Processo Penal); b) o direito à entrevista prévia e reservada com seu defensor, antes do interrogatório (art. 185, §5º, 1ª parte, do Código de Processo Penal); c) o direito de acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso (art. 185, §5º, 2ª parte, do Código de Processo Penal).

¹¹ Art. 5º, LV da CF - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Por isso, penso que a Lei nº 11.900/2009, ao modificar o Código de Processo Penal para prever a possibilidade de realização do interrogatório e de outros atos processuais por meio de videoconferência, observou os princípios processuais penais, especialmente o princípio da ampla defesa, pois continuam garantidas tanto a defesa técnica quanto a autodefesa (PRADO, 2015, p. 134-135).

Nessa órbita, por não existir nenhum obstáculo de ordem constitucional ou legal à utilização do sistema de videoconferência aos atos processuais de direito criminal e cível, é possível afirmar, a partir da necessidade de se valer da tecnologia a favor da gestão judiciária, que é um meio juridicamente adequado à busca de técnicas de organização estrutural dos fluxos de trabalho, a contribuir com a celeridade e dinamismo da prestação jurisdicional em prazo razoável.

E, na premissa ora desenhada, a tecnologia e a informatização dos atos judiciais são aliadas do Poder Judiciário na busca de métodos criativos e inovadores de gestão. A videoconferência é, portanto, mais um mecanismo que veio somar ao macrodesafio dos tribunais de todo o país: entregar a solução dos conflitos de forma célere e qualitativa.

3 A VIDEOCONFERÊNCIA INCORPORADA PELO JUDICIÁRIO CATARINENSE

3.1 ASPECTOS GERAIS (DA NORMATIVIDADE À IMPLEMENTAÇÃO)

Não longe da modernização da justiça e dos avanços tecnológicos resultados do crescente impulso virtual da sociedade, o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina também encampou a videoconferência como mais um dos instrumentos a facilitar o trâmite dos processos cíveis e criminais, que exigiam tempo físico e geográfico para sua conclusão e julgamento.

É certo que o Poder Judiciário Catarinense, já há muito, inova nas práticas de automação na organização do trabalho, o que fez, por exemplo, com o processo judicial eletrônico. “As inovações tecnológicas no Poder Judiciário Catarinense atendem também à necessidade de tornar o processo judicial mais célere, com maior qualidade e com economia de recursos” (é o que se extrai da coleção “Gestão Organizacional e Tecnologia em Recursos Humanos”, ao editar a bibliografia “Tópicos Destacados na Gestão do Judiciário Catarinense”) (2012, p. 39-40).

Na mesma obra, ainda destacam os autores que “[...] a implantação destas tecnologias influencia a organização e o trabalho desenvolvido, exigindo uma adequação de sua forma de gestão para que os resultados obtidos estejam em conformidade com os previamente estabelecidos”. (2012, p. 40).

Cronologicamente, é certo que o tribunal editou resolução em 2015 (Resolução n. 5, de 22 de julho de 2015 do GP/CGJ), já dispendo sobre a utilização do sistema de videoconferência para realização de audiências no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Contudo, referida normativa não promoveu o mesmo entusiasmo da recente resolução (do ano de 2019) que, então, concretamente implementou as salas de videoconferência como uma realidade institucional nas unidades jurisdicionais.

Já no ano de 2015, o tribunal catarinense publicou a referida resolução considerando o disposto na Resolução nº 105, de 6 de abril de 2010, do CNJ, que tratou da documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e a realização de interrogatório e a inquirição de testemunhas por videoconferência.

Na época, aliás, já se considerava como principais aspectos de concretização da tecnologia gestonária: a) o princípio da identidade física do juiz; b) a necessidade de incremento na qualidade da instrução e do julgamento com a imediação e concentração da produção da prova oral; c) a busca por tornar a atividade jurisdicional mais célere e efetivar o direito à razoável duração do processo previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal; d) a necessidade de assegurar soluções adequadas de tecnologia da informação e comunicação; e) a melhoria contínua dos processos de trabalho; f) e a otimização na aplicação dos recursos.

E foi justamente valendo-se do sistema da videoconferência como método de gestão estratégica judiciária para o fim de obter resultados de celeridade do processo e julgamento das demandas afetas ao Poder Judiciário Catarinense, que a Resolução n. 24, de 28 de agosto de 2019, tornou efetiva e concreta a instalação dos mecanismos tecnológicos das audiências virtuais nas unidades forenses de todo o Estado.

A propósito,

RESOLUÇÃO CONJUNTA GP/CGJ N. 24 DE 28 DE AGOSTO DE 2019

Dispõe sobre o uso do sistema de videoaudiência no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA E O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA, considerando a Resolução n. 105, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que trata da documentação

dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e a realização de interrogatório e a inquirição de testemunhas por videoconferência; a Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas; o § 2º do art. 185 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, que possibilita a realização do interrogatório de réu preso por videoconferência; o art. 12 da Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; a Resolução CM n. 8 de 10 de setembro de 2018, que implanta a audiência de custódia regionalizada no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina e dá outras providências; o princípio da identidade física do juiz e a necessidade de melhorar a qualidade das audiências de instrução e julgamento de forma que a produção da prova oral seja imediata e concentrada; a busca por tornar a atividade jurisdicional mais célere e por efetivar o direito à razoável duração do processo previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal; a necessidade de assegurar soluções adequadas de tecnologia da informação e comunicação, de promover a melhoria contínua dos processos de trabalho e de otimizar a aplicação dos recursos; e o exposto no Processo Administrativo n. 0017349-16.2019.8.24.0710, RESOLVEM:

Art. 1º Esta resolução conjunta regulamenta o uso de videoaudiência no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

Para a viável efetivação da ferramenta, algumas diretrizes foram lançadas na própria normativa, dentre elas o conceito das salas de videoconferência ativa e passiva, conforme redação dos incisos I e II do 1º artigo da Resolução de regência. A importância de tal distinção cinge-se ao fato de possibilitar que o juízo natural – na sala ativa – realize suas próprias audiências, na condução dos processos de sua competência; e os magistrados de outra jurisdição, cujas testemunhas ou partes estejam residindo naquela comarca, também possam realizar os atos instrutórios separadamente – com a utilização das salas passivas –, sem a necessidade, inclusive, de expedição de cartas precatórias.

Com efeito, o conceito extraído da norma regulamentar estabelece que a sala de videoconferência ativa é aquela “que se situa na sede do juízo processante ou do órgão julgador que preside o ato processual”; e já a sala de videoconferência passiva, a que “se situa em outros juízos ou órgãos públicos, onde as partes, os custodiados, as testemunhas ou os procuradores devam comparecer para participar do ato processual” (Art. 1º, inc. I e II da Resolução n. 24/2019).

Válido pontuar que a Resolução revogou o ato normativo anterior que tratava da mesma temática (Resolução n. 5/2015 e a Resolução Conjunta GP/CGJ n. 19/2019) e já

entrou em vigor na data de sua publicação (28 de agosto de 2019), firmando como marco de incidência temporal da videoconferência o dia 1º de outubro de 2019, ocasião em que, aliás, ficou vedada a expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, a acareação e o depoimento pessoal das partes residentes fora do juízo (Art. 7º, §2º¹²).

Definiu-se, no entanto, a preferência da oitiva presencial no caso de acusados presos ou adolescentes internados, nos ditames do art. 8º¹³, com a possibilidade de ser realizado o ato por videoconferência, de forma excepcional, por decisão fundamentada do magistrado, desde que a medida seja necessária para atender as finalidades já previstas na legislação processual.

Para a obtenção do resultado prático que se tem visto nas unidades judiciais catarinenses, a Diretoria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça (DTI), já no mês de março do corrente ano (2019), iniciou contatos virtuais com os servidores responsáveis pelo apoio de informática nos fóruns (Técnicos de Suporte de Informática - TSI's) para a realização de "Teste de Carga do BBB" - isto é, teste de carga da ferramenta de videoconferência a ser utilizada pelo tribunal, o software *Big Blue Button*.¹⁴

Na sequência e para melhor aperfeiçoamento dos operadores do sistema – os servidores em geral e magistrados –, no mês de maio de 2019, o Tribunal lançou ao conhecimento de todos o Manual de Operação do sistema BBB, com suas funcionalidades e cadastramento para viabilizar o manuseio, ainda experimental, dos recursos existentes e à disposição para realização das videoconferências, inclusive com calendários de agendamento automatizados das salas virtuais.

¹² Art. 7º A oitiva de testemunhas, a acareação e o depoimento pessoal de partes residentes fora do juízo se farão por videoaudiência.

§ 1º A expedição de carta precatória ou de carta de ordem será reservada aos casos excepcionais em que: I - as limitações técnicas que impossibilitem a realização da videoaudiência não puderem ser superadas em lapso temporal razoável; ou II - a pessoa não residir no Estado de Santa Catarina.

§ 2º A partir de 1º de outubro de 2019 fica vedada a expedição de cartas precatórias nas hipóteses do caput deste artigo, ressalvado o disposto no § 1º.

¹³ Art. 8º O interrogatório de réu preso, a oitiva de adolescente internado e a audiência de custódia deverão ser realizados preferencialmente de forma presencial.

§ 1º Excepcionalmente, por decisão fundamentada, o juiz poderá determinar a realização do interrogatório e a oitiva de adolescente por videoaudiência, desde que a medida seja necessária para atender a alguma das finalidades previstas na lei processual.

¹⁴ O Sistema de videoconferência *BigBlueButton (BBB)* permite a realização de audiências à distância, através da internet, em locais disponibilizados em outras comarcas do Estado ou mesmo fora da rede do Poder Judiciário de Santa Catarina (PJSC). Para entrar no sistema acesse o portal do serviço de videoconferência, disponível no endereço <https://vc.tjsc.jus.br/> ou nos links correspondentes disponibilizados nos portais do eProc ou do SAJ.

E já no entusiasmo da inovação, o Tribunal de Justiça catarinense foi além e, pensando em dar vazão às inúmeras cartas precatórias que se acumulam nas unidades judiciais (procedimentos que são computados nos mapas estatísticos das varas), através de seus dirigentes institucionais, acertou a forma de videoconferência também entre os Tribunais e Comarcas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Nesse seguimento, e para difundir o projeto piloto do sistema das audiências virtuais, a DTI divulgou, em junho de 2019, aos polos de implantação, turmas de treinamentos (turmas de 10 comarcas) para conectar as salas de audiências de videoconferência ativa e passiva em locais distintos, com testes de câmera, imagem, áudio e microfone. E com o afã da concretização em potencial do sistema, no mês de agosto, os servidores de informática dos fóruns foram comunicados acerca do envio de equipamentos para as salas de audiências, quais sejam: a) câmera Logitech C925e que dispõe de resolução 1080p; b) tripé para instalação da câmera, com regulagem de altura; c) televisores de 43 polegadas e suporte móvel; d) cabos HDMI, extensores USB e extensor elétrico¹⁵.

Tudo isso culminou com a instalação real dos equipamentos e funcionamento do sistema da videoconferência. À medida que sua utilização expandir, a tecnologia virtual será aliada na tentativa de reduzir e/ou dispensar tanto a expedição de cartas precatórias inquiritórias quanto os traslados de partes e advogados por todo o Estado de Santa Catarina, sobretudo pela facilitação da interação remota do sistema em audiências judiciais e em sessões de julgamento.

A inovação da videoconferência – com a consagração de sua instalação em todas as comarcas do Estado – certamente foi necessária ao avanço do Judiciário catarinense para o atingimento de suas metas e objetivos prestacionais, principalmente porquanto possui em seu planejamento estratégico a tecnologia e o desenvolvimento de mecanismos informáticos para a superação de sua atividade-fim.

3.2 VIDEOCONFERÊNCIA NA PRÁTICA: EXPERIÊNCIA NA UNIDADE JURISDICIONAL

Desde a primeira sinalização do Poder Judiciário catarinense quanto à implantação efetiva do sistema da videoconferência nas unidades judiciais, a comarca de Pinhalzinho (jurisdição de competência da Juíza Substituta autora da presente pesquisa) já providenciou

¹⁵ Dados extraídos a partir das mensagens eletrônicas da Diretoria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (DTI) encaminhadas à unidade judicial.

a organização estrutural e administrativa para a concretização do projeto tecnológico o mais rápido possível, com vista a operar a funcionalidade do sistema assim que autorizado pela Corte institucional.

O movimento tecnológico de gestão judicial, a partir da videoconferência, foi recebido na comarca como uma maneira de reduzir os procedimentos de cartas precatórias e aumentar a agilidade das audiências de instrução e julgamento, com as longas esperas de cumprimento de diligências pelos Juízos Deprecados. Foi, sem dúvida, numa realidade como a comarca de Pinhalzinho – que conta com aproximadamente 6 (seis) mil processos e procedimentos (dados extraídos do SAJ/Estatística em outubro/2019) – um alívio o incremento de gestão salutar à necessária e constante organização dos métodos de gestão para amenizar a carga de trabalho e dar vazão aos processos que aguardam, há muito, prestação jurisdicional definitiva.

Aceitar a videoconferência como mais uma ferramenta de gestão judiciária é o primeiro passo ao incremento da tecnologia a favor da justiça. E, a partir desse entusiasmo, fazer valer a implementação, pelos Diretores de Foros e Juízes, das salas de audiência com capacidade para receber e atender a videoconferência em todo o Estado.

Assim que os equipamentos restaram encaminhados à comarca, prontamente foram instalados conforme orientação da Diretoria de Tecnologia da Informação e destinada sala própria para realização das audiências passivas. Quando devidamente estruturado, foi dado seguimento com a configuração de salas, isto é, o cadastramento dos horários de disponibilidade das salas de audiência da unidade, com o conseqüente agendamento do “calendário de salas”.

Após a leitura atenta e prudente da finalidade precípua do sistema da videoconferência, entendeu-se por bem a disponibilização de 4 (quatro) dias para agendamento de audiências de outras comarcas na sala passiva (de segunda-feira a quinta-feira), a fim de criar maior espaço de expansão de todos os juízos que necessitam da utilização da tecnologia, inclusive, para proporcionar máximo aproveitamento e celeridade de todas as ações judiciais – fora ou não da competência do magistrado. É, aliás, um clamor a todos os juízes catarinenses: quanto maior a disponibilidade das salas passivas, mais célere e eficaz se tornará a videoconferência (método de gestão eficiente a comarcas com número expressivo de demandas aguardando julgamento).

Não é demais reforçar que a grande litigiosidade e o crescente ingresso de ações judiciais é a realidade na maioria das comarcas catarinenses, cujos magistrados se dedicam sobremaneira para atender aos anseios da sociedade.

Foi então que a implantação da videoconferência se tornou uma realidade na comarca de Pinhalzinho, inclusive com divulgação de sua operabilidade no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça catarinense, como umas das pioneiras a realizar atos judiciais já com o método virtual de tecnologia¹⁶.

Numa experiência empírica, dados reais foram colhidos do sistema de automação de processos e procedimentos eletrônicos (SAJ/Estatística) para o fim de se obter informações acerca da redução, ou não, da expedição de cartas precatórias nesse pouco tempo de atuação das audiências virtuais, e, comparativamente, verificar se já é possível concluir que a realização de audiências por videoconferência afetou o número de procedimentos encaminhados aos Juízos Deprecados a reduzir, por óbvio, o somatório de autos existentes nas comarcas.

O parâmetro do relatório estatístico, levando em consideração os dois sistemas automatizados do Poder Judiciário (SAJ/PG e ePROC), listou no período de 7 de janeiro de 2019 a 8 de setembro de 2019 (8 meses), 213 (duzentas e treze) cartas precatórias cíveis, criminais e infância e juventude expedidas para serem cumpridas pela comarca de Pinhalzinho, isto é, uma média mensal de 26,625 cartas precatórias.

Partindo-se, no entanto, da premissa que a realização da videoconferência se tornou obrigatória a partir de 1º de outubro de 2019, mas já com salas passivas e ativas instaladas em algumas comarcas antes dessa data, se buscou o período de 9 de setembro de 2019 a 18 de novembro de 2019 (2 meses e 9 dias). Nesse interstício, apurou-se o número de 24 (vinte e quatro) cartas precatórias expedidas à comarca de Pinhalzinho, ou seja, uma média de 12 diligências por mês. É cediço que ainda é cedo para categorizar conclusão a respeito da redução de cartas precatórias expedidas para cumprimento de atos processuais, contudo, não se pode negar que já houve sensível atenuação (contenção de mais de 50%) de referidos

¹⁶ Comarca de Pinhalzinho também adere ao uso de videoconferência em atos processuais (27 setembro 2019 | 10h49min). A audiência de instrução e julgamento de uma ação penal, realizada na última segunda-feira (23/9), na comarca de Pinhalzinho contou com uma novidade tecnológica. Sob regência da juíza substituta da Vara Única, Janaína Alexandre Linsmeyer Berbigier, uma testemunha foi ouvida por videoconferência. O policial militar estava em Chapecó e participou em tempo real do fórum daquela comarca, sem necessidade de deslocamento. Esta foi a primeira videoconferência utilizada em audiência no fórum de Pinhalzinho. Outras estão agendadas, tanto na área criminal quanto cível.

A estrutura necessária foi instalada na sala de audiências da comarca já utilizada pela juíza titular Thaíse Siqueira Ornelas, que atualmente está em licença maternidade. Interrogatórios de réus também poderão ser feitos desta maneira. Basta que a comarca, onde o entrevistado estará, também tenha um televisor conectado à internet. O acesso é feito pelo site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, através de uma sala de videoconferência criada previamente com senha para acesso.

A juíza substituta ressalta que a sala passiva de audiências também está em funcionamento. No local, testemunhas são conectadas, também por vídeo, com as comarcas de onde os processos são originários. Essas oitivas acontecem de segunda a quinta, com agendamento. “O uso da tecnologia confere maior agilidade e celeridade na condução dos processos sem interferir na validade das oitivas já que todo o conteúdo é gravado e permanece armazenado nos autos”, avalia a magistrada. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/comarca-de-pinhalzinho-tambem-adere-ao-uso-de-videoconferencia-em-atos-processuais?inheritRedirect=true>.

expedientes – que certamente se acumulavam com os demais processos e procedimentos de competências das varas judiciais, representando, agora, alívio aos gestores de gabinetes.

A outra experiência realizada foi no intuito de se apurar a real celeridade do ato e da redução de custos com o deslocamento de custodiados. Na hipótese, foram analisadas duas audiências criminais de instrução e julgamento, cujo intuito era realizar o ato de forma una, com a oitiva das testemunhas da acusação, da defesa e em seguida o interrogatório.

No primeiro ato, sem se valer do sistema da videoconferência, o réu preso na cidade de Blumenau foi deslocado para comparecer à sala de audiência da comarca de Pinhalzinho. A solenidade de instrução estava agendada para às 14 horas e 30 minutos, contudo, em razão do atraso no traslado do preso, o ato somente ocorreu às 17 horas (primeiro ponto de análise: demora na realização do ato e alto custo com o transporte). Na sequência, no momento de apregoar as partes, testemunhas da acusação não puderam comparecer (policiais civis), em razão de diligência emergencial na comarca (ocasionada em razão do atraso na realização do ato), o que acarretou, ao final, na redesignação da audiência para a oitiva das demais testemunhas e interrogatório do réu (segundo ponto de análise: desperdício de dinheiro público, necessidade de novo deslocamento eventual, risco no traslado do preso e não aproveitamento do ato processual).

No segundo ato, entretanto, através do sistema de videoconferência, a audiência foi realizada de forma una, com a concentração dos atos processuais e a realização do interrogatório virtual, com a assistência do advogado junto ao acusado em local distinto do juízo.

É certo, todavia, que há casos em que a solenidade realizada, ainda que pelo meio da videoconferência, não se consegue realizar de forma a concentrar todos os atos processuais da instrução. Mas, ainda assim, o uso da tecnologia nas hipóteses reais acima exemplificadas é de grande valia à agilidade das demandas e da concretização e finalidade da instrução do processo, que por vezes aguardavam as delongas dos cumprimentos das cartas precatórias.

Tais experiências vivenciadas a cada dia na rotina forense trazem a reflexão da necessidade efetiva de implementação de mecanismos como a videoconferência para dar suporte às gestões judiciárias de gabinete, pensando, aliás, no custo benefício alcançado e na celeridade ativa dos fluxos de trabalho.

É uma inovação recente, e como todas, ainda merecerá reparos e adequações, mas que possamos, desde já, usufruí-la como instrumento de alcance ao objeto macro da justiça.

4 ILUSTRAÇÕES

Como forma de ilustrar, trago à baila a estrutura física do ambiente em que se perfectibilizam as videoconferências na comarca de Pinhalzinho (salas de audiências ativa e passiva).

4.1 FOTOGRAFIA

Figura 1 – Sala de Audiência Ativa da comarca de Pinhalzinho



Figura 2 – Sala de Audiência Passiva da comarca de Pinhalzinho



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento empreendido por meio deste artigo destinou-se a compreensão de que, após a incorporação do sistema da videoconferência no ordenamento jurídico pátrio, é, sem dúvida, possível elevá-la ao patamar de ferramenta inovadora à gestão judiciária, sobretudo pela celeridade que proporciona aos atos judiciais, com redução de custos orçamentários e execução sob a ótica do devido processo legal.

Nessa órbita, por não existir nenhum obstáculo de ordem constitucional ou legal à utilização do sistema de videoconferência aos atos processuais de direito criminal e cível, é possível afirmar, a partir da necessidade de se valer da tecnologia a favor da gestão judiciária, que é um meio juridicamente adequado à busca de técnicas de organização estrutural dos fluxos de trabalho, a contribuir com a celeridade e o dinamismo da prestação jurisdicional em prazo razoável.

A inovação da videoconferência – com a consagração de sua instalação em todas as comarcas do Estado de Santa Catarina – certamente foi necessária ao avanço do Judiciário catarinense para o atingimento de suas metas e objetivos prestacionais, principalmente porquanto possui em seu planejamento estratégico a tecnologia e o desenvolvimento de mecanismos informáticos para a superação de sua atividade-fim.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Civil. **Lei n. 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: 28 out. 2019.

BRASIL, Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL, **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL, **Lei n. 11.900**, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>. Acesso em: 2 nov de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 5 dez. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 198, de 1º de julho de 2014**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2029>. Acesso em: 9 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 222, de 13 de maio de 2016**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2283>. Acesso em: 9 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 70, de 18 de março de 2009**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=118>. Acesso em: 2 nov. 2019.

GALVÃO, Danyelle da Silva. **Interrogatório por videoconferência**. São Paulo: LiberArs, 2015.

HADDAD, Carlos H. B. e PEDROSA, Luís A. Capanema. **Administração Judicial Aplicada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014.

JACOBSEN, Alessandra de Linhares. OLIVO, Luis Carlos Cancellier de (organizadores). **Tópicos destacados na gestão do judiciário catarinense**. Florianópolis: Boiteux, 2012.

LORDELO, João Paulo. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. Salvador: JusPodivm, 2017.

PEREIRA, Maurício Fernandes. **Planejamento Estratégico: teorias, modelos e processos**. São Paulo: Atlas, 2010.

PIMENTEL, Anna Maria. **Interrogatório por sistema de videoconferência**. Revista TRF 3ª Reg., v. 68, nov./dez 2004, p. 13.

PRADO, Wagner Junqueira. **Videoconferência no Processo Penal: aspectos jurídicos, políticos e econômicos**. Brasília: TJDF, 2015.

SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. **Audiência Virtual – videoconferência e outras questões**. Niterói: Impetus, 2011.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado**. Planejamento Estratégico. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/gestao-estrategica/planejamento-estrategico>. Acesso em: 16 nov. 2019.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado**. Resolução n. 24, de 28 de agosto de 2019. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=175231&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&prox3=> Acesso em: 9 nov. 2019.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado**. Resolução n. 28, de 19 de novembro 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=140741&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&prox3=> Acesso em: 9 nov. 2019.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado**. Resolução n. 5, de 22 de julho de 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocu>

[mento=175276&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=](#)
Acesso em: 9 nov. 2019.

SÃO PAULO, **Lei n. 11.819**, de 05 de janeiro de 2005. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11819-05.01.2005.html>. Acesso em: 2 nov. 2019.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 2 nov. 2019.

GAMIFICAÇÃO COMO MÉTODO PARA AUMENTO DA PRODUTIVIDADE DOS SERVIDORES DO CARTÓRIO JUDICIAL

Leandro Ernani Freitag



GAMIFICAÇÃO COMO MÉTODO PARA AUMENTO DA PRODUTIVIDADE DOS SERVIDORES DO CARTÓRIO JUDICIAL

GAMIFICATION AS METHOD TO INCREASE THE PRODUCTIVITY OF PUBLIC SERVANTS IN COURT REGISTRY OFFICE

Leandro Ernani Freitag¹

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a viabilidade da utilização da gamificação na Administração Pública, em especial no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, para o aumento da produtividade dos servidores. Através do emprego de elementos próprios dos jogos – como regras, metas, feedback e recompensas – em campos diversos dos games, a técnica da gamificação tenciona incentivar determinados comportamentos, tornando as atividades mais lúdicas e interessantes para o jogador. Conquanto relativamente recente, a ferramenta rapidamente vem ganhando espaço, especialmente no contexto corporativo, área em que possui sensível aplicabilidade para motivação dos colaboradores. Assim, o texto busca analisar, inicialmente, a forma de atuação estatal, realizando breve esboço histórico, com o afã de situar os conceitos de Administração Pública burocrática e gerencial. Enfatiza-se o papel do juiz como gestor da unidade jurisdicional, principalmente em virtude do crescente volume de trabalho. Analisa-se a importância do jogo para o ser humano e qual o papel que a técnica da gamificação ocupa e quais resultados é capaz de alcançar. Por fim, após analisar um caso concreto em que o mecanismo foi aplicado em uma unidade jurisdicional do Poder Judiciário catarinense (2ª Vara de Santo Amaro da Impetratriz/SC), conclui-se que, se utilizado adequadamente e com precisão, o recurso, sem vulnerar o princípio da legalidade, pode maximizar consideravelmente a eficiência no trabalho dos servidores e, conseqüentemente, otimizar a prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Gamificação. Produtividade. Servidor público.

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Uniderp (2011). Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual pela Unoesc (Módulo I da Escola da Magistratura catarinense - Esmesc) (2013). Especialista, pela UGF, em: Direito Penal e Processual Penal (2013); Direito Civil (2013); Direito Administrativo (2013). Especialista em Direito Tributário pela AVM (2015). Especialista em Direito Processual Civil pela Unyleya (2017). Bacharel em Direito pela Unoesc (2008). Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (TJSC). E-mail: lefreitag@tjsc.jus.br.

ABSTRACT

The current research has the objective of analyzing the feasibility of using gamification in Public Administration, in particular Santa Catarina's Judiciary body, therefore increasing the civil servant's productivity. Through the usage of proper game elements – as rules, goals, feedback and rewards – through several game areas, the gamification technique intends to stimulate certain behaviors, making the activities more ludic and interesting for the players. Although relatively recent, the widget have been gaining rapidly some space, especially in corporate context, an area that owns a sensitive applicability to motivate its workers. Therefore, the text seek to analyze, initially, the state form to operate, making brief historical foreshortening, with eagerness to situate the bureaucratic and management Public Administration concepts. Emphasize the judge role as a manager of the jurisdictional, mainly due to the increase of work volume. Analyze the importance of game to the human being and what role the technique of gamification occupies and what results it is capable to reach. In conclusion, thereupon analyzing a particular case which the mechanism was applied in a catarinense court office (2nd Regional Court Santo Amaro da Impetratriz/SC), concluding that, if used proper and precisely, the feature, without violating the principle of legality, could maximize considerably the civil servant's work efficiency, consequently, optimize the jurisdictional provision.

Keywords: Gamification. Productivity. Public servant.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem crescido vertiginosamente o interesse, na área da Administração, sobre gamificação, que é, em apertada síntese, a aplicação de elementos próprios dos jogos para estímulo de comportamentos úteis em áreas que, a priori, nenhuma relação com eles possui. No ambiente corporativo, uma de suas aplicações mira o aprimoramento motivacional dos colaboradores, para melhoria de sua produtividade.

Dessarte, o presente trabalho, cujo intuito é analisar a viabilidade da aplicação da gamificação como ferramenta para maximização da produtividade relativamente aos servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, estrutura-se em duas seções: a primeira traça um panorama histórico da evolução do viés conceitual da Administração Pública no Estado brasileiro, especialmente com enfoque na visão burocrática e gerencial, além de

estudar o papel do juiz como gestor; já a segunda adentra no estudo do jogo e da gamificação, com o afã de entender a razão e a forma de sua aplicação, bem como apresenta dados do Cartório da unidade jurisdicional catarinense em que o método já encontrou aplicação, para viabilizar a investigação sobre a conveniência de sua implementação.

A pesquisa far-se-á pela forma qualitativa, utilizando-se de análise e interpretação de dados e de fontes bibliográficas, e será também composta por estudo de caso, consistente na verificação dos dados relativos à aplicação prática da técnica em uma unidade jurisdicional. A pesquisa terá caráter exploratório, tendo como objetivo levantar as informações necessárias à verificação da temática em estudo. No concernente ao embasamento teórico, a pesquisa utiliza revisão bibliográfica, buscando autores que estudaram temas relacionados ao ponto em tela.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARADIGMAS DE LEGALIDADE E EFICIÊNCIA

A Administração Pública e o entendimento sobre o que ela exatamente compreende e objetiva passaram por notória evolução da mesma forma que o próprio conceito de Estado, especialmente em razão das profundas transformações sociais ao longo da história, a exigir constantemente uma nova postura por parte do governante.

Embora por longo tempo não tenha existido tecnicamente distinção entre os termos, hodiernamente há uma tendência de separar Governo e Administração. O primeiro, nessa visão, tem natureza política, com atribuição de idealizar a atuação pública a ser ulteriormente concretizada, de sorte que os responsáveis por ele o exercem tomando decisões de cunho político, de maneira relativamente independente e discricionária. Já a Administração “[...] age de maneira técnica, neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica e exercida mediante conduta hierarquizada”, competindo-lhe a execução das decisões governamentais (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

No mesmo sentido, Marinela (2018, p. 68) ensina que a Administração “não pratica atos de governo; pratica atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional [...], [constituindo] instrumental de que dispõe o Estado para colocar em prática as opções políticas do Governo”, pelo que age sem responsabilidade constitucional e política – que pertence, via de consequência, ao Governo –, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução.

Nesse contexto, sem perder de vista o caráter instrumental da Administração Pública - é dizer, sua existência para a realização de certas finalidades -, releva analisar, para os objetivos do presente texto, de que modo a Administração interage com os princípios da legalidade e da eficiência, bem como quais alterações marcaram sua evolução histórica e, notadamente, qual a visão mais atual do conceito.

2.1 A LEGALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA

O princípio da legalidade é provavelmente o maior divisor de águas relativo à forma pela qual o Estado se organiza e se relaciona com os membros da sociedade que o compõem. Antes dele, não havia um meio técnico de limitar o poder estatal, que se estendia até onde fosse a vontade e a força do governante.

O modelo existente até então é denominado como Administração Pública patrimonialista, em que o aparelho do Estado funciona, na prática, como uma extensão do poder do soberano, enquanto que os auxiliares possuem status de nobreza real, inexistindo distinção entre *res publica* e *res principis*; “em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Nesse novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável” (BRASIL, 1995b, p. 20).

Surge, então, o princípio da legalidade, como verdadeiro limitador do poder estatal, fruto direto da filosofia inspiradora do movimento liberal. A partir desse momento, o Estado passa a ter o dever de se comportar em relação ao particular na forma do Direito, isto é, observando as normas jurídicas dele próprio emanadas. Assim, a legitimidade do governo passa a se alocar fundamentalmente no povo, e não mais na figura despótica do monarca (ESTEFAM, 2013, p. 114-115).

Como regra de conduta entre pessoas privadas, a lei encontra raízes na ordem jurídica romana. Já de forma mais definida, com a função de garantia da segurança do cidadão em face do Estado, são importantes marcos históricos os forais ou cartas de franquia outorgados durante a Idade Média, despontando no pacto entre o Rei João Sem Terra e os barões revoltados, consistente na Magna Carta, de 1215, consolidando-se na Petition of Rights, de 1628, confirmada na Bill of Rights, de 1689, que assentam o controle do Parlamento sobre a autoridade real, definindo o consentimento como fonte de eficácia da lei imperial (TÁCITO, 1996, p. 1-2).

Contudo, é com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que seguiu a Declaração de Virgínia, de 1776, que houve a efetiva consagração dos princípios da limitação e separação dos poderes. Seu artigo 6º destaca a importância da legalidade:

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

De fato, especialmente tendo como referenciais as revoluções norte-americana e francesa e a partir da vitória da ideologia liberal, a ideia de lei se sobressaiu e encontrou supremacia, culminando com o êxito do constitucionalismo, que dividiu o mundo em Estados constitucionais e Estados não constitucionais, caracterizando-se aqueles pela existência de uma Constituição, declaração de direitos individuais e separação de Poderes, passando a lei a ser uma necessidade da lógica interna do próprio sistema (LOPES, 2001, p. 53).

No Brasil, o princípio da legalidade encontrou albergue na Constituição de 1824 (art. 179, I); 1891 (art. 72, §§1º e 30); 1934 (art. 113, 2); 1946 (art. 141, §§2º e 27); 1967 (art. 153, §2º e 19, I); e 1988 (art. 5º, II e 37). Interessante observar que a Constituição brasileira de 1937 (a chamada “Polaca”), escapando da tradição constitucional pátria, não emprestou espede ao princípio, o que reflete seu caráter extremamente autoritário.

O princípio da legalidade é, portanto, uma das bases sobre a qual se firma o Estado Democrático de Direito e, “[...] assim estabelecido como fundamento de direitos individuais e, por natural desdobramento, de direitos políticos da representação popular na constituição dos poderes, reprime o absolutismo do Poder estatal e condiciona a atividade na Administração Pública” (TÁCITO, 1996, p. 2). No mesmo sentido, afirma Estefam (2013, p. 115) que a superioridade da lei atende aos anseios da segurança jurídica, “[...] visto que o caráter impessoal e abstrato da lei toma o lugar da livre vontade do monarca”.

Em relação a seu conteúdo, distingue-se: na seara privada, o cidadão só é obrigado a fazer o que a lei determina. Conforme Cardozo (*apud* LOPES, 2001, p. 63), somente a lei pode trazer inovações primárias na ordem jurídica, criando novos direitos e deveres; isto é, as pessoas têm ampla liberdade de agir, a não ser pelas vedações previstas em lei. Por outro lado, na seara pública, o Administrador só está autorizado a atuar nos limites previstos pela lei, podendo fazer tudo o que ela autoriza, justificando-se tal limitação em função da indisponibilidade do interesse público.

Dessa forma, na área pública, o princípio da legalidade apresenta um significado positivo e um significado negativo:

O significado negativo estabelece que: a) os regulamentos não podem contrariar as leis formais, vale dizer, não podem exceder seus limites; b) os atos individuais não podem contrariar as leis formais, nem os regulamentos; c) em sua atuação, a administração não deve exceder as normas que regulam a competência; d) toda a atividade da administração deve desenvolver-se sem violar os princípios gerais do Direito. No sentido positivo, o princípio da legalidade significa: a) respeito da administração à reserva da lei. Vale dizer, então, que a administração não deve intervir em questões referentes à liberdade, à propriedade, à criação de impostos, à aplicação de penas, etc.; podemos dizer, em resumo, que a administração, em sua atividade, deve respeitar sempre a zona denominada de reserva legal; b) a atividade administrativa deve respeitar os princípios de justiça material; c) o legislador pode habilitar a administração para que emita regulamentos delegados ou determinados atos concretos; a habilitação para os primeiros não autoriza a realizar os segundos e vice-versa (DIEZ *apud* LOPES, 2001, p. 65).

Na mesma esteira, Otero (*apud* ESTEFAM, 2013, p. 115) ensina que, como decorrência do conceito democrático de lei, resultam do princípio da legalidade administrativa três postulados: a) supremacia da legitimidade democrática sobre a monárquica (e, conseqüentemente, do Parlamento sobre o Executivo); b) absolutização do valor da lei, como expressão da vontade do parlamento e resultado da legitimidade democrática; c) subordinação integral da Administração Pública à lei, ficando proibida de agir sempre que inexista norma legal especificamente habilitadora.

Nesse panorama, o princípio da legalidade está umbilicalmente relacionado ao que se denomina Administração Pública burocrática. Conforme o Plano Diretor da Reforma do Estado (BRASIL, 1995b, p. 20-21), esse modelo surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, com o intuito de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista ínsitos ao regime anterior; baseia-se nas ideias de carreira, profissionalização, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo e poder racional legal. Sustenta-se na desconfiança, tanto nos cidadãos, quanto no Administrador, do que decorre a necessidade de controle rígido dos processos; em verdade, “[...] o controle, a garantia do poder do Estado, transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em conseqüência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade”, pelo que exhibe, como principais características negativas, a ineficiência, a autorreferência e a incapacidade de voltar-se para o serviço dos cidadãos vistos como clientes.

Ou seja, caracteriza-se a Administração como burocrática quando se insere no contexto de total submissão ao texto legal e à excessiva fixação de regras regulamentando todos os procedimentos necessários para o atingimento do objetivo almejado, enfatizando mais os meios do que o resultado (COELHO, 2000, p. 258).

Para o modelo estatal da época, que se limitava a manter a ordem e garantir os contratos e a propriedade, esse padrão pode ter sido suficiente; porém, mostrou-se inadequado em virtude das novas necessidades sociais postas perante o ente estatal.

De todo modo, inobstante seja lugar-comum que o próprio conceito de burocracia tenha aspecto negativo ou até mesmo conotação pejorativa (pois ligado a ideias de formalismos desnecessários e obediência cega e vã a procedimentos arcaicos), ensina Nohara (2019, p. 35) que ele contém em si, desde sua origem, os objetivos de eficiência, transparência e controle – que possuem inegável relevância no Direito Administrativo. Tais noções, ainda vitais à concepção atual de Administração, fazem-se notar, por exemplo, em importantes instrumentos, como a licitação, o concurso público ou a prestação de contas, em que a obediência à ideia de *res publica* se propaga da forma mais completa, fortalecendo o *accountability* pelo administrador.

2.2 A EFICIÊNCIA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Com as mudanças sociais, principalmente após as duas guerras mundiais do Século XX, houve uma alteração na concepção de objetivo do Estado. Antes, o foco era a preservação do princípio da legalidade, mirando na salvaguarda dos direitos dos cidadãos com o respeito às leis. No cenário do pós-guerra, a normatividade e a centralidade da Constituição ganharam novo impulso, reaproximando-se as ideias de justiça, ética e Direito, bem como o entrelaçamento entre regras, princípios e valores, com a constitucionalização do sistema jurídico (ESTEFAM, 2013, p. 119).

Assim, com o surgimento do Estado liberal, o Poder Público deixa de ser um passivo garantidor da liberdade para se transformar em ente atuante na implementação de direitos sociais (educação, moradia e saúde, por exemplo). O Estado foi assumindo cada vez mais obrigações e, conseqüentemente, aumentou o número de pessoas que realizam seu trabalho – em hierarquias distintas e funções organizadas – o que acentuou ainda mais o caráter burocrático do Estado. Era questão de tempo, nesse panorama, até que o gigantismo estatal passasse a ser visto como causador da inflação e de tantos outros males, como favorecimento de empresas privadas com riquezas públicas (MAFRA FILHO, 2005, p. 6122).

Nessa linha, como registra o Plano Diretor da Reforma do Estado (BRASIL, 1995b, p. 21), dois fatores foram determinantes para a superação do modelo burocrático de Estado: a já mencionada expansão das funções econômicas e sociais do Estado; e o desenvolvimento tecnológico e globalização da economia mundial, que trouxeram luz aos problemas associados ao modelo anterior.

Esse é o palco de surgimento do que se denomina Administração Pública gerencial, concepção imbricada às ideias de eficiência, flexibilização, controle finalístico, gestão, qualidade e cidadão-cliente. Caracteriza-se, pois, “pela existência de formas modernas de gestão pública, modificando os critérios de aplicação do controle dos serviços públicos, as relações estabelecidas entre o Poder Público e seus servidores [...]” (COELHO, 2000, p. 259).

A ênfase deixa de estar no meio, para repousar sobre o objetivo, alterando o foco da atuação da Administração, enfatizando a eficiência, a qualidade e a participação mais intensa dos cidadãos, privilegiando, com isso, uma efetiva concretização do regime democrático. Em suma, “a eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial” (BRASIL, 1995b, p. 21).

O Estado que se organiza dessa forma tem como principal objetivo atender duas exigências do mundo atual: adaptar-se à revisão das formas de atuação do ente estatal, que são empreendidas dentro do cenário de cada país; e atender às exigências das democracias de massa contemporâneas. Para tanto, além das descentralizações política e administrativa, esboça sua estrutura com poucos níveis hierárquicos, caracteriza-se por flexibilidade organizacional, controle de resultados (em vez de simples controle da forma), adoção de confiança limitada nos dirigentes e servidores (no lugar de desconfiança total) e, ainda, por uma gestão que se volta para o atendimento do cidadão e suas necessidades, aberta ao controle social. A Administração gerencial, em resumo, adota uma concepção democrática e plural (MAFRA FILHO, 2005, p. 6122).

Nessa esteira, delineou-se o *new public management*, defendendo a inserção de princípios da iniciativa privada na área pública, de modo que as organizações públicas possam ser geridas atendendo aos imperativos de performance, eficiência, efetividade e qualidade no atendimento às demandas por serviços públicos (REZENDE *apud* COELHO, 2000, P. 260). Adotam-se modelos de gestão empresarial, incorporando na gestão das organizações públicas a ideia de eficiência comum à lógica de mercado, combinando-os com as exigências afetas à seara pública. Em verdade, como afirma Mazza (2018, p. 134), o Estado não é uma empresa, nem tem por missão o lucro, motivo pelo qual a busca dos melhores resultados não

se dá com a burla à lei, mas sim através de sua adequada aplicação.

No caso brasileiro, a grande reforma da Administração Pública ocorreu com o advento do Decreto-lei n. 200/1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal. O diploma fixou princípios fundamentais das atividades administrativas, conferindo os parâmetros referentes à estrutura e ao funcionamento da Administração, “[...] que, regida pelos princípios do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competências e controle, assume uma feição essencialmente pragmática e vinculada aos estritos preceitos normativos” (COELHO, 2000, p. 258).

Após, em 1995, foi editado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que, em sua apresentação, expressa que a crise brasileira da década de 1980 foi também uma crise de Estado, ocorrendo um desvio das funções básicas do ente estatal para ampliar sua presença no setor produtivo, acarretando uma gradual deterioração dos serviços públicos, agravamento da crise fiscal e inflação – motivo pelo qual a reforma do Estado é indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia (BRASIL, 1995b, p. 9). A meta do plano, que inaugurou uma série de medidas no âmbito estatal, era a implementação de um novo modelo de Administração, substituindo-se a concepção burocrática pela gerencial.

Esse foi o panorama em que, posteriormente, surgiu a Emenda Constitucional n. 19/1998, a emenda da reforma administrativa, que modificou o regime da Administração Pública, dispondo sobre normas aplicáveis ao governo, servidores e agentes políticos, controle de despesas, finanças públicas e custeio de atividades. Ela trouxe ao texto constitucional institutos como: contrato de gestão das agências executivas, a ser celebrado com entidades e órgãos públicos para ampliação de sua autonomia e fixação de metas de desempenho (art. 37, §8º); possibilidade de perda do cargo do servidor público, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho (art. 41, §1º, III); previsão da participação popular na Administração Pública, com determinação de regulamentação infraconstitucional das reclamações dos usuários, acesso a registros administrativos e representação contra o exercício abusivo ou negligente do administrador (art. 37, §3º).

Mudança também trazida a lume pela mencionada emenda, que bem demonstra a alteração de paradigma, foi a inserção, no rol de princípios da Administração Pública previstos no art. 37 da Lei Maior, do princípio da eficiência.

Certo é que não se trata de absoluta inovação: a Constituição de 1988 já previa, em seu texto original, a obrigação de os três Poderes manterem, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade, entre outras, de “comprovar a legalidade e avaliar os

resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (art. 74, II). Também previu, desde sua gênese, que lei infraconstitucional disciplinará organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, “de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (art. 144, §7º). Mas ainda muito antes da Constituição Cidadã, o alhures mencionado Decreto-lei n. 200/1967 previa, como um dos objetivos da supervisão ministerial no tocante à Administração indireta, assegurar a “eficiência administrativa” (art. 26, III). Já posteriormente à reforma, houve sua previsão expressa na Lei n. 9.784/1999, como um dos princípios a serem observados nos procedimentos administrativos (art. 2º).

Por isso mesmo é que sua existência já era defendida antes de sua inserção no rol de princípios do art. 37 da Carta Magna de 1988, normalmente como faceta exigida no âmbito do dever funcional (NOHARA, 2019, p. 93). De fato, Meirelles (*apud* MODESTO, 2000, p. 50), v.g., já apontava, antes da EC n. 19/1998, entre os deveres do Administrador Público o “dever de eficiência”, denominando-o como “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

Da mesma forma, a jurisprudência não o ignorava, mesmo antes da inserção expressa no texto constitucional, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido expressamente que, além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, previstos no art. 37 da Constituição de 1988, “outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público” (BRASIL, 1996).

Sobre seu conteúdo, em suma, o princípio da eficiência determina que o Administrador alcance efetivamente o efeito desejado em seu mister, apresentando bons resultados, observando a igualdade de todos perante a lei e velando pela objetividade e imparcialidade em sua função. Ou seja, a eficiência impõe à Administração Pública a persecução do bem comum, exercendo suas atividades de modo imparcial, neutro, transparente, participativo, eficaz, sem formalismos desnecessários e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais indispensáveis à melhor utilização dos recursos públicos, evitando desperdícios e garantindo maior rentabilidade social (MORAES, 2004, p. 319-320).

Isso significa que “o princípio da eficiência consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos

de qualidade em condições econômicas de igualdade dos consumidores” (SILVA, 2002, p. 652). O vetor orienta a atividade administrativa para realização dos melhores resultados com os meios escassos e finitos de que se dispõe, através de uma regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Não por outro motivo é que a exposição de motivos do projeto que redundou na alhures indicada EC n. 19/1998 menciona, como resultados desejados, que a reforma administrativa seja capaz de “incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte”, devendo, ainda, “ênfaticamente a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação pelo serviço público da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas de desempenho conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários repercutirá na melhoria dos serviços públicos” (BRASIL, 1995a).

Dessarte, o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: o primeiro, relativo ao modo de atuação do agente público, de quem se espera que atue no sentido de alcançar o melhor desempenho possível de suas atribuições, concretizando os melhores resultados; e o segundo, em relação ao modo de organização, estrutura e disciplina da Administração Pública, também com os mesmos objetivos de atingimento dos melhores resultados na prestação do serviço público. Não há, contudo, que se perder de vista a lei, porque “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito” (DI PIETRO, 2018, p. 109-110).

E nem poderia ser diferente; caso contrário, o Estado deixaria de ser de Direito para passar a ser de arbítrio do governante, a quem os fins justificariam os meios. A eficiência é, pois, um objetivo a ser buscado, mas sempre com base na lei e através dela, jamais a vilipendiando ou ignorando.

2.2.1 A Necessidade de Gestão no Poder Judiciário: O Papel do Juiz Como Gestor

As mazelas que atacam o Poder Judiciário são notórias e antigas, destacando-se, inegavelmente, a morosidade, o grande número de ações pendentes e a falta de efetividade das decisões.

Segundo o relatório Justiça em Números 2018, publicado pelo Conselho Nacional

de Justiça (CNJ), estima-se a entrada de aproximadamente 29 milhões de processos no sistema judiciário no ano de 2017; a baixa de volume foi levemente superior a este número. O acervo acumulado remanescente é de cerca de 80 milhões de processos em tramitação, dos quais 60 milhões são de competência da jurisdição estadual (BRASIL, 2018, p. 73-75).

A situação se mostra ainda mais absurda quando se constata que considerável número de processos envolvem as mesmas partes, os chamados grandes litigantes. De acordo com pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2015), aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos processos em andamento possuem, em algum de seus polos (ativo ou passivo), ao menos um dos cem grandes litigantes, grupo formado, principalmente, pela Administração Pública (direta e indireta), instituições financeiras e concessionárias de serviços públicos (como empresas das áreas de telefonia, energia elétrica, transporte e saúde, por exemplo). O panorama demonstra bem a chamada cultura da litigância; de modo geral, infere-se que tanto esses atores processuais, como seus oponentes, em muitos casos, preferem litigar em Juízo, muito embora tenham à disposição outras formas e métodos aptos a resolver o imbróglio².

A tabela abaixo, extraída da pesquisa do CNJ sobre os 100 maiores litigantes do ano de 2011, traça um cenário geral sobre a questão, mostrando o predomínio dos mesmos poucos atores nas ações judiciais do país:

Tabela 1 – Listagem dos dez maiores setores contendo o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 por Justiça

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes							
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	12,14%	BANCOS	12,95%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	83,19%	INDÚSTRIA	2,03%
2	BANCOS	10,88%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	9,25%	BANCOS	9,60%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	1,84%
3	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	6,88%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	4,85%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2,76%	BANCOS	1,78%
4	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	3,75%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	3,11%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,56%	SERVIÇOS	1,44%
5	TELEFONIA	1,84%	TELEFONIA	2,38%	OAB	0,41%	COMÉRCIO	0,93%
6	COMÉRCIO	0,81%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,93%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,14%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,86%
7	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,74%	COMÉRCIO	0,92%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,06%	ASSOCIAÇÕES	0,80%
8	INDÚSTRIA	0,63%	INDÚSTRIA	0,44%	OUTROS	0,06%	TELEFONIA	0,60%
9	SERVIÇOS	0,53%	SERVIÇOS	0,42%	EDUCAÇÃO	0,04%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,45%
10	CONSELHOS PROFISSIONAIS	0,32%	TRANSPORTE	0,18%	SERVIÇOS	0,02%	TRANSPORTE	0,40%

Fonte: 100 maiores litigantes (2011) (BRASIL, 2012, p. 8)

² Para citar apenas uma delas: a plataforma Consumidor.gov.br, estribada no art. 4º, V, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e no art. 7º do Decreto n. 7.963/2013, é um “[...] serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet [...] possibilita a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada: atualmente, 80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias” (BRASIL, [s.d.]).

Outro estudo do CNJ, que analisou a realidade do Judiciário de vários países, traz dados impressionantes sobre o cenário brasileiro em comparação com o apresentado no resto do globo. A carga de trabalho do juiz brasileiro é a segunda maior do mundo (4.616 processos) – perdendo apenas para a Dinamarca –, e é quase três vezes superior à média. A taxa de congestionamento (medida utilizada para aferir, em determinado ano, o percentual dos processos em tramitação que ainda não foram definitivamente julgados, mensurando a capacidade de dar vazão aos processos em determinado período) é de 70%, a maior do planeta. A razão do número de advogados para cada magistrado brasileiro (39,42) também torna o Brasil campeão mundial no quesito. Paradoxalmente, a despeito da gigantesca quantidade de ações pendentes na Justiça do Brasil (que poderia indicar desleixo dos juízes em sua atividade), os magistrados brasileiros estão entre os que mais produzem no mundo: a produtividade dos juízes do Brasil, calculada pelo número de casos resolvidos dividido pela quantidade de juízes, é a terceira maior do globo (1.616), atrás apenas da Dinamarca e da Áustria; e é bem superior à média mundial, que é igual a 736 (BRASIL, 2011, p. 12, 20, 24 e 26).

Aliás, especificamente sobre a produtividade dos juízes, como o estudo comparativo internacional acima indicado é de 2011, é interessante registrar que, de acordo com o relatório Justiça em Números mais atual (de 2018, ano-base 2017), o Índice de Produtividade do Magistrado (IPM) vem crescendo ainda mais nos últimos anos – muito embora a carga de trabalho permaneça constante. Em valores absolutos, os números demonstram que cada magistrado julgou, em 2017, 1.819 processos (ou 7,2 casos por dia útil, sem descontar períodos de férias e recessos) (BRASIL, 2018, p. 83). Ou seja, a produtividade em 2017 foi consideravelmente maior do que a registrada no estudo internacional antes mencionado (1.616 processos), que já colocava os juízes brasileiros entre os três primeiros do planeta.

Assim delineada, a situação não permite outra conclusão, senão a de que o juiz, para bem exercer sua função de julgar, deve, antes, administrar. Sem uma gestão adequada, parece absolutamente impossível, ante a verdadeira avalanche de processos, que o Judiciário consiga cumprir sua missão, que é compor conflitos sociais, realizando pacificação com justiça – até porque “a ineficiência sistemática do Judiciário nacional começa a trazer sinais de insegurança jurídica, uma vez que, em razão da morosidade processual, a população começa a duvidar de sua capacidade de resolução dos conflitos” (MELO; DIAS, 2018, p. 154-155).

De fato, a administração da unidade judicial é interdependente à atividade judicante, e indispensável para sua concretização. A necessidade de gerir um número de processos imenso e crescente, geralmente com escassos recursos (materiais, tecnológicos e humanos), impelem o juiz à necessidade de estabelecer diretrizes para o bom andamento da função

jurisdicional. Administrar essa realidade, queira ou não o juiz, é parte indissociável de seu trabalho; mais, constitui tarefa de vital importância para o alcance de níveis satisfatórios de prestação jurisdicional, principalmente porque dificuldades e deficiências estruturais não podem ser eternamente usadas como desculpa para estagnação em práticas administrativas arcaicas (LOPES, 2013, p. 46 e 49).

Dessa maneira, “o magistrado, muito mais do que aplicador do Direito, passa a ser um gestor da máquina judiciária. Cabe a ele o papel de liderar e orientar os servidores na busca de uma melhor gestão processual, com o fim de reduzir o acúmulo de processos e julgá-los adequadamente” (MELO; DIAS, 2018, p. 154) – inclusive como forma de dar concretude ao princípio da eficiência e, conseqüentemente, ao modelo de Administração Pública gerencial que claramente se adotou (ou ao menos se tentou adotar) no país.

O princípio da eficiência, nesse viés, está umbilicalmente ligado à celeridade – afinal, já ensinava Rui Barbosa (1997, p. 40) que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Indubitavelmente, a celeridade é qualidade absolutamente necessária ao Judiciário e cara à população, já há longo tempo: a primeira referência à necessidade de sua observância ocorreu na Inglaterra, em 1166, por meio do Assize of Clarendon, ordenação editada por Henrique II, que originou o *grand jury* inglês. Também a Magna Carta, de 1215, expõe, na cláusula 40, que a ninguém será negado ou retardado direito ou justiça; já a cláusula 61 vai além quanto ao nível de detalhamento, determinando prazo máximo de quarenta dias para que sejam sanadas transgressões, a contar da apresentação da queixa. Nos Estados Unidos, a sexta emenda à Constituição, de 1791, traduz o *speedy trial clause*, prevendo que, na esfera criminal, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público. Em suma, de modo direto e franco, como retrata máxima do sistema inglês, *justice delayed is justice denied* (MELO; DIAS, 2018, p. 160-161).

No Brasil, a celeridade foi positivada no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) e, posteriormente, no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, reconhecida, pois, como direito fundamental do cidadão à duração razoável do processo.

Claro que isso não significa uma rapidez que atrole a necessária observância ritualística legalmente prevista, com obediência ao princípio do devido processo legal, tampouco uma decisão apressada ou “no calor da emoção”. Como afirma Cabral (2016, p. 81-83), para julgar adequadamente, o juiz deve se debruçar com cuidado sobre as questões postas no processo, ler atentamente tudo que lhe é trazido, reunir-se com as partes e procuradores em audiência, acompanhar e analisar a produção probatória, considerar suas alegações, para,

somente então, com sobriedade e detida reflexão, proferir, fundamentadamente, sua decisão. Consequentemente, não se pode acelerar o processo a qualquer preço, sob pena de forçar sua conclusão inadequadamente; em resumo, o processo não deve durar mais do que necessário; deve ser célere, mas não deve ser apressado.

Assim, a administração judiciária, ou gestão judiciária, engloba atividades afetas ao planejamento, organização, direção e controle dos serviços administrativos, administração do tempo, delegação de funções, avaliação de serviços e gestão de pessoas, constituindo, esta última, talvez uma das mais importantes, na medida em que, atualmente, o capital humano é reconhecido como um dos recursos mais importantes para as organizações. Nessa linha, a gestão judiciária pode ser conceituada como:

[...] conjunto de tarefas que procuram garantir a afetação eficaz de todos os recursos disponibilizados pelo Poder Judiciário com o escopo de se alcançar uma entrega da prestação jurisdicional excelente. A gestão otimiza o funcionamento da unidade judiciária através da tomada de decisões racionais fundamentadas pelo gestor como forma de caminhar para o desenvolvimento e satisfação das necessidades dos jurisdicionados (BEZERRA *apud* LOPES, 2013, p. 46).

Mesmo ante a premente necessidade de adequada administração judiciária, são extremamente recentes as providências concretas para implantar métodos de gestão no Poder Judiciário, a começar pela estatística nacional – afinal, como se sabe, é comum parêmia na área da Administração que “o que não é medido não é gerenciado”. Antes de 2003, sequer se conhecia a exata realidade do Judiciário; somente neste ano, por meio do alhures mencionado relatório Justiça em Números, é que o CNJ passou a se aprofundar e divulgar a realidade dos Tribunais brasileiros, com grande nível de detalhes sobre a estrutura, os recursos humanos e o panorama da litigiosidade, além dos indicadores e das análises necessárias para subsidiar a gestão judiciária e o planejamento estratégico.

Nessa tessitura, em que se visualiza o juiz no papel de gestor, incumbe-lhe, como dito anteriormente, dentre outras funções, a gestão de pessoas. Na próxima unidade, estuda-se a técnica da gamificação como ferramenta de gestão, bem como viabilidade e impacto de sua aplicação no Poder Judiciário catarinense.

3 OS JOGOS, A GAMIFICAÇÃO E SUA UTILIZAÇÃO NA GESTÃO DE PESSOAS DO JUDICIÁRIO CATARINENSE

Halo é uma franquia de jogos de tiro em primeira pessoa e estratégia, criada pela Bungie, e agora produzida e desenvolvida pela 343 Industries, subsidiária da Xbox Game Studios (HALO, [s.d.]). O game, cujo mote é uma guerra interestelar entre a humanidade e uma aliança teocrática alienígena, classifica-se como um MMO ou MMOG (*massively multiplayer online game*, ou jogo multijogador massivo online, em uma tradução livre), o que significa que é capaz de suportar a conexão simultânea de um grande número de jogadores que interagem com o jogo e entre si, pela internet. Com o primeiro game da série lançado em 2001, a franquia apresenta números impressionantes: até 2012, foram jogadas 20,8 bilhões de partidas online, consumindo, somadas, 2,06 bilhões de horas dos usuários, ou cerca de 85 milhões de dias – segundo a Bungie, tempo suficiente para cruzar a Via Láctea na velocidade da luz e voltar. Até metade de 2015, foram vendidas 65 milhões de cópias ao redor do globo, arrecadando US\$ 3,4 bilhões, dos quais US\$ 220 milhões vieram apenas do primeiro dia de vendas de Halo 4 (VEJA 10 NÚMEROS..., 2015).

Esse é apenas um dentre milhares de games digitais, em um mercado em franca expansão. Por exemplo, McGonigal (2012, p. 61) destaca que World of Warcraft (WoW) já consumiu 5,93 milhões de anos da humanidade (se somadas todas as horas que os jogadores ao redor do planeta gastaram no game, desde que foi lançado, em 2004, que totalizam mais de 50 bilhões de horas coletivas). Em perspectiva: se considerarmos alguns dos fósseis mais antigos já encontrados, pode-se inferir que a humanidade já passou mais tempo jogando WoW do que evoluindo como espécie.

Nenhum desses sequer é o game mais popular, posto que é ocupado por League of Legends (LoL), que, em 2016, ultrapassou a marca de 100 milhões de jogadores por mês, chegando a atingir mais de 27 milhões de jogadores em um único dia (TASSI, 2016). LoL é tão popular que, mesmo sendo um game virtual, conta, assim como alguns outros games, com campeonatos jogados presencialmente em estádios de futebol, lotados por fãs do jogo que acompanham as partidas a partir das arquibancadas, assistindo por telões: em 2018, 26 mil pessoas assistiram, ao vivo, à partida final de um campeonato no Estádio Munhak, situado em Icheon, na Coreia do Sul – além de mais de 99 milhões de espectadores acompanhando pela internet (GUERRA, 2018).

Conforme o relatório Global Games Market Report (NEWZOO, 2019, p. 11), estima-

se que, no ano de 2019, o mercado mundial de jogos movimentará cerca de 152,1 bilhões de dólares, um crescimento de 9,6% em comparação com 2018. Os países da América Latina representam 4% deste valor, com previsão de movimentação para o ano em questão igual a 5,6 bilhões de dólares, com crescimento de 11,1% em relação ao ano anterior, contando com mais de 252 milhões de jogadores online, conforme imagem abaixo:

Figura 1 – Movimentação financeira do mercado mundial de games, por região



Fonte: Global Games Market Report (NEWZOO, 2019, p. 13)

McGonigal (2012, p. 21), citando pesquisa da Entertainment Software Association do ano de 2010, resume as principais estatísticas sobre jogos e jogadores com os seguintes dados: 69% de todos os chefes de família (e 97% dos jovens) dedicam-se a jogos de computador ou videogames; 40% de todos os jogadores são mulheres; um em cada quatro jogadores tem mais de 50 anos de idade; o jogador médio tem 35 anos de idade e joga há cerca de 12 anos; a maioria dos jogadores espera continuar jogando para o resto de suas vidas³.

Uma conclusão é inarredável ante tais estatísticas: os jogos constituem uma parte importante da vida de cada vez mais pessoas. Então, partindo dessa premissa: por que o jogo é assim tão importante para o ser humano? Pode a força motriz dos jogos ser aproveitada para a consecução de objetivos úteis e além do jogo? E, em caso positivo, há como o Poder Judiciário utilizar essa potencialidade para incrementar suas atividades e aprimorar a prestação jurisdicional? São questões acerca das quais procuramos debater a seguir.

³ Isso tudo apenas em relação a videogames, sem englobar inúmeros outros jogos, que são executados em outras “plataformas” (como jogos de tabuleiro, de cartas, de campos ou quadras, como futebol ou basquete, etc). Basta imaginar quanto tempo e dinheiro são dedicados ao futebol, um dos jogos mais populares do mundo.

3.1 O JOGO E A IMPORTÂNCIA DO LÚDICO PARA O SER HUMANO

Não há uma definição unânime do termo jogo. Para Kapp (*apud* ALVES, 2015, p. 21), é “um sistema no qual jogadores se engajam em um desafio abstrato, definido por regras, interatividade e feedback; e que gera um resultado quantificável frequentemente elicitando uma reação emocional”; para Suits (*apud* MCGONIGAL, 2012, p. 31), “um jogo é uma tentativa voluntária de transpor obstáculos desnecessários”; para Retondar (2013, p. 9-10), “o jogo é antes de tudo uma atividade, isto é, uma ação humana pautada por uma intenção que se justifica por si mesma, sob o pano de fundo do universo imaginário, balizado por regras”.

Há, contudo, dois conceitos que se destacam pela profundidade. O primeiro, de Huizinga (2018, p. 33): “o jogo é uma atividade ou ocupação voluntária, exercida dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da ‘vida quotidiana’”. Já o segundo, de Juul (*apud* CASTRO; SANCHES; MASTROCOLA, 2014), retrata que:

Um jogo é: 1) um sistema formal baseado em regras; 2) com resultados variáveis e quantificáveis; 3) onde aos diferentes resultados são atribuídos diferentes valores; 4) onde o jogador exerce esforço, a fim de influenciar o resultado; 5) onde o jogador se sente emocionalmente ligado ao resultado; 6) e as consequências da atividade são opcionais e negociáveis.

Independentemente do conceito que se adote, uma das visões mais difundidas atualmente é a de McGonigal (2012, p. 30), que reduz as características essenciais dos jogos a quatro, decompondo o conceito e isolando os elementos fundamentais, que são: 1) meta: a razão que impele o indivíduo à atividade; o propósito perseguido constantemente (pode ou não ser a vitória, dependendo da estrutura do jogo); 2) regras: determinam a forma pela qual o indivíduo deve se comportar, delimitando a maneira de cumprir o desafio e impondo limites. São essenciais para a criação de um espaço próprio do jogo e para a criatividade e o pensamento estratégico; 3) sistema de feedback: informa ao jogador sobre sua condição, comunicando quão perto está de atingir o objetivo e possibilitando ajuste da interação dentro da mecânica do jogo; e 4) participação voluntária: estabelece que só há real interação do jogador com o sistema quando o primeiro aceita se submeter ao processo, mostrando disposição para aceitar o relacionamento com os elementos deste.

Todos os demais aspectos (como interatividade, suporte gráfico, narrativa, recompensas, competitividade, ambientes virtuais ou mesmo conceito de vitória) são comuns

a muitos jogos, mas não indispensáveis, tratando-se de artifícios orientados a construir uma relação mais próxima com as quatro características essenciais, consolidando-as e fortalecendo-as (MCGONIGAL, 2012, p. 30-31).

Dentro dessa visão composta por quatro elementos essenciais (metas, regras, feedback e voluntariedade), conspícuo pela ausência é o quesito finalidade, a despeito de diferentes teorias procurarem atribuí-la ao jogo, no que se retorna ao supramencionado conceito de Huizinga, para quem o jogo não possui objetivo externo, ou seja, tem seu fim em si mesmo. Nesse viés, a existência do jogo se justifica pelo próprio jogo.

Certo, de todo modo, é que o ser humano é um jogador. O jogo está natural e umbilicalmente ligado ao homem e, em alguma medida, de uma forma ou outra, com maior ou menor frequência e complexidade, todos somos jogadores. Para Huizinga (2018, p. 3-4), o jogo é mais antigo que a cultura, pois esta pressupõe a sociedade humana – mas os animais não esperaram que os homens iniciassem a atividade lúdica; pelo contrário, brincam tal como os homens: convidam-se a brincar através de rituais, obedecem a regras (como não morder com violência), experimentam intenso prazer e divertimento. O jogo é mais do que um fenômeno fisiológico ou um reflexo psicológico: “é uma função significativa, isto é, encerra um determinado sentido. No jogo existe alguma coisa ‘em jogo’ que transcende as necessidades imediatas da vida e confere um sentido à ação. Todo jogo significa alguma coisa”.

Ou seja, tanto para um jovem, que compreende a existência de metas a serem alcançadas e entende a necessidade de respeitar diretrizes definidas; para um bebê, que brinca com diferentes objetos, formas, texturas e peso; e para um cachorro, que persegue uma bola atirada por um homem, obedecendo a regras para as quais foi condicionado, como não reagir violentamente, o jogo está presente. Assim, “independentemente da atividade, há um objetivo comum a todos que jogam: a sensação de prazer promovida pelo divertimento” (NAVARRO, 2013, p. 11).

Como afirmam Vianna *et al* (2013, p. 14), “seres humanos sentem-se fortemente atraídos por jogos. Ao longo dos séculos, praticamente todas as civilizações conhecidas estiveram associadas a algum tipo de competição importante para a estruturação social da comunidade a qual pertenciam”. Nesse sentido, Huizinga (2018) defende que a designação *homo sapiens* não é totalmente adequada, já que não somos tão racionais quanto já se presumiu; menos acertado é o posteriormente defendido termo *homo faber*, pois construir ou fabricar é atividade que pode ser atribuída a grande número de animais. Entende, por isso, o citado autor, que o ser humano é por excelência *homo ludens*, uma vez que o que efetivamente é inerente à natureza humana é o espírito lúdico. E complementa: “sem espírito

lúdico a civilização é impossível” (HUIZINGA, 2018, p. 114).

Conforme Luz (2018, p. 40), há cinco grandes motivos, sem prejuízo de outros, que explicam por que gostamos de jogos: aprendizado (jogamos porque gostamos de aprender); desafio (criação de espaços de significação em atividades antes desprovidas de sentido); feedback (jogos dão resposta rápida e clara); “significado épico” (gostamos de nos sentir importantes em nossas vidas); e prazer autotélico (jogar é gostoso por si só).

Há um fundo de razões emocionais para o jogo ser uma atividade tão prazerosa. Conforme McGonigal (2012, p. 37), quando jogamos, envolvemo-nos intensamente, o que nos deixa com a disposição mental e física adequadas para gerar emoções e experiências positivas; “todos os sistemas neurológicos e fisiológicos que estão na base da felicidade – nossos sistemas de atenção, nosso centro de recompensas, nossos sistemas de motivação, nossos centros de emoção e memórias – são inteiramente ativados com os jogos”. Por isso os jogos são tão viciantes; ao jogar, estamos literalmente nos condicionando para sermos mais felizes.

Desse modo, a essencialidade do jogo para o espírito humano pode ser traduzida com o auxílio da teoria da pirâmide das necessidades humanas, que estabelece uma hierarquia, exposta na seguinte figura:

Figura 2 – Pirâmide das necessidades humanas



Fonte: Gamification, Inc (VIANNA *et al*, 2013, p. 16)

De acordo com tal teoria, elaborada em 1943 pelo psicólogo norte-americano Abraham Maslow, as necessidades humanas podem ser agrupadas conforme extratos de

uma pirâmide, de modo que se compreende que o caminho para o topo (autorrealização) necessariamente se inicia pela base (necessidade fisiológicas), e prossegue em ordem crescente. Assim, as necessidades precisam ser resolvidas das mais básicas e instintivas às mais complexas, partindo das necessidades biológicas até chegar às mais “elevadas” (VIANNA *et al*, 2013, p. 16).

O jogo alcança, portanto, algo que não se conecta diretamente aos interesses materiais imediatos e à satisfação individual das necessidades biológicas. O jogo “ornamenta a vida, ampliando-a, e nessa medida torna-se uma necessidade tanto para o indivíduo, como função vital, quanto para a sociedade, devido ao sentido que encerra [...]. Nesta medida, situa-se numa esfera superior aos processos estritamente biológicos de alimentação, reprodução e autoconservação” (HUIZINGA, 2018, p. 12).

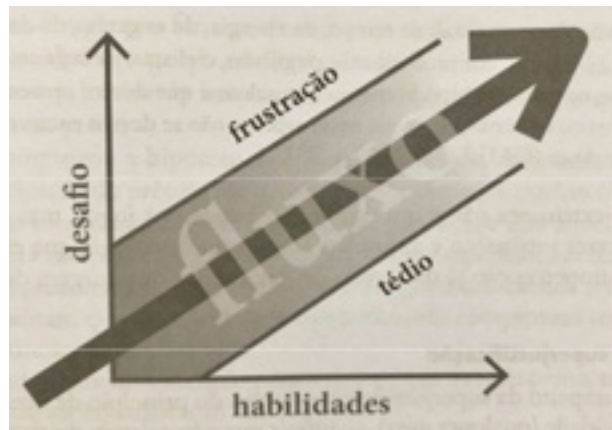
Nessa visão, o ato de jogar se relaciona ao cume da pirâmide, já que é uma atividade desejável, mas não essencial à sobrevivência. Na “vida real”, nas relações sociais, as regras quase sempre são nebulosas; as metas, indeterminadas; a melhor forma de alcançá-las, desconhecida; não costuma haver feedback; e as recompensas, quando há, podem demorar. Por isso, “é compreensível que tenhamos criado jogos, visto que eles saciam de modo mais simples, rápido, claro e eficiente essa constante busca que nos assola por conquistar ou cumprir objetivos” (VIANNA *et al*, 2013, p. 16-17).

Esse suprimento das necessidades por parte dos jogos ocorre porque “na sociedade atual, os jogos de computador e videogames estão satisfazendo as genuínas necessidades humanas que o mundo real tem falhado em atender”; os games recompensam, ensinam, inspiram, unem e envolvem de uma maneira que a sociedade “real” não consegue. Isso pode explicar a razão pela qual, coletivamente, o planeta gasta mais de 3 bilhões de horas por semana jogando – em um movimento que Castronova (*apud* MCGONIGAL, 2012, p. 13-14 e 16) denomina êxodo em massa para os espaços virtuais –, fato que leva à reflexão acerca de que resultados teríamos já obtido, se esse tempo (ou mesmo apenas uma fração dele) fosse dedicado para resolver problemas do mundo real, como erradicação da pobreza ou aquecimento global.

Nessa esteira, Csikszentmihalyi (2004), ao estudar e pesquisar sobre a felicidade e o que deixa as pessoas realmente felizes, elaborou a teoria do fluxo (flow), segundo a qual há um determinado estado mental, que se poderia dizer semelhante ao êxtase, no qual a pessoa está tão focada e concentrada, que sequer sente que está fazendo suas atividades costumeiras; de fato, está tão concentrada no que faz que tudo o mais, até mesmo a noção de tempo ou a percepção de seu próprio corpo, desaparece de sua atenção, através de um

intenso senso de clareza e serenidade: todo o foco fica na atividade, que flui por si mesma – daí o nome da teoria. O flow exige um delicado equilíbrio entre habilidades da pessoa e desafio enfrentado, que pode ser ilustrado através da figura a seguir:

Figura 3 – Teoria do fluxo



Fonte: Gamificação, motivação e a essência do jogo (LUZ, 2018, p. 43)

O flow exige equilíbrio entre dificuldade e habilidade, fazendo com que ela não seja tão difícil a ponto de provocar ansiedade ou frustração, nem tão fácil a ponto de entediar quem a ela se dedica. O estado acontece quando a atividade não é muito difícil nem muito fácil e varia ao longo do tempo (ALVES, 2015, p. 136-137). Assim, para manter o fluxo, quando a habilidade do participante aumenta, é preciso aumentar o desafio, e quando o desafio se eleva, deve-se propiciar condições para incremento da habilidade.

Essa teoria se amolda perfeitamente ao jogo: em realidade, o mencionado equilíbrio entre desafio e habilidade, que é capaz de gerar o estado de fluxo, é uma das principais facetas para o engajamento de jogadores. Para o envolvimento dos jogadores ser sustentado por tempo razoável, deve ser criada uma experiência inicial fácil e então, ao longo do tempo, mantido o equilíbrio entre habilidades e desafios. Assim, “as soluções gamificadas devem evoluir ao longo do tempo para acrescentar funcionalidades, engajar o público-alvo de novas maneiras e manter o ambiente sempre renovado”, inclusive para evitar que se tornem desinteressantes e percam a atratividade (BURKE, 2015, p. 116).

Assim delineada a importância do papel do jogo na vida do ser humano e, de modo amplo, para a sociedade, cabe, em seguida, averiguar se e como podem ser utilizados para objetivos diversos, específicos e produtivos os elementos e técnicas dos jogos.

3.2 GAMIFICAÇÃO: TORNANDO (CONCRETAMENTE) ÚTIL O LÚDICO

O termo em língua inglesa *gamification* (traduzido como gamificação ou, às vezes, ludificação) foi cunhado por Nick Pelling, em 2003, quando passou a oferecer em seu site o serviço de consultoria para criação de interfaces baseadas em jogos para dispositivos eletrônicos (FAVA, 2018, p. 56). O cerne da ideia por trás do termo é o uso de mecanismos dos jogos para o objetivo de resolver problemas práticos ou de despertar engajamento entre um público específico para certo comportamento.

É, assim, uma técnica que tem sido usada por empresas e entidades de segmentos diversos para incentivar pessoas a adotarem determinados comportamentos, facilitar a absorção de novas tecnologias, agilizar processos de aprendizado ou treinamento e a tornar mais agradáveis tarefas tediosas ou repetitivas, encontrando cada vez maior aplicação em campos variados, como saúde, educação, políticas públicas, esportes ou aumento de produtividade (VIANNA *et al*, 2013).

Trata-se, portanto, de um “processo em que se aplicam elementos lúdicos em contextos não relacionados a jogos. Nesse sentido, conceitos e processos de um design de jogo, como progressão, organização em níveis, componentes da mecânica de um jogo, dentre outros, são aplicados em produtos – materiais ou imateriais – que não foram estruturados como tal” (DOMINGUES, 2018, p. 13). Em suma, gamificação é “a utilização de mecânica, estética e pensamento baseados em jogos para engajar pessoas, motivar a ação, promover aprendizagem e resolver problemas” (KAPP *apud* FAVA, 2018, p. 56). Como afirma Chou (*apud* LUZ, 2018, p. 46), a ideia consiste na habilidade de utilizar elementos de diversão e engajamento encontrados tipicamente em jogos para atividades produtivas do mundo real.

Isso não significa que game e gamificação sejam a mesma coisa. Embora a gamificação se aproprie de elementos e mecanismos dos jogos, há diferenças nítidas entre os conceitos, como se pode ver do seguinte quadro:

Quadro 1 – Listagem das diferenças entre games e gamificação

Games	Gamificação
Sistema fechado definido por regras e objetivos	Pode ser um sistema que apresente tarefas com as quais se coleciona pontos ou recompensas
A recompensa pode ser exclusivamente intrínseca, o que significa dizer que o jogo acontece pelo jogo	Recompensa intrínseca pode ser uma opção e acontece com menos frequência, especialmente no campo da instrução
O custo do desenvolvimento de um game em geral é alto e o desenvolvimento complexo	Em geral é mais simples e menos custoso para desenvolver
Perder é uma possibilidade	Perder pode ou não ser possível dependendo do que se quer alcançar, uma vez que estamos em busca de motivar alguém para fazer algo específico ligado a um objetivo
O conteúdo é formatado para moldar-se a uma história e cenas do jogo	Características e estética de games são adicionados sem alterações sensíveis de conteúdo
É sempre voluntário, o jogador pode escolher jogar ou não jogar e ainda quando parar	Quanto utilizado como estratégia instrucional, jogar não é uma opção. É preciso pensar na atratividade para conseguir o engajamento mesmo não sendo voluntário

Fonte: Gamification (ALVES, 2015, p. 119-120)

A gamificação, por conseguinte, tenciona criar uma experiência ao usuário semelhante àquela causada pelo jogo, despertando emoções positivas, explorando e estimulando habilidades ou atrelando recompensas (virtuais ou materiais) ao cumprimento de tarefas. Gamificação não é um jogo, mas a utilização de seus recursos para fins úteis, pelo que “submeter-se a um processo de gamificação não significa necessariamente participar de um jogo, mas sim apoderar-se de seus aspectos mais eficientes (estética, mecânicas e dinâmicas) para emular os benefícios que costumam ser alcançados com eles” (VIANNA *et al*, 2013, p. 17). Pode-se, assim, utilizar, por exemplo, elementos como pontuações, rankings, recompensas, distintivos (badges), competição, colaboração, interatividade, feedback, etc.

No contexto corporativo, a gamificação serve para a busca de alto nível de comprometimento dos colaboradores, facilitação da introdução de mudanças na organização e estímulo à inovação (VIANNA *et al*, 2013, p. 7). Especial destaque é dado à motivação dos funcionários, pois é notório que pessoas motivadas no desempenho de sua função trabalham mais e melhor em comparação àquelas cujo único incentivo é o salário; isto é, “trabalhadores com elevados níveis de engajamento no trabalho investem mais energia em suas tarefas, demonstram mais entusiasmo enquanto as realizam e, em especial, permanecem mais focados no seu trabalho” (SIQUEIRA *et al apud* SANTINHO, 2018, p. 30).

Conforme Pink (*apud* Burke, 2015, p. 7), existem motivadores intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros são: autonomia (desejo de comandar nossa própria vida); domínio (necessidade de progressão e de melhorar em algo importante); e propósito (desejo de realizar algo por uma causa maior do que nós mesmos). Já estes estão relacionados a recompensas

(materiais ou não). A gamificação se utiliza de ambos, embora os intrínsecos sejam mais duradouros e efetivos, porque atuam em um nível emocional, enquanto que os extrínsecos ocorrem em um nível transacional. Recompensas tangíveis funcionam melhor quando as metas dos jogadores e da organização não estão alinhadas; lado outro, quando possível alinhá-las, a motivação intrínseca funcionará de modo muito mais impactante e perene.

A respeito da motivação intrínseca e extrínseca, afirma Huizinga (2018, p. 58):

Jogamos ou competimos “por” alguma coisa. O objetivo pelo qual jogamos e competimos é antes de mais nada e principalmente a vitória, mas a vitória é acompanhada de diversas maneiras de aproveitá-la – como por exemplo a celebração do triunfo por um grupo, com grande pompa, aplausos e ovações. Os frutos da vitória podem ser a honra, a estima, o prestígio. Via de regra, contudo, está ligada à vitória alguma coisa mais do que a honra: uma coisa que está em jogo, um prêmio, o qual pode ter um valor simbólico ou material, ou então puramente abstrato.

Essa é a razão pela qual, aplicada adequada e fundamentadamente, a gamificação funciona: ao fixar uma meta tangível, organizar a conduta do jogador dentro de um sistema de regras, e especialmente ao dar um rápido feedback, “[...] e aliada ao avanço tecnológico, a gamificação permite a disponibilização, em tempo real, da performance dos funcionários, o que faz com que o trabalho seja mais motivador e recompensador, uma vez que se tem conhecimento da produtividade atingida” (SANTINHO, 2018, p. 17).

Nessa tessitura, com especial destaque no mundo corporativo, quando dirigida aos funcionários, a gamificação deve estimular não apenas a competitividade, mas sobretudo a colaboração, como forma especial de trabalhar em conjunto, já que os objetivos dos colaboradores e da própria instituição, no cenário ideal, são comuns. A colaboração exige três tipos de esforço concentrado: “cooperação (agir intencionalmente em prol de uma meta comum), coordenação (sincronizar esforços e compartilhar recursos) e cocriação (produzir coletivamente um novo resultado). Esse último elemento é o que distingue a colaboração de outros esforços coletivos: trata-se, fundamentalmente, de um ato produtivo” (MCGONIGAL, 2012, p. 268), de sorte que a colaboração vai muito além de unir forças para atingir uma meta, mas permite que se crie, coletivamente, algo que seria impossível de criar sozinho.

Em última instância, pela forma lúdica que adota e notadamente pelos profícuos resultados que proporciona, o jogo pode e deve “ser apropriado tanto pelos inventores profissionais quanto pelos pais e demais pessoas que acreditam e gostam do jogo-brincadeira como meio, isto é, como método para ajudar a desenvolver nos indivíduos determinados

comportamentos e valores em detrimento de outros” (RETONDAR, 2013, p. 89).

Assim, na sequência de tal interpretação abstrata da técnica, passa-se a analisar exemplos de casos em que ela foi utilizada na prática, a fim de aquilatar seus efeitos em tais hipóteses.

3.2.1 Exemplos de Situações Gamificadas

Como visto alhures, a gamificação pode ser utilizada para que objetivos considerados úteis sejam atingidos com maior facilidade ou qualidade. Neste item, analisa-se sua aplicação e consequências em atividades proposital e notoriamente diversas – como aprender inglês, dobrar proteínas ou simplesmente sair de casa para encontrar os amigos.

Unir o ensino de um segundo idioma aos elementos de games e, em contrapartida, a tradução de textos da internet: é o que inicialmente fez o Duolingo, plataforma online colaborativa para aprendizado de idiomas em que, ainda que sem estar necessariamente ciente disso, o aluno, ao jogar/estudar, ajuda a traduzir sites e documentos online. Essa funcionalidade de tradução foi posteriormente removida; independentemente disso, o que realmente fez o aplicativo ganhar imenso sucesso e aceitação (saltando de uma lista de espera inicial de 300 mil usuários, em 2011, para mais de 300 milhões, em 2019), assim como manter os gamers motivados a continuarem estudando, foram os elementos da gamificação: lições fragmentadas e rápidas, feedback instantâneo, pontos (ganhos ou perdidos conforme acertos e erros), ranking dos jogadores, badges, e evolução da dificuldade conforme incremento da habilidade do usuário (“mudança de fase”), a fim de manter o fluxo. O sistema é adaptativo, de modo que “cada estudante tem uma experiência de aprendizado absolutamente customizada para suas necessidades, uma vez que os desafios são estipulados de acordo com o desempenho apresentado” (VIANNA *et al*, 2013, p. 20).

Proteínas são importantes porque são as peças que constroem toda a atividade biológica: elas sustentam nosso esqueleto, movem nossos músculos, controlam nossos sentidos. Existem mais de 100 mil tipos de proteínas e, para fazer uma atividade específica, cada tipo de proteína se dobra de maneira diferente, como um origami extremamente complexo, podendo dobrar em quase todas as combinações e formatos imagináveis. Quando elas dobram de forma errada, podem causar doenças como, por exemplo, mal de Alzheimer, fibrose cística ou até mesmo alguns tipos de câncer. Portanto, conhecer e entender como as proteínas dobram e seus formatos é essencial; mas seria uma tarefa hercúlea para qualquer time de pesquisadores, ou mesmo para computadores, testar as várias formas possíveis.

Nessa toada, o jogo Foldit se aproveita da criatividade dos jogadores, desafiando-os a dobrar as proteínas digitais à mão, em um ambiente virtual 3D; a meta dos gamers é descobrir os padrões mais estáveis para diferentes funções, como uma espécie de “quebra-cabeça de proteína”. A equipe responsável pelo jogo já anunciou que, em uma série de dez desafios, os jogadores bateram cinco dos mais sofisticados algoritmos de dobramento de proteínas e ficaram no mesmo patamar em outras três vezes; os resultados mostram que os seres humanos podem perfeitamente competir com os computadores, especialmente quando a solução exige que se corra riscos radicais e criativos (MCGONIGAL, 2012, p. 238).

O Foursquare, lançado em 2009, é “an example of a location-based social network (LBSN). LBSNs are mobile applications that enable people to form social networks and share their location with friends” (FRITH, 2013). Contudo, ao contrário de outros LBSNs, ele gamificou a experiência do usuário. Com o lema “Foursquare makes the real world easier to use”, o programa se baseia principalmente no check-in, que é uma informação do usuário de que está em determinado local (como restaurante, bar, parque, teatro, entre outros). O check-in é comunicado em tempo real aos amigos, permitindo assim sua reunião; e é recompensado com pontos, badges e posição em ranking. O campeão de check-ins em determinado local é nomeado Mayor daquele lugar pelo aplicativo, e pode receber promoções no “mundo real” de estabelecimentos comerciais, em promoções que são um mecanismo promocional similar a outras estratégias de marketing (como cartões fidelidade ou milhas aéreas). O aplicativo teve rápida ascensão, contando com 45 milhões de usuários ativos em 2014⁴. Em sua trajetória, a gamificação foi essencial; “o acúmulo de pontuações, a possibilidade de galgar mais altas posições em rankings e a consolidação de certo status social junto aos usuários se tornam o maior atrativo deste aplicativo” (CASTRO; SANCHES; MASTROCOLA, 2014).

Tais casos são apenas alguns exemplos, dentre inúmeros outros, para ilustrar a aplicação da gamificação em diferentes campos e com objetivos diversos, do que se infere a adaptabilidade e versatilidade da técnica.

3.2.2 Estudo de Caso: a Gamificação no Cartório da 2ª Vara de Santo Amaro da Imperatriz

O estudo de caso foi direcionado à 2ª Vara de Santo Amaro da Imperatriz/SC, em

⁴ É fato digno de registro que o programa apresentou declínio, chegando, em 2016, a valer metade do que valia em 2013 (AMARAL, 2017) – fato que demonstra que a gamificação exige perene atualização e renovação, não constituindo estratégia viável deixar a estrutura gamificada “congelada” ao longo do tempo.

virtude de que nela houve a aplicação, de forma pioneira, pelo que se tem conhecimento, da gamificação no âmbito do Poder Judiciário catarinense.

A pesquisa se baseou em informações repassadas pela Juíza titular da Vara e orientadora do presente artigo, Fabiane Alice Müller Heizen Gerent, que foi a responsável pela idealização e aplicação da técnica na unidade jurisdicional em questão, bem como em dados extraídos do Sistema de Automação do Judiciário (SAJ)⁵.

O cenário que a unidade apresentava mostrava que, além de um alto volume de trabalho no Cartório, os servidores desse setor apresentavam produtividade muito baixa, o que acarretava atraso na efetivação da prestação jurisdicional. Através de relatórios emitidos a partir do sistema informatizado, constatou-se que os servidores não alcançavam 600 movimentações mensais cada – número muito inferior ao que se esperaria em uma Vara com considerável número de ações em andamento. De fato, em comparação à unidade em que a Juíza atuava anteriormente, paradoxalmente, existiam mais processos, mas os servidores cumpriam menos atos.

O desafio, portanto, era aumentar a produtividade dos servidores do Cartório, composto, na época, por quatro servidores: três técnicos judiciários auxiliares (TJAs) e um Chefe de Cartório. Para tanto, foi aplicada a gamificação (durante cinco meses, entre abril e agosto de 2018⁶), com a participação dos três TJAs.

Iniciou-se estabelecendo pontuação através de um sistema de regras (basicamente, cada movimentação processual realizada no SAJ passa a “render” um ponto para o servidor) e uma meta (mil movimentações/mês para cada um).

Como parte do trabalho é realizada “fora” do sistema, ou mesmo não é contabilizada como movimento (como, v.g., abrir e baixar correspondências recebidas pelo malote digital, ou preencher histórico de partes, as quais costumavam ser desprezadas e/ou esquecidas pelos servidores), tais atividades foram bonificadas, para incentivar sua realização (ou seja, o servidor que as completava ganhava pontuação extra). Além disso, tarefas úteis e/ou represadas (como conversão de processo físico em digital ou arquivamento) também foram bonificadas com um ponto extra, como incentivo.

Estabelecidas as regras e as metas, vieram as recompensas: como não se pode (diferentemente da iniciativa privada) premiar com valor em dinheiro, a pontuação passou

⁵ Sistema informatizado utilizado pelo Poder Judiciário catarinense na época.

⁶ O principal motivo do encerramento do game foi a falta de players, já que, depois de certo período de tempo, apenas a Chefe de Cartório permaneceu no setor; os três TJAs deixaram de atuar no Cartório (um se aposentou, e os outros dois foram transferidos para outros setores, por necessidade do serviço).

a ser levada em consideração para: preferência de opção em pedidos de folga decorrentes de plantão; preferência na escolha do mês de férias; substituições de cargos e funções gratificadas; e para resolução de outras disputas e benefícios que eventualmente surgissem.

Na sequência, para reduzir disputas entre os servidores e potencializar um objetivo comum, buscando que se apoiassem mutuamente, foi estabelecida uma meta coletiva – a fim de estimular a cooperação e o espírito de equipe: caso os servidores, juntos, atingissem 1300 pontos/mês, todos ganhariam o direito à saída antecipada de duas horas (podendo ser fracionada em duas saídas de uma hora); se todos alcançassem 1400 pontos, a recompensa seria de quatro horas de saída antecipada; e se todos completassem 1600 pontos, o prêmio seria um dia de folga para cada um, para ser usufruído no mês seguinte ao atingimento da meta.

Foi também estabelecido um reforço negativo, com desconto de pontos: 30 pontos (atrasos); 10 pontos (extrapolação do tempo de lanche); 20 pontos (uso de celular durante expediente); 10 pontos (sair do setor sem informar o destino). Todavia, como forma de evitar o uso do reforço negativo, especialmente para manter o engajamento (essencial, especialmente no início, ante a natural resistência humana por tudo que é novo), optou-se por não aplicar os descontos enquanto a meta estivesse sendo atingida.

O resultado foi acompanhado pela Magistrada titular da unidade, com periodicidade mensal, e pode ser visualizado nas tabelas a seguir:

Tabela 2 – Produtividade dos servidores do Cartório analisado, em 2017

Servidor	2017 (ano inteiro)	Abril-junho/2017
A	6658 (MM ⁷ : 554)	670 (MM: 223)
B	(não trabalhava no setor na época)	
C	5042 (MM: 420)	1534 (MM: 511)

Tabela 3 – Produtividade dos servidores do Cartório analisado, em 2018

Servidor	Janeiro-março/2018	Abril-junho/2018	Julho/2018	Agosto/2018
A	708 (MM: 236)	3058 (MM: 1019)	1494	2125
B	1557 (MM: 519)	3038 (MM: 1012)	1216	453
C	822 (MM: 274)	3001 (MM: 1000)	662	1323

Fonte: dados extraídos do SAJ e informações fornecidas pela Juíza Fabiane Alice Müller Heizen Gerent

⁷ Para os fins das tabelas apresentadas, a sigla “MM” significa média mensal (número total da produção dividido pelo número de meses para o período em referência – ou seja, 12 meses, para a coluna anual; e três meses, para as colunas trimestrais). Frações foram arredondadas, para simplificação da visualização.

As colunas destacadas em azul representam o período em que a gamificação foi aplicada (abril a agosto de 2018). Cotejando as informações das duas tabelas, tem-se que, no segundo trimestre de 2018 (abril-junho/2018, quando teve início o game), todos os servidores da unidade produziram mais do que no trimestre anterior (janeiro-março/2018). No caso do servidor A, no trimestre de início da gamificação, houve aumento de mais de 400% na produtividade; e para o servidor C, aumento de mais de 300%.

É fato digno de consideração que os servidores usufruíram férias no começo de 2018 (B, C e A, em janeiro, fevereiro e março, respectivamente). Para eliminar a distorção dos dados, basta comparar a produção do segundo trimestre de 2018 com o mesmo período do ano anterior (2017): cotejando os elementos colhidos, visualiza-se que houve considerável aumento de um ano para outro – também representando mais de 400%, em relação ao servidor A; e quase 100%, no tocante ao servidor C).

Demais disso, comparando-se a produção do primeiro trimestre de aplicação do game (abril a junho de 2018) com o ano anterior inteiro (2017), vê-se que, se, hipoteticamente, a produção se mantivesse em nível constante no novo patamar alcançado no período gamificado, em menos de seis meses o servidor C já teria ultrapassado sua produção de todo o ano pretérito; e para o servidor A, bastariam cerca de seis meses e 15 dias para que atingisse tal número.

Por fim, nos dois meses seguintes (julho e agosto de 2018), a produtividade de A continuou apresentando aumento, enquanto a de B e C oscilou entre aumento e diminuição.

3.2.2.1 Gamificação no Caso Apresentado: Análise dos Resultados e os Princípios da Legalidade e Eficiência

Após a apresentação dos dados coletados do estudo de caso, resta considerar se a gamificação, na espécie, atendeu ao princípio da eficiência e, concomitantemente, não feriu o princípio da legalidade.

Digno de nota é o fato de que a gamificação não é panaceia para todos os males: Star (*apud* FAVA, 2018, p. 63), baseado em mais de 3.500 publicações, concluiu que 51% dos casos de aplicação da gamificação não apresentaram diferenças significativas; 25% reportaram diminuição nos resultados desejados; e apenas 24% demonstraram melhorias de produtividade (alguns muito significativos, com até 300% de aumento). Inegavelmente, portanto, o instrumento exige aplicação embasada e consciente, moldada para a hipótese concreta, sob pena de não surtir o efeito desejado, quiçá ainda redundar em efeitos deletérios.

No caso analisado, com relação à eficiência, os dados revelam que houve relevante aumento da produtividade (chegando, para um dos servidores, a ultrapassar 400% e, para outro, 300%). É certo que posteriormente houve decréscimo (para C e B, no penúltimo e último mês de análise, respectivamente); mas isso pode ter ocorrido por inúmeros fatores, inclusive de ordem pessoal, cuja apreciação escapa aos limites deste trabalho, e não desqualifica os resultados positivos, dado o grande patamar que estes últimos alcançaram.

De todo modo, a análise global dos dados contidos nas duas tabelas não deixa dúvida de que a gamificação, na unidade em questão, surtiu resultados extremamente positivos, alcançando o fim desejado (aumento da produtividade do Cartório) – bastando mencionar que, para um dos servidores, se mantido o patamar por ele alcançado no período gamificado no ano inteiro, em menos de seis meses já teria ultrapassado toda sua produção do ano anterior.

Já no tocante à legalidade, entende-se inexistir óbice à aplicação da gamificação. Poder-se-ia sustentar a tese de que a concessão de recompensa ao servidor público precisaria, necessariamente, estar prevista em lei; certo é que, caso se tratasse de recompensa com caráter financeiro, tal medida seria imprescindível, notadamente em face do caráter cogente das normas que regulamentam o orçamento público. De outra banda, no caso concreto, como a recompensa se restringiu a preferências para pedidos de folgas, substituições e resoluções de outras divergências, bem ainda, quando muito, à concessão de pequenas folgas, entende-se que inexistia tal necessidade, justamente porque não houve nenhum acréscimo de despesa ao erário, bem como porque todo o procedimento foi pautado em normas previamente estabelecidas pela juíza responsável pela unidade, primando-se pela igualdade e moralidade. Nessa tessitura, a previsão da regulamentação específica em ato da própria unidade (por exemplo, portaria) já é capaz de assegurar a aplicação segura e isonômica.

Finalmente, o atingimento de objetivos profícuos e salutares ao bom desempenho do serviço público, na esteira do que determina a Administração Pública gerencial, é o que se espera de todas as esferas governamentais. E a gamificação, ao incentivar comportamentos que trilham no caminho do incremento da produtividade e motivação do servidor, ao tornar mais palatável e interessante o trabalho em si, sobretudo pelas recompensas passíveis de conquista, constitui ferramenta que, se bem utilizada, revela-se capaz de contribuir de forma contundente com tais objetivos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aproveitamento do potencial dos games para a consecução de objetivos proveitosos no contexto individual, social ou corporativo é uma realidade inegável e, embora incipiente, apresenta, em vários casos, resultados extremamente relevantes. Na área profissional, a motivação dos funcionários é aspecto concretamente capaz de ser otimizado através da gamificação e, como notoriamente sabido, uma pessoa motivada tende a trabalhar mais e melhor.

Nesse panorama, e especialmente em se considerando os resultados já demonstrados pela aplicação da técnica no âmbito da unidade jurisdicional analisada, considera-se que, do ponto de vista do princípio da eficiência, a gamificação encerra medida salutar, cuja utilização tem grande potencial benéfico para a melhoria da produtividade dos servidores, resultando, ao final, na maximização do resultado do trabalho prestado. Lado outro, do ângulo do princípio da legalidade, mesmo à míngua de previsão legal em nível estadual, entendemos que a organização e o detalhamento da execução da medida podem ser efetuados por portaria da própria unidade, de forma a evitar vilipêndio à segurança ou à isonomia e, concomitantemente, prestigiar o papel do juiz como gestor – sem prejuízo da possibilidade de regulamentação do instituto, v.g., pelo Tribunal de Justiça, em âmbito estadual.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. Direito administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ALVES, Flora. Gamification: como criar experiências de aprendizagem engajadoras - um guia completo: do conceito à prática. 2. ed. São Paulo: DVS, 2015.

AMARAL, Lucas. Foursquare: conheça a história dessa rede social e o que aconteceu com ela. Rock Content. 2017. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/foursquare/>. Acesso em: 23 ago. 2019.

ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros (AMB). Não deixe o Judiciário parar. Youtube. Brasília: AMB, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B1fMnw0wxOg>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BURKE, Brian. Gamificar: como a gamificação motiva as pessoas a fazerem coisas extraordinárias. São Paulo: DVS, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes (2011). Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/92/1/Estudo%20Comparado%20sobre%20Recursos%2c%20Litigiodade%20e%20Produtividade%20-%20a%20presta%2c%20a7%2c%20a3o%20jurisdicional%20no%20contexto%20Internacional.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Consumidor.gov.br. Sobre o serviço. [s.d.] Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento. Exposição de motivos interministerial n. 49 (1985a). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995b). Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 5.590/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 16/4/1996, DJ 10/6/1996, p. 20395.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil. In: Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC. V. 8. (coord.: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al*). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 75-98.

CASTRO, Gisela G.S.; SANCHES, Tatiana Amendola; MASTROCOLA, Vicente Martin. Consumo, entretenimento e gamification: breve discussão sobre a comunicação no aplicativo Foursquare. Linguagem & Ensino, v. 17, n. 3, set./dez. 2014. Pelotas: UFPEL, 2014. p. 647-675.

COELHO, Daniela Mello. Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial. Revista de informação legislativa, v. 147, jul. 2000. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 257-262.

CSIKSZENTMIHALYI, Mihaly. Flow, the secret to happiness. TED. New York, 2004. Disponível em: https://www.ted.com/talks/mihaly_csikszentmihalyi_on_flow?. Acesso em: 20 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DOMINGUES, Delmar. O sentido da gamificação. In: SANTAELLA, Lucia; NESTERIUK, Sérgio; FAVA, Fabricio (Org.). Gamificação em debate. São Paulo: Blucher, 2018. p. 13-20.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. A discricioniedade administrativa à luz da reconfiguração do princípio da legalidade. Interesse Público, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 113-129.

FAVA, Fabricio. A emergência da gamificação na cultura do jogo. In: SANTAELLA, Lucia; NESTERIUK, Sérgio; FAVA, Fabricio (Org.). Gamificação em debate. São Paulo: Blucher, 2018. p. 51-66.

FRITH, Jordan. Turning Life into a Game: Foursquare, Gamification, and Personal Mobility. Mobile Media & Communication. v. 1, n. 2, maio 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/258172626_Turning_life_into_a_game_Foursquare_gamification_and_personal_mobility. Acesso em: 23 ago. 2019.

GUERRA, Felipe. Cinco vezes em que os eSports encheram estádios do esporte tradicional em 2018. SporTV, 2018. Disponível em: <https://sportv.globo.com/site/e-sportv/noticia/cinco-vezes-em-que-os-esports-encheram-estadios-do-esporte-tradicional-em-2018.ghtml>.

Acesso em: 19 ago. 2019.

HALO (franquia). [s.l.: s.d.]. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Halo_\(franquia\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Halo_(franquia)) Acesso em: 15 ago. 2019.

HUIZINGA, Johan. Homo ludens: o jogo como elemento da cultura. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018.

LOPES, Carla Patricia Frade Nogueira. Os novos contornos do princípio da legalidade no Direito Administrativo. Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal, v. 6, abr. 2001. Brasília: Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, 2001. p. 41-95.

LOPES, Joemilson Donizetti. O juiz como gestor de pessoas: apontamentos para uma boa gestão no âmbito do Poder Judiciário. Fórum Administrativo, v. 13, n. 151, set/2013. Belo Horizonte: 2013. p. 46-55.

LUZ, Alan Richard da. Gamificação, motivação e a essência do jogo. In: SANTAELLA, Lucia; NESTERIUK, Sérgio; FAVA, Fabricio (Org.). Gamificação em debate. São Paulo: Blucher, 2018. p. 39-50.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Administração pública burocrática e gerencial. Fórum Administrativo: Direito Público, v. 55, set. 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 6121-6129.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MCGONIGAL, Jane. A realidade em jogo: por que os games nos tornam melhores e como eles podem mudar o mundo. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista Trimestral de Direito Público, v.31, jul. 2000. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 47-55.

NAVARRO, Gabrielle. Gamificação: a transformação do conceito do termo jogo no contexto da pós-modernidade. 2013. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em

Mídia, Informação e Cultura, USP, São Paulo, 2013.

NEWZOO. Global Games Market Report (2019). Disponível em: <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2019-light-version/>. Acesso em: 16 ago. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RETONDAR, Jeferson José Moebus. Teoria do jogo: a dimensão lúdica da existência humana. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

SANTINHO, Cristiane Catarino. A utilização da gamificação para engajamento de equipes: um estudo de caso sobre a aplicação de um jogo empresarial em uma instituição financeira. 2018. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Administração de Empresas, FGV, São Paulo, 2018.

TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. Revista de Direito Administrativo. v. 206, out. 1996. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 1-8.

TASSI, Paul. Riot Games Reveals ‘League of Legends’ Has 100 Million Monthly Players. Forbes, 2016. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/insertcoin/2016/09/13/riot-games-reveals-league-of-legends-has-100-million-monthly-players/#7d32f7c85aa8>. Acesso em: 19 ago. 2019.

VEJA 10 números incríveis alcançados pela série ‘Halo’. Terra, 2015. Disponível em: https://www.terra.com.br/diversao/games/plataformas/xbox/halo-5/numeros-incriveis-da-serie-halo_86f575417a47e7980614d3a1e332b59chhlieia5.html. Acesso em: 15 ago. 2019.

VIANNA, Ysmar *et al.* Gamification, Inc: como reinventar empresas a partir de jogos. Rio de Janeiro: MJV Press, 2013.

O PROCESSO COLETIVO, A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS REFLEXOS NA GESTÃO JUDICIÁRIA

Letícia Bodanese Rodegheri



O PROCESSO COLETIVO, A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS REFLEXOS NA GESTÃO JUDICIÁRIA

COLLECTIVE PROCESS, MASSIFICATION OF CONSUMER RELATIONS AND REFLECTIONS IN JUDICIAL MANAGEMENT

Letícia Bodanese Rodegheri¹

RESUMO

Atualmente vive-se em um mundo globalizado, em que há a aproximação dos Estados nacionais, o intercâmbio de crédito, produtos e serviços e o surgimento de novos meios de comunicação. Todos esses fatores têm gerado um aumento no consumo e de produtos, que vem sendo chamado de “consumismo”. Há facilidade de acesso ao crédito, ampla divulgação de informações e a “massa” consumerista adquire um número crescente de bens. Da mesma forma, também surgem novos conflitos que demandam solução pelo Poder Judiciário, o qual não vem conseguindo atender a tais reclames. Há um número crescente de processos judiciais, morosidade e falta de efetividade, os quais redundaram na “crise do Poder Judiciário”. Assim, questiona-se se o processo coletivo é uma das alternativas viáveis para solucionar tais demandas. O objetivo do presente artigo é verificar se o processo coletivo é um meio apto para uniformizar decisões e reduzir o número de processos judiciais em trâmite no Brasil. Utiliza-se do método de abordagem dedutivo e os métodos de pesquisa documental e bibliográfico. Conclui-se que o processo coletivo é um meio para contribuir com a maior proteção dos direitos dos consumidores, a redução do número de processos judiciais e, conseqüentemente, para a prolação de decisões únicas, com maior impacto financeiro àqueles que lesam os consumidores, diante da possibilidade de condenações em maior monta.

Palavras-chave: Consumo. Massificação. Processo coletivo. Gestão judiciária.

ABSTRACT

Today we live in a globalized world, where there is the approximation of national states, the exchange of credit, products and services and the emergence of new media. All these

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); E-mail: leticiabrodegheri@tjsc.jus.br.

factors have generated an increase in consumption and products, which has been called “consumerism”. There is easy access to credit, widespread disclosure of information and the consumer “mass” purchases an increasing number of goods. Similarly, new conflicts also arise that demand resolution by the judiciary, which has not been able to attend to such claims. There is a growing number of lawsuits, slowness and ineffectiveness which have resulted in the “crisis of the judiciary”. The question is if the collective process is one of the viable alternatives to solve such demands. The objective of this article is verify if the collective process is a suitable way to standardize decisions and reduce the number of legal proceedings in Brazil. It uses the deductive approach method and the documentary and bibliographic research methods. It can be concluded that the collective process is a way to contribute to the better protection of consumers’ rights, the reduction of the number of judicial processes and, consequently, to the rendering of unique decisions, with greater financial impact to those who harm the consumers, before the possibility of greater convictions.

Keywords: Consumption. Massification. Collective process. Judicial management.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente vive-se em um mundo globalizado, em que as relações comerciais e econômicas ocorrem em larga escala, aproximando-se os territórios e as nações, em um processo em constante transformação. Com o comércio em nível global, a facilidade de acesso ao crédito, bem como a grande quantidade de informações e produtos disponíveis aos cidadãos, as relações de consumo também são vistas sob uma nova forma.

O consumidor se depara com uma gama de facilidades que o impulsionam à compra e, apesar de possuir muitos benefícios, esse cenário também gera novos conflitos e novas questões que são diretamente levadas ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, a crescente atuação do Judiciário como o centro solucionador dos conflitos (cumprindo, portanto, o direito/dever constitucional de acesso à justiça), contribuiu para o aumento do número de processos judiciais, a morosidade da justiça e, conseqüentemente, dificuldade de atuação e gestão por parte do magistrado.

Constata-se que durante muito tempo o ordenamento jurídico preocupava-se apenas com a resolução dos conflitos individuais, fazendo-se, atualmente, necessário também pensar nos conflitos coletivos que surgiram em torno dos novos direitos. Dentre tais conflitos,

destacam-se novos problemas e novas questões na seara consumerista.

Atualmente, em um cenário de massificação das relações de consumo em que se tem gerado uma multiplicidade de processos judiciais individuais, pergunta-se: o processo coletivo é uma alternativa eficiente para a solução de tais conflitos com a consequente melhoria da gestão judiciária?

Faz-se necessário procurar alternativas para efetivar uma melhor prestação jurisdicional, devendo-se analisar se o processo coletivo se apresenta como um meio para uniformizar as decisões, reduzir os processos judiciais e, assim, contribuir para a gestão judiciária.

O desenvolvimento da pesquisa estará pautado no método de abordagem dedutivo, visto que partirá de construção teórica e universal, qual seja, a globalização e a massificação das relações de consumo e o crescente número de processos judiciais para, em um segundo momento, analisar o processo coletivo como uma das alternativas para a gestão judiciária.

Além disso, serão utilizados os métodos de pesquisa documental e bibliográfico, visto que a pesquisa será pautada pela análise de documentos (referentes aos dados e estatísticas sobre o número de processos judiciais no país) e de livros (bibliográfico).

O artigo está dividido em três partes. No primeiro capítulo, aborda-se o processo da globalização e suas implicações na seara consumerista, com destaque para o “consumismo” e a função jurisdicional do Estado na solução dos conflitos. Na segunda parte, destaca-se o estudo de Mauro Capelletti e Bryant Garth sobre o acesso à justiça na sociedade contemporânea, sistematizado em três ondas renovatórias de acesso à justiça, dentre os quais serão tratados o acesso à justiça no Brasil e os recentes números da pesquisa “Justiça em Números” elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ao final, aponta-se o processo coletivo, descrevendo suas principais características e princípios, como uma forma de solução para os novos conflitos consumeristas que se colocam à frente do Judiciário.

2 A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

A sociedade vive um período de globalização, em que as diversas culturas, povos e nações aproximam-se em âmbitos econômico, social, cultural e político. Não se trata de um acontecimento isolado, mas de um processo em constante transformação, em que a integração

é cada vez maior ao longo do tempo. A globalização é, nesse sentido, entendida como:

[...] um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução das tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescobertas da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos do consumo globalizado (SANTOS, 2002, p. 11).

Trata-se de um processo que causa impactos em todos os setores, especialmente em países periféricos, como é o caso do Brasil. É visto na medida em que os estados nacionais se rompem, dando espaço a uma nova pluralidade de espaço e tempo, bem como uma nova forma de ver o mundo. Para Ulrich Beck, a globalização também envolve a “localização”, pois há uma nova definição do local, gerando a possibilidade estudar “o global pelo local”, de forma que “o nacional deve ser redescoberto como global interiorizado” (BECK, 2005, p. 126).

Em semelhante sentido, é a reflexão de Zygmunt Bauman, que explica que:

Mais do que qualquer outra coisa, “globalização” significa que a rede de dependências adquire com rapidez um âmbito mundial – processo que não é acompanhado na mesma extensão pelas instituições passíveis de controle político e pelo surgimento de qualquer coisa que se assemelhe a uma cultura verdadeiramente global (BAUMAN, 2003, p. 89).

E segue:

Isso leva inevitavelmente ao enfraquecimento do Estado-nação; não mais capazes de reunir recursos suficientes para manter as contas em dia com eficiência e de realizar uma política social independente, os governos dos Estados não têm escolha senão seguirem estratégias de desregulamentação; isto é, abrir mão do controle dos processos econômicos e culturais, e entrega-lo às “forças do mercado”, isto é, às forças essencialmente extraterritoriais (BAUMAN, 2003, p. 89).

Nesse sentido, em meio às “forças do mercado”, a exemplo dos fluxos financeiros em escala global, da produção em nível planetário e do aprimoramento das técnicas, várias são as alterações também nas relações interpessoais. Destaca-se, dentre as quais, a facilidade de acesso ao crédito, a disseminação em massa das informações e o conseqüente aumento do consumo de produtos e serviços.

Além da conexão firmada entre os países por fluxos econômicos e de produção, há ligações de cunho comunicacional que vêm exercendo influência em todas as áreas da vida humana, como o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), com destaque para a internet.

A emergência da internet no final de década de 1980 e o surgimento da *World Wild Web* em 1994 é um fenômeno que, de acordo com Manuel Castells, não precisa de explicação porque “[...] é o tecido de nossas vidas neste momento. Não é futuro. É presente. Internet é um meio para tudo, que interage com o conjunto da sociedade [...]” (CASTELLS, 2010, p. 255). Nesse espaço, potencializa-se a divulgação de informações e dados, compra e venda de produtos e serviços, interação através de rede sociais e criação de debates, entre outros.

As transformações propiciadas por todos esses novos mecanismos permitem a qualquer pessoa “[...] *consumir, produzir e distribuir informação* sob qualquer formato em tempo real” (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 25, grifo no original). Assim, como qualquer um pode produzir e disseminar conteúdo, em meio a uma economia global, com produção em larga escala e de fácil acesso, também é possível abordar a questão sob a perspectiva da existência de um “superinformacionismo”, caracterizado como a grande quantidade de informações que circulam “sobre tudo e sobre todos”.

Desta forma, uma das características do fenômeno, aliado à facilidade de crédito, ao uso desenfreado das mídias sociais, em que há uma quantidade muito grande de informações e dados disponíveis a todos, e à uniformização dos produtos e serviços, é o “consumo a qualquer custo”².

Retornando à Zygmunt Bauman, o consumo em si é algo banal e, até mesmo, trivial, pois é uma atividade que é feita todos os dias, sem planejamento ou outras considerações (BAUMAN, 2008, p. 37). A questão é, de outro lado, que o “consumismo” é um atributo da sociedade, em que se associa a felicidade não à satisfação das necessidades, mas a um volume e uma intensidade de desejos crescentes, que implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la (BAUMAN, 2008, p. 44).

E, ainda:

Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem

² “Hodiernamente, o fenômeno consumerismo é visível tanto nas sociedades industrializadas, quanto nas economias em desenvolvimento. Persegue-se frequentemente a satisfação de necessidades irreais ou incorretamente hierarquizadas, em função do condicionamento psicológico criado por uma estratégia de produção industrial extremamente dinâmica no oferecimento de novidades” (GUGLINSKI, 2013).

novas necessidades e desejos; o advento do consumismo augura uma era de “obsolescência embutida” dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo.

A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível (BAUMAN, 2008, p. 45).

Movimenta-se a economia com esse ciclo de compra e descarte de mercadorias, em que o dinheiro circula facilmente, como se a felicidade estivesse em adquirir bens, sem que se tivesse a consciência de seu uso ou de sua utilidade. E, para isso, é claro que o consumidor não está sozinho, pois as mídias, através do marketing e da propaganda, reforçam a disposição ao ato de comprar, de adquirir, de buscar em um objeto material a satisfação de necessidades pessoais.

Nesse espaço, de “massificação das relações de consumo”, há a necessidade de proteção dessa “massa”, ou seja, do consumidor, a fim de que não seja ludibriado em relações abusivas e ilegais. É, também, nesse cenário de liberdade econômica, desenvolvimento e consumismo, que se verifica, cada vez com maior destaque, a função jurisdicional do Estado.

O direito exerce uma função ordenadora da sociedade, pois “não há sociedade sem direito” (*ubi societas ibi jus*). Assim, “A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 25).

Portanto, o direito é visto como um dos mecanismos de controle social, ou seja, que tem ligação com o princípio republicano e traz a ideia de responsabilidade de todos diante da coisa pública, tanto de zelo quanto de fiscalização (SIRAQUE, 2009, p. 55). Isto porque a sociedade dispõe de instrumentos para a manutenção dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue.

Nesse sentido, o Estado moderno passou a exercer o poder de dirimir os conflitos interindividuais, no que se convencionou chamar de jurisdição, ou seja, “a capacidade, que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 30).

Vivencia-se, atualmente, um Estado Democrático de Direito. Porém, imperioso fazer um breve retrospecto histórico das fases do Estado, a fim de melhor entender a função atualmente exercida pelo direito e, conseqüentemente, pelo processo civil.

Em um primeiro momento, o Estado mostra-se como absolutista, com o poder

centralizado nas mãos de um monarca soberano, sintetizado na frase de Luís XIV: “O Estado sou eu”. Este Estado, que rompe com a organização do medievo, apresenta a concentração do poder na figura do soberano, que reúne “[...] as funções legislativa, executiva e judiciária, faz do Estado moderno uma figura que inaugura definitivamente a institucionalização do poder, o qual era exercido ilimitadamente pelo rei [...]” (ISAIA, 2012, p. 108).

Todavia, esta submissão ilimitada ao poder dos soberanos cede diante de movimentos como a Revolução Inglesa (1688), Francesa (1789) e a independência das Treze Colônias (1787), em que há a reivindicação de poder pela burguesia. Por isso, o Estado liberal (ou Estado-Gerente) nasce em um ambiente de recusa ao autoritarismo e à centralização do poder que predominava no Estado absolutista.

É desta época que se pode falar nas primeiras características do processo civil, como sendo detentor de nítido caráter individualista (que se mantém presente na atualidade e, por isso, encontra dificuldade em tutelar direitos coletivos e difusos, como se verá abaixo). A lei objetiva limitar os poderes do Estado e, também, garantir os direitos individuais dos cidadãos, de modo que não sejam usurpados pela ação estatal. Esta concepção demonstra a compreensão do Poder Judiciário como subordinado, em que se exige submissão total ao direito.

Com o passar dos anos, este modelo político liberal esgotou sua capacidade de organizar uma sociedade que era marcada por diferenças sociais oriundas da radicalização do processo de produção industrial liberal (LUCAS, 2005, p. 180). Como reflexo, inclui-se a chamada “questão social” em que se busca maior intervenção estatal, especialmente na economia, com a finalidade de assegurar aos cidadãos condições mínimas de dignidade e sobrevivência (PORTO, 2006, p. 56-57).

Por tais razões, há a transição do Estado Liberal para o Social, buscando-se a implementação de obrigações positivas ao Estado, possibilitando dar conteúdo material aos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste contexto, o Estado Social traz às Constituições os direitos sociais, econômicos, de meio ambiente, entre outros. É justamente a partir disso que a perspectiva de um Estado neutralizado, absentéista, dá lugar a um Estado interventor, diretamente vinculado e compromissado com a realização da “questão social” (ISAIA, 2012, p. 106).

O Poder Judiciário também assume nova roupagem, qual seja, a de efetivação dos direitos sociais que, previstos pelo Estado, não são por ele garantidos. Passa a adotar uma postura ativista, aproximando-se da sociedade, em que o processo civil, caracterizado como uma instituição estatal de bem-estar social, tem como protagonista o juiz.

Há destaque para a oralidade do processo, identidade física do juiz e, também, a criação de novos instrumentos processuais, como a ação direta de inconstitucionalidade, mandado de injunção, ação de descumprimento de preceito federal, entre outros.

Emergem novos direitos, novos atores e, conseqüentemente, há a necessidade de novas respostas jurídicas. O foco de atuação do então Estado Democrático de Direito deve ser centrado nos interesses difusos referentes a coletividades indefinidas e sujeitos indeterminados, assentando-se na democracia e nos direitos fundamentais. O processo é, portanto, um dos meios aptos ao exercício das funções do Estado, qual seja, a de eliminação dos conflitos, exercida no âmbito do Poder Judiciário.

O perfil de um Estado Democrático de Direito assume um papel transformador da realidade, impondo-se, também, um repensar no processo civil. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), consagrando, assim, o chamado direito de acesso à justiça:

E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um *meio efetivo* para a *realização da justiça* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 42).

Atualmente, em meio ao cenário descrito acima, de consumismo, em que diariamente milhares de consumidores encantam-se com as mídias sociais e propagandas e adquirem uma infinidade de produtos, verifica-se também a recorrente busca do Poder Judiciário para solucionar conflitos. Ao mesmo tempo em que há uma série de vantagens com o uso das novas mídias sociais e das facilidades para adquirir produtos e serviços, há o surgimento de muitos conflitos. Para tanto, o Estado é novamente chamado para solucioná-los, o que tem resultado no crescente número de ações judiciais, como se verá abaixo.

3 A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO PROCESSO E O CRESCENTE NÚMERO DE PROCESSOS JUDICIAIS NO BRASIL

O Poder Judiciário é diariamente acionado pelos cidadãos para solucionar conflitos. Muitas vezes, também é chamado quando se verifica a ineficiência do Estado em efetivar as políticas públicas e em dar as respostas esperadas pela sociedade. Portanto, imperioso tratar do acesso à justiça e de como isso tem refletido nos tribunais brasileiros.

Convém recordar os ensinamentos de Mauro Capelletti e Bryant Garth, em seus estudos sobre o acesso à justiça na sociedade contemporânea, sistematizados em três ondas renovatórias de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A primeira onda renovatória se refere à assistência jurídica, na tentativa de se atacarem as barreiras de acesso à justiça, especialmente em relação aos hipossuficientes. Isto porque há um custo para acionar o Poder Judiciário, seja mediante o pagamento das custas, seja mediante a contratação de advogado, essencial para a propositura das ações³.

As custas, conforme extraído do *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, são “[...] as verbas pagas aos serventuários da Justiça e aos Cofres Públicos pela prática de ato processual, conforme a tabela da lei ou regimento adequado. Pertencem ao gênero dos tributos, por representarem remuneração de serviço público” (TJSC, 2022). De outro lado, as despesas processuais são “[...] todos os demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais, com exclusão dos honorários advocatícios” (TJSC, 2022).

Interessante, ainda, a seguinte informação:

A prestação da atividade jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário, é serviço público remunerado, a não ser nos casos de miserabilidade, em que o Estado concede à parte o benefício da assistência judiciária, e nas ações que tramitam nos Juizados Especiais. As partes devem arcar com os ônus financeiros respectivos, suportando as custas e as despesas realizadas ao longo do processo (TJSC, 2022).

A fim de garantir o acesso à justiça a todos (consoante a previsão já descrita acima do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), a própria Constituição prevê, também no art. 5º, no rol dos direitos fundamentais, que: “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;” (BRASIL, 1988).

³ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, para viabilizar esse direito fundamental, surge no ordenamento jurídico a Lei n. 1.060/1950, ao tratar da isenção de taxas, custas e despesas processuais aos que necessitam, assegurando o acesso à justiça no país (BRASIL, 1950). Para tanto, conforme o art. 4º, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que não pode vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção e de sua família, indicando a existência de presunção de veracidade quanto à afirmação.

A referida lei foi aplicada até o ano de 2016, quando entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (NCPC), a Lei n. 13.105/2015, que revogou-a parcialmente e passou a dispor da questão nos arts. 98 e seguintes. Dispõe que: “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei” (BRASIL, 2015).

Assim, o NCPC deixa expresso que a assistência abrange pessoas físicas e jurídicas, uma vez que havia discussão jurisprudencial a respeito da benesse para as últimas. E, ainda, prevê no art. 99, §3º, que se presume verdadeira a alegação deduzida exclusivamente por pessoa natural (BRASIL, 2015). Conforme o reiterado entendimento da jurisprudência, ao menos do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é relativa essa presunção e o magistrado, no caso concreto, pode exigir mais documentos e comprovação⁴.

Destaca-se, ainda, que a Constituição Federal traz como ações gratuitas o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data* e a ação popular. Além disso, no âmbito dos Juizados Especiais (art. 98, da Constituição Federal), instituídos pelas Leis n. 9.099/1995 (estaduais), n. 10.259/2001 (federais) e 12.153/2009 (da Fazenda Pública), não há a incidência de custas processuais, a teor do art. 55, da Lei n. 9.099/1995 (BRASIL, 1995).

Por fim, a assistência jurídica também garante o acesso à justiça, por intermédio

⁴ AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO MATERIAL. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO. DECISÃO QUE DETERMINOU A JUNTADA ESPECÍFICA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA SITUAÇÃO FINANCEIRA, SOB PENA DE INDEFERIMENTO DA BENESSE. CUMPRIMENTO INSATISFATÓRIO PELA PARTE AUTORA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DA DISPLICÊNCIA. REQUISITOS AUTORIZADORES DO BENEPLÁCITO AUSENTES. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. “A correta hermenêutica na análise dos pedidos de benefício da justiça gratuita, consiste na vedação dada pelo ordenamento jurídico de interpretação *contra legem*. Isso porque, conquanto tenha a Lei n.º 13.105/2015, em seu art. 99, §3º, outorgado presunção relativa de veracidade à declaração de hipossuficiência, por outro lado, a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior, prevê em seu art. 5º, LXXIV, que ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.’ Não há, pois, como deixar de reconhecer o mandamento constitucional que previu, expressamente, a necessidade de comprovação da situação de insuficiência financeira como condição *sine qua non* para a concessão do beneplácito ao interessado. Entender de modo diverso seria o mesmo que deixar de dar interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Constituição, norma superior e fundamental para todas aquelas. [...]” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0025603-76.2016.8.24.0000, de Navegantes, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 22-11-2016). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4023215-30.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 22-10-2019) (BRASIL, 2019).

de advogado, sendo essencial a previsão constitucional da criação da Defensoria Pública que, consoante o art. 134:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014) (BRASIL, 1988).

Passe-se, assim, à segunda onda de acesso à justiça que, por sua vez, diz respeito à representação jurídica para os interesses difusos, com destaque para as searas ambiental e do direito do consumidor. Nesse âmbito, o processo civil tradicional não possuía espaço para a representatividade adequada, já que não haveria participação individual na demanda e a noção de coisa julgada necessitava ser redimensionada (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 50).

O processo, em sua concepção tradicional, é visto como “um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo. [...] Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional” (DIDIER JR., 2018, p. 45).

O processo é estruturado em razão de uma situação jurídica de direito material para o qual serve de instrumento de tutela e, por isso, é organizado sob a forma de um procedimento, o qual exige o preenchimento de requisitos e pressupostos, bem como é informado por princípios.

Exercido o direito de provocar a atividade jurisdicional, surge o direito à tutela jurisdicional, ou seja, à resposta do Estado-juiz, e o dever de que o órgão julgador examine a matéria. A demanda apresenta como elementos: partes, causa de pedir e pedido. As partes, em regra, coincidem com os sujeitos da relação jurídica substancial, com exceção dos casos de legitimação extraordinária (o que se verá com maior destaque nos direitos difusos e coletivos); a causa de pedir é composta da narrativa dos fatos da vida e da relação jurídica; o pedido, por fim, veicula a pretensão processual do autor (DIDIER JR., 2018, p. 337-339).

Conforme os ensinamentos de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2008), constata-se as linhas evolutivas do direito processual no Brasil: do plano abstrato ao concreto, em que as normas processuais buscam a satisfação o direito material, ou seja, a sua efetividade. Aqui aparecem os mecanismos de “tutela jurisdicional diferenciada”, como os procedimentos sumários e de cognição superficial, como as tutelas antecipadas e de urgência,

ou a encurtar o tempo do processo, como a ação monitória. Em um segundo momento, do plano nacional ao internacional, em que, cada vez mais, as normas processuais transportam os provimentos jurisdicionais para fora dos limites dos Estados soberanos, facilitando-se a homologação de sentenças estrangeiras, a colaboração nos atos, o cumprimento de medidas determinadas por juízes estrangeiros, entre outras. Há, ainda, a harmonização das normas, a exemplo dos países da União Europeia, e que ainda é incipiente no âmbito do Mercosul. Por fim, do plano individual ao social, pois o processo individualista do século XIX foi se transformando em um processo destinado a atender grupos, categorias e classes de pessoas, especialmente quanto à qualidade de vida – direito ao ambiente sadio, a relações de consumo equilibradas, entre outros. Surgem, assim, as ações coletivas e o reconhecimento de um processo coletivo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 138-139).

E é justamente no âmbito coletivo que surgem os maiores desafios ao conceito tradicional de processo civil, pois:

[...] na atualidade não se lida mais com processos bipolares (autor/réu) acerca de pretensões patrimoniais, mas com processos multifacetados (envolvendo a litigância de interesse público – questões fundiárias, consumidor, saúde, minorias, meio ambiente, entre outros), com vários atores sociais, necessitando-se aumentar o enfoque da análise (NUNES; *et al.*, 2011, p. 66-68).

Além da alteração nas questões trazidas à discussão, que não envolvem apenas os indivíduos, mas a coletividade, verifica-se ser preocupante o número de processos em tramitação no Judiciário brasileiro. Isto também reflete a ineficiência do processo civil em sua concepção tradicional e em atender a esses novos direitos coletivos.

A fim de mapear a situação numérica dos processos judiciais no Brasil, a Resolução n. 4, de 16/8/2005, criou o “Justiça em Números”, o qual é hoje regulamentado pela Resolução n. 76 de 12/5/2009, ambas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Consoante o *site* do CNJ, é a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário: “[...] anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira” (CNJ, 2019a).

Na última pesquisa divulgada, o Poder Judiciário encerrou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, dos quais 14,1 milhões (17,9%) estão suspensos, sobrestados ou arquivados provisoriamente (CNJ, 2019b, p. 79). Em 2017, eram 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando solução definitiva (CNJ, 2018, p. 73).

Verificou-se que o ano de 2017 foi o primeiro da série histórica, em que se

constatou “freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se constante em 2017” (CNJ, 2019b, p. 79). A justificativa, no entanto, parece estar relacionada à Justiça do Trabalho, pois manteve a produtividade do ano anterior, mas houve a redução de ingresso de novos processos, em razão da reforma trabalhista aprovada em julho de 2017. De outro lado, no que concerne às Justiças Estadual e Federal, o “estoque” permanece constante nos últimos dois anos (CNJ, 2019b).

Consoante o estudo, durante o ano de 2018, em todo o Poder Judiciário ingressaram 28,1 milhões de processos e foram baixados 31,9 milhões, havendo um decréscimo de casos novos em -1,9% (CNJ, 2019b, p. 80).

Destaca-se que, em comparação, em 2017 ingressaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões. Foi o primeiro ano em que o volume de processos baixados superou o patamar de 30 milhões de processos. No entanto, mesmo com a expressiva redução, o estoque ainda não reduziu, pois o crescimento acumulado no período de 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos (CNJ, 2018, p. 73).

Junto a isso, está o problema da morosidade do Poder Judiciário e que tem contribuído para a chamada “crise” que o cerca, uma vez que a lentidão no trâmite dos processos tem levado ao descrédito da sociedade, ao desprestígio das decisões e à sensação de impunidade, especialmente na seara criminal.

Por fim, para retomar e finalizar as ondas de acesso à justiça, verifica-se que a terceira, denominada de “enfoque de acesso à justiça”, reflete a tentativa de atacar as barreiras ao acesso à justiça, mediante a disponibilização de advogados para os hipossuficientes, mecanismos de tutela dos direitos coletivos, com destaque aos consumidores e às questões ambientais, além de adequar o processo civil ao tipo de litígio. Nesse sentido, destacam-se reformas como “[...] alterações no procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo a fim de prevenir litígios e a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de litígios” (MENDES; SILVA, 2015, p. 1832).

É nesse cenário de ineficiência do processo individual e da morosidade do Poder Judiciário, crescimento de demandas e necessidades sociais, surgimento de novos direitos e, conseqüentemente, de novas respostas estatais, que emerge a necessidade de se pensar em um processo coletivo, como se verá no próximo capítulo.

4 OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO E OS IMPACTOS NA GESTÃO JUDICIÁRIA

Como referido, o atual cenário do Poder Judiciário está marcado pelo crescente número de processos judiciais, pela morosidade e pela chamada “crise”, os quais geram, na sociedade, descrédito e insatisfação. Assim, necessário que se busquem alternativas, a fim de que se reduza o número de processos em tramitação e, também, aumente-se a satisfação dos cidadãos, objetivo-fim de um processo judicial.

Dentre as já conhecidas, está presente, especialmente com o advento do NCPC, a ideia de que o Poder Judiciário não é o único ou o primeiro e mais acessível meio para que o cidadão resolva os seus conflitos, incentivando-se, assim, a solução por meios extrajudiciais. Há um grande incentivo à tentativa de solução administrativa⁵ e a utilização da autocomposição, através da conciliação e da arbitragem, expressamente previstas no NCPC.

Além disso, também se fomenta e vem se discutindo sobre a viabilidade de processos coletivos. No Brasil, a tutela coletiva se inicia com a ação popular, instituída pela Lei n. 4.717/1965, a qual cumpre o comando constitucional referente à ação em que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (art. 1º) (BRASIL, 1965).

Posteriormente, cita-se a Lei Nacional da Política do Meio Ambiente, Lei n. 6.938/1981, que previu a possibilidade de o Ministério Público proteger o meio ambiente por meio da ação civil pública. Após, a Lei n. 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública, é outro marco significativo da tutela coletiva. Tem o fim específico de defender os direitos difusos e coletivos contra os danos causados contra o meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1985).

⁵ O Procon, órgão público extrajudicial, é uma das opções à disposição do consumidor: “O PROCON-SC é um órgão da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável - SDE, criado em 1988, atendendo disposição constitucional, uma vez que o art. 170, cuidando da Ordem Econômica e Financeira, estabelece defesa do consumidor como um dos princípios (inciso V) gerais da atividade econômica” (PROCON, 2019). Além disso, há o Consumidor.gov.br, que é “[...] um novo serviço público para solução alternativa de conflitos de consumo por meio da internet, que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas, fornece ao Estado informações essenciais à elaboração e implementação de políticas públicas de defesa dos consumidores e incentiva a competitividade no mercado pela melhoria da qualidade e do atendimento ao consumidor. Trata-se de uma plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados, monitorada pelos Procons e pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, com o apoio da sociedade” (CONSUMIDOR, 2019). E, ainda, o “Reclame AQUI”, que é um dos *sites* mais difundidos para consultas e reclamações *online* dos consumidores e que iniciou os trabalhos em 2001, quando o CEO Maurício Vargas teve um problema com uma companhia aérea ao perder um importante negócio e criou o *site* para expor sua insatisfação e alertar outros consumidores (RECLAME, 2019).

Ainda, a Lei da Ação Civil Pública trouxe o inquérito civil (de atribuição do Ministério Público), para apurar as irregularidades e, posteriormente, levá-las a juízo, bem como a extensão do termo de ajustamento de conduta para qualquer demanda coletiva.

Citam-se, também, outras leis que alargaram a proteção coletiva, como a defesa coletiva das pessoas com deficiência (Lei n. 7.853/1989), a defesa coletiva dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/1989), além da própria defesa coletiva da criança e do adolescente, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990.

O outro destaque é o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei n. 8.078/1990 que, no art. 81, traz a definição de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (BRASIL, 1990), os quais podem ser instrumentalizados em processos coletivos:

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 (BRASIL, 1990).

Denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. A doutrina entende que os dois primeiros são os direitos essencialmente coletivos, ao passo que o último constitui direito acidentalmente coletivo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 67-68).

Os autores explicam que, no Brasil, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois instrumentos: as ações coletivas e o julgamento dos casos repetitivos – previsão do art. 928, CPC, como um incidente em processos que tramitam nos tribunais. Afirmam que na ação coletiva o propósito é a prolação de decisão que forme a coisa julgada coletiva. Ressaltam que essa ação só pode ser proposta por alguns legitimados e a decisão final somente pode beneficiar os membros do grupo, vinculando-os (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 100).

De outro lado, o julgamento dos casos repetitivos tem por objeto a solução para uma questão de direito, processual ou material, individual ou coletiva, que se repete em diversos processos. E é justamente essa repetição que faz surgir o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete. Aqui, a vinculação é para todos os membros desse grupo, seja a decisão favorável ou não. Não há coisa julgada, mas a força obrigatória do precedente (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 100-101).

Nesse sentido, citam-se as novidades do NCPC em âmbito coletivo, além do julgamento dos casos repetitivos já citado: art. 139, X, faz expressa remissão ao microsistema coletivo; art. 178, III, alargou as atribuições do Ministério Público nos conflitos metaindividuais; art. 185 previu a defesa de direitos coletivos dos assistidos da Defensoria Pública; e art. 985 trouxe o incidente de resoluções de demandas repetitivas. Havia, ainda, a hipótese de conversão da ação individual em coletiva, no art. 333, a qual foi vetada pelo Presidente da República⁶ (BRASIL, 2015).

Ainda, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5139/2009, que prevê o “código de processo coletivo” no Brasil e, atualmente, está aguardando deliberação do recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (CÂMARA, 2019). Em sentido coletivo, o processo é visto como:

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 31-32 – grifos no original).

Quanto à principiologia coletiva, destaca-se, novamente, a lição de Fredie Didier Jr. e de Hermes Zaneti Jr., que trazem os seguintes princípios: devido processo legal coletivo; primazia do conhecimento do mérito; indisponibilidade da demanda coletiva; aplicação

⁶ “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.” (BRASIL, 2015).

integrada das leis (diálogo de fontes); reparação integral do dano; não taxatividade e atipicidade da ação e do processo coletivo; e predominância dos aspectos inquisitoriais (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018).

Passa-se, brevemente, à explicação de cada princípio: a) devido processo legal coletivo: deve-se construir um regramento diferenciado para o processo coletivo no que diz respeito à competência, legitimidade, coisa julgada, intervenção de terceiros, execução, entre outros; b) primazia do conhecimento do mérito: decorre do interesse público primário que move o processo coletivo e que faz com que a demanda seja julgada, tanto a principal, o recurso como as incidentais; c) indisponibilidade da demanda coletiva: difere do processo individual, em que há a *facultas agendi*. Isto porque, novamente, o processo coletivo é permeado pelo interesse público primário, o qual também possui a conveniência e a oportunidade para o ajuizamento da ação coletiva. Didier e Zaneti destacam, também, que essa obrigatoriedade é especialmente voltada à atuação do Ministério Público, diante do dever funcional de, presentes os requisitos, ajuizar a ação, bem como de intervir como fiscal da ordem jurídica, caso não seja parte; d) aplicação integrada das leis (diálogo de fontes): sempre que houver uma aparente lacuna, deve o aplicador buscar a solução dentro do microssistema de tutela coletiva, antes de pesquisar no sistema geral; e) reparação integral do dano, cujo suporte é a compreensão do grupo como entidade, e não como mera reunião de litígios individuais; f) não taxatividade e atipicidade da ação e do processo coletivo, o qual tem dupla faceta: o rol do art. 1º, da Lei n. 7.347/1985 é expressamente aberto, não se podendo negar o acesso à justiça aos novos direitos coletivos, bem como que quaisquer formas de tutela são admitidas para a efetividade desses direitos, a teor da previsão do art. 83, do Código de Defesa do Consumidor; e g) predominância dos aspectos inquisitoriais: segundo os autores, “não há em realidade um princípio do ‘ativismo judicial’” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 132), mas um certo desequilíbrio em prol dos processos coletivos, seja em aspecto material ou processual. Ou seja, há uma postura mais incisiva, mais participativa e dirigente do juiz no processo coletivo, em razão dos sujeitos (grupos) e dos direitos coletivos abordados (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 108-137).

Sob essa sistemática, haveria uma redução do número de ações de massa, semelhantes, mediante iniciativa coletiva e, inclusive, a condução a soluções iguais e que atingissem os fornecedores de forma geral, evitando questões repetitivas como as debatidas em inscrições indevidas, cartões de crédito consignados, entre outros julgamentos.

Nesse sentido, abordam-se apenas dois dos aspectos acima, a fim de demonstrar a possibilidade de utilização do processo coletivo, especialmente na seara consumerista.

Em primeiro lugar, a legitimidade, na medida em que se adotou a “extraordinária”, em que se autoriza um ente a defender, em juízo, a situação jurídica de que é titular o grupo ou uma coletividade, não havendo correspondência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida. Didier e Zaneti explicam que, no Brasil, optou-se por indicar na lei, expressamente, o rol de legitimados, mediante critérios objetivos. Explicam que há três técnicas: legitimação do particular, como o cidadão da ação popular; de pessoas jurídicas de direito privado, como os sindicatos, associações, partidos políticos, como no mandado de segurança coletivo; e dos órgãos do poder público, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na ação civil pública (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 203-204).

Aborda-se, ainda, a coisa julgada coletiva, que é o ponto central do devido processo legal coletivo e que possui dois aspectos a serem considerados: o risco de interferência injusta nas garantias do membro do grupo, que poderia ficar sujeito à “imutabilidade” de uma decisão da qual não participou. Isto porque, em regra, o legitimado ativo para a tutela coletiva não é o titular do direito coletivo em litígio, em razão da legitimação extraordinária.

Sobre a legitimidade, atente-se ao art. 103, do CDC, que diferenciou os efeitos da coisa julgada conforme o direito envolvido. Aos direitos difusos e coletivos estabeleceu-se a coisa julgada *secundum eventum probationis*; aos direitos difusos, a coisa julgada *erga omnes*; aos coletivos, a coisa julgada *ultra partes* (BRASIL, 1990). Assim, caso julgada improcedente, qualquer legitimado pode acionar novamente o Poder Judiciário para obter novo resultado, desde que com base em prova nova. O objetivo é prestigiar o valor da justiça em detrimento da segurança, bem como evitar que tais processos sejam alvo de conluio ou fraude processual (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 445). Com relação aos direitos individuais homogêneos, os efeitos são *erga omnes* apenas no caso de procedência dos pedidos. Didier e Zaneti explicam que não há uma coisa julgada coletiva, mas somente a extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual, o que decorre do pensamento (que eles discordam) de que essa é uma ação individual tutelada coletivamente, e não como uma ação coletiva (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 448).

E, de outro lado, o risco de “exposição indefinida do réu ao judiciário” e a “necessária estabilidade jurídica para o Estado”, como sendo a necessidade de proteção do réu, para que não seja demandado inúmeras vezes sobre o mesmo tema. Também serve para limitar o poder do Estado-juiz, que não pode ficar revendo o que já foi decidido ou, então, proferir diferentes decisões para casos semelhantes (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 444).

Tais características indicam que o processo coletivo, em especial na proteção do direito dos consumidores, pode conduzir à redução do número de processos e à igualdade

das decisões. Isto contribuiria para a redução do estoque de processos judiciais em trâmite no Brasil, a diminuição do tempo de espera por uma solução judicial e, ainda, promoveria solução única para casos idênticos.

Poderia, ainda, beneficiar entidades públicas ou privadas que se destinam à proteção do consumidor, utilizando-se de forma mais efetiva da condenação e consequente execução dos prejuízos globalmente causados pelo ofensor, gerando os efeitos educativo e punitivo em maior monta e, assim, maior efetividade. Assim, o valor de uma condenação poderia ser destinado a fundos de proteção ao consumidor, e não em condenações de forma individual.

Além da redução do número de processos, como já dito, também seria uma forma de evitar o que se convencionou chamar de “indústria do dano moral”⁷, em que os milhares de consumidores diariamente sentem-se lesados pelas grandes empresas e acionam o Poder Judiciário em busca da solução de seus problemas. Ocorre que, além dos efetivamente lesados, vem-se constatando muitas fraudes apenas para aferir ganhos econômicos, mediante o pagamento de indenizações por dano moral.

Por isso, a jurisprudência vem fortemente entendendo que aborrecimentos comuns do dia a dia, os “meros dissabores” normais e próprios do convívio social, não são aptos a gerar danos morais indenizáveis⁸. Ocorre que, com essa postura, os cidadãos inflam o Judiciário com ações, confundindo-se os casos em que há o intuito desenfreado de ganho e, em outros, em que efetivamente há uma lesão e a necessidade de punição, repressão e educação, em grande monta, das empresas, a fim de cessarem os atos lesivos, especialmente no que diz respeito aos consumidores.

Como referido, trata-se de uma alternativa que pode ser aprimorada e, principalmente, mais utilizada especialmente pelos órgãos constitucionais legitimados extraordinariamente para a propositura de ações coletivas, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Com isso, poderia ser abarcada, por uma única decisão judicial, uma coletividade de consumidores lesados, propiciando decisão única e, existindo efetivamente a lesão, condenação em maior monta. Ainda, contribuiria para a redução do número de processos judiciais em trâmite e, consequentemente, para a melhor prestação jurisdicional.

⁷ “Por isso muito se fala em uma “indústria do dano moral”, na qual as pessoas buscam o Judiciário como se fosse um jogo de loteria, numa ânsia desenfreada por auferir ganhos fáceis. A facilidade em postular em juízo sem dispêndio financeiro, sobretudo no âmbito dos Juizados Especiais, nos quais em determinadas circunstâncias sequer é necessário o patrocínio processual por advogado, além da impunidade pelas ações infundadas acabam por incentivar o crescente número de ações” (SANTOS, 2019).

⁸ Cita-se como exemplo acórdão do Superior Tribunal de Justiça que vem sendo utilizado como precedente nesse sentido: AgRg no REsp 1269246/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se um período de constantes transformações e mudanças em que o Estado e, conseqüentemente, os cidadãos, são constantemente chamados para melhorar os processos já existentes e a adotar novas perspectivas.

Conforme visto acima, o mundo globalizado trouxe à tona muitas vantagens e uma aproximação dos países em escala global, ao mesmo tempo em que apresentou novas discussões e novas questões a serem analisadas, como é o caso dos consumidores.

Assim, as facilidades de acesso ao crédito, a grande difusão de produtos e serviços pelas mídias sociais, inclusive pela internet, fazem aflorar o chamado “consumismo”, o qual, por sua vez, também gera conflitos, que demandam solução pelo Poder Judiciário.

É neste espaço em que se constata que o processo judicial, em sua visão “tradicional” e individual, não vem conseguindo dar as respostas mais efetivas esperadas pela população. Isto porque, de um lado, conforme os números que vêm sendo mapeados pelo Conselho Nacional de Justiça, há um crescimento anual da quantidade de processos que tramitam no Judiciário, ao mesmo tempo em que se reclama a morosidade e, muitas vezes, a falta de efetividade das respostas judiciais.

Há, ainda, o aspecto de que, diante das muitas ações judiciais em trâmite, constata-se diferentes soluções, ora beneficiando, ora prejudicando os consumidores, bem como há, também, situações de fraude e aqueles que objetivam o lucro fácil.

Por isso, necessário buscar alternativas condizentes com o Estado Democrático de Direito, em que a jurisdição deve estar apta a encontrar respostas às complexidades sociais do tempo em que se vive. E é nesse meio que o processo coletivo surge como uma possibilidade.

Assim, mediante o ingresso de ações coletivas, pelos devidos legitimados, pode-se buscar maior efetividade na resposta judicial, seja porque as condenações podem refletir uma soma maior de valores, destinadas a fundo de auxílio aos consumidores, seja porque esses valores terão um viés mais efetivo ao punir, ao educar e ao responsabilizar de forma mais direta as grandes empresas.

Ainda, a adoção de solução única contribui para o Judiciário, na medida em que reduz o número de processos judiciais e uniformiza os entendimentos, o que é benéfico para todas as partes.

Sabe-se que o acesso à justiça é um direito fundamental e, em nenhum momento, objetiva-se tolhê-los dos cidadãos. Portanto, como o Judiciário tem sido visto como o grande solucionador dos problemas atuais, inclusive em sede de políticas públicas e outros temas que

fogem à jurisdição em sua função típica, deve-se buscar alternativas para conciliar o respeito ao direito fundamental à crescente demanda que infla o Judiciário e não consegue dar as respostas esperadas.

Faz-se necessário aumentar os estudos na seara, assim como a solução aqui apontada não é definitiva e busca apenas a melhoria da prestação jurisdicional, a efetividade das decisões judiciais e a satisfação dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Paidós, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Agravo de instrumento n. 4023215-30.2019.8.24.0000. Relator Des. Marcus Tulio Sartorato, 22 de outubro de 2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=AGRAVO%20DE%20INSTRUMENTO.%20A%C7%C3O%20DE%20OBRIGA%C7%C3O%20DE%20FAZER%20C/C%20REPARA%C7%C3O%20MATERIAL.%20JUSTI%C7A%20GRATUITA.%20INDEFERIMENTO%20PELO%20JU%CDZO%20A%20QUO.%20DECIS%C3O%20QUE%20DETERMINOU%20A%20JUNTADA%20ESPEC%CDFICA%20DE%20DOCUMENTOS%20COMPROBAT%D3RIOS%20DA%20SITUA%C7%C3O%20FINANCEIRA,%20SOB%20PENAL%20DE%20INDEFERIMENTO%20DA%20BENESSE.%20CUMPRIMENTO%20INSATISFAT%D3RIO%20PELA%20PARTE%20AUTORA.%20AUS%CANCIA%20DE%20JUSTIFICATIVA%20DA%20DISPLIC%CANCIA.%20REQUISITOS%20AUTORIZADORES%20DO%20BENEPL%C1CITO%20AUSENTES.%20INTERLOCUT%D3RIO%20MANTIDO.%20RECURSO%20DESPROVIDO&only_ementa=&frase=&id=AABAq7AAHAADkvCAAD&categoria=acordao_5. Acesso em: 15 nov. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 5139/2009.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CASTELLS, Manuel. Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Denis de. **Por uma outra comunicação:** mídia, mundialização cultural e poder. 5 ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

CNJ. **Justiça em Números.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 15 nov. 2019a.

CNJ. **Justiça em Números 2019.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019b.

CNJ. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

CONSUMIDOR.GOV.BR. **Sobre o serviço**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/sobre-servico>. Acesso em: 15 nov. 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2018.

GUGLINSKI, Vitor. **A cultura de consumo de massas**: um desafio ao novo modelo de Estado Democrático de Direito. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25185/a-cultura-de-consumo-de-massas/1>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulos, 2010.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Acesso à justiça**: uma releitura da obra de Mauro Capelleti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. In: Quaestio Iuris. vol. 08, n. 03, Rio de Janeiro, 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual Civil**: fundamentos e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua

tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

PROCON. Disponível em: <http://www.procon.sc.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2019.

RECLAME AQUI. **Sobre o Reclame AQUI**. Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/institucional/#about-history>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Marina Pereira. **A banalização do dano moral**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132982,61044-A+banalizacao+do+dano+moral>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TJSC. Custas e depósitos judiciais. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=690200>. Acesso em: 7 fev. 2022

**POSSE VELHA E CONVALESCIMENTO DA POSSE
INJUSTA: UMA HISTÓRIA MAL COMPREENDIDA DA
TEMPORARIEDADE DOS VÍCIOS DA POSSE E DA
PERSISTÊNCIA DA AÇÃO DE FORÇA VELHA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Lucas Antônio Mafra Fornerolli



POSSE VELHA E CONVALESCIMENTO DA POSSE INJUSTA: UMA HISTÓRIA MAL COMPREENDIDA DA TEMPORARIEDADE DOS VÍCIOS DA POSSE E DA PERSISTÊNCIA DA AÇÃO DE FORÇA VELHA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

OLD POSSESSION AND THE CONVALESCING OF UNLAWFUL POSSESSION: A MISUNDERSTOOD HISTORY OF THE TEMPORALITY OF POSSESSION VICES AND OF THE PERSISTING OF THE OLD REAL ACTION IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Lucas Antônio Mafra Fornerolli¹

RESUMO

É possível percorrer historicamente como exsurgiu o posicionamento de que os vícios da posse injusta convalidam após o decurso do prazo de ano e dia. Será evidenciado, em primeiro lugar, que parte da controvérsia quanto à temporariedade dos vícios reside na importação de dispositivo de ordenamento diverso, culminando em um sistema positivo híbrido com influência de doutrinas antagônicas. Na sequência, apesar de vozes dissonantes, será descortinado que a ação de força velha jamais deixou de figurar como meio subsidiário de tutela possessória no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, será forçoso reconhecer que a perpetuação e potencial indefinição dos litígios possessórios derivam antes de um deliberado apego à tradição do que à abertura a inovações estrangeiras que prestigiam a celeridade e censuram a inércia. Por fim, ficará assentado que a *vexata quaestio*, ao fim e ao cabo, deveria restringir-se a uma mera curiosidade histórica.

Palavras-chave: Teoria objetiva de Rudolf von Jhering. Convalidação da posse injusta. Interversão da posse. Posse velha. Ação de força velha.

ABSTRACT

One can trace the history of how arose the positioning that unlawful possession vices convalidates after expiring in one year and a day. Firstly, evidences as to the controversy over

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (CESUSC). Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: fornerolli@gmail.com.

vice temporality lies within the importation of a diverse order device, resulting in a hybrid positive system influenced by antagonizing doctrines. Later, in spite of its dissonant voices, the action of old force is unveiled as something that never stopped figuring as a subsidiary to possessory protection within the Brazilian legal order. In this sense, it is important to acknowledge that the perpetration and potential indefiniteness of possessory litigations derive, moreover, of a deliberate attachment to tradition instead of a willingness to accept foreign innovations that put celerity in the foreground, censoring inertia. Lastly, the *vexata quaestio* is settled as something that, ultimately, should be restricted to mere historical curiosity.

Keywords: Rudolf von Jhering's objective theory. Convalescing of unlawful possession. Intervention upon possession. Old possession. Old real action.

1 INTRODUÇÃO

Malgrado sua elaboração em 1899, pela pena de Clóvis Bevilacqua, foi somente após o transcurso de aproximadamente duas décadas de tramitação que o Código Civil de 1916 veio a lume, por força do qual, de maneira inaudita, foram revogadas as Ordenações Filipinas e demais normas de Portugal ainda em vigência no Brasil².

A noção de posse, nessa transição, não restou incólume, uma vez que a legislação anterior, mercê da doutrina e jurisprudência então reinantes, prendia-se à teoria subjetiva de Savigny, irrompida no primeiro lustro do século XIX³, ao passo que a codificação posterior,

² Isso porque, segundo Alves (2001, p. 5): “Em 1823, pouco depois da Proclamação da Independência, lei de 20 de outubro determinou que continuassem em vigor, no Brasil, as Ordenações, leis e decretos portugueses promulgados até 25 de abril de 1821, enquanto não fossem alterados, ou até que se promulgasse um Código Civil”.

³ Consoante a bibliografia de Matos Peixoto (1936, p. 274-275), vertidas para o francês: *Traité de la Possession* foi publicada em 1803, enquanto que *Histoire du Droit Romain au Moyen Age* entre 1815 a 1831. Sobre a primeira, confirmam-se as palavras de Jhering (1899, p. 159-160): “Este livro abriu novos horizontes, influenciando não somente na teoria da posse, como também no desenvolvimento de toda a ciência romanista. E é tanto mais de se notar o facto, porquanto era a primeira obra de um jovem de vinte e quatro annos. Por minha parte não posso conceder-lhe mais do que a importancia passageira de um brilhante meteoro. Sob o ponto de vista da historia do assumpto, terá sempre o merito de haver excitado e favorecido poderosamente a investigação scientifica no terreno da theoria possessoria. Quanto aos seus resultados reaes para a sciencia, considero-os muito mediocres ; a meu ver Savigny não fez justiça nem ao Direito romano, nem á importancia pratica da posse porque, de um lado, as idéas preconcebidas que tinha, impediam-n'o de ter a imparcialidade necessaria para reconhecer exactamente o Direito romano e porque, por outro lado, quando emprehendeu seu trabalho estava desprovido de toda a noção relativa á pratica, defeito que devia ser duplamente pernicioso, sobretudo na theoria da posse, que não póde ser comprehendida sem a pratica”.

ineditamente, perfilhou a teoria objetiva de Jhering, deflagrada no decorrer de suas últimas décadas⁴.

Se bem que seja certo que o propósito de ambas as doutrinas fosse o estudo do instituto no Direito Romano, não é menos verdade, de toda sorte, que suas ideias nortearam as incipientes codificações, foram encampadas pela doutrina e, definitivamente, firmadas pela jurisprudência, logrando abstração do suporte fático meramente histórico.

Digna de nota, nessa contextura, foi a inovação promovida pelo Código Civil Francês de 1804, o qual, com a finalidade de normalizar o estado de violência instaurado pela Revolução Francesa, autorizou, diferentemente do que dispunha o Direito Romano, a usucapião da posse injusta.

Essa é fonte do art. 497, *in fine*, do Código Civil de 1916, atualmente disposto no art. 1.208, *in fine*, do Código Civil de 2002, conforme os quais os atos de violência e de clandestinidade, assim que cessados, autorizam a aquisição da posse.

Nem por isso, no entanto, que deixa de ser injusta, e muito menos que semelhante efeito não sobreviria também na precariedade. Há, com efeito, uma razão plenamente justificada que passou despercebida com a incorporação da norma do direito estrangeiro, a exigir, por necessário, uma incursão histórica para seu esclarecimento.

Lado outro, tem-se igualmente a influência de institutos afins como a *Gewere* do direito germânico, a *Saisine* do direito franco e, por último, a *Posse de ano e dia* do direito português, as quais deram ensejo, no direito brasileiro, à correlata figura da posse velha, pela qual, mesmo após o decurso do prazo ânua, é admitida a ação de força velha em favor do esbulhado, embora por via menos expedita de proteção, qual seja o meio ordinário de tutela possessória.

A controvérsia instaurou-se, com efeito, perante o art. 508 do Código Civil de 1916, o qual dispunha que, se a posse fosse de mais de ano e dia, o possuidor seria mantido sumariamente “até ser convencido pelos meios ordinários”, pese embora, é certo, o art. 523 do Código Civil de 1916 também consignasse expressamente que quejanda ordinariade, contudo, não perderia o “caráter possessório”.

Posteriormente, a discussão grassou força com o art. 371 do Código de Processo

⁴ Deste autor, a seu turno, também conforme os dados bibliográficos de Matos Peixoto (1936, p. 270-271): *Fondement des Interdits Possessoires*, de 1868 – Moreira Alves (1985, p. 221), entretanto, expõe que essa é a data da divulgação do estudo, pois o livro foi publicado no ano seguinte –, *Esprit du Droit Romain*, de 1886 a 1888, e *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, de 1889. Há, ainda, desta feita retirado de Serpa Lopes (1961, p. 83), *Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde*, de 1890.

Civil de 1939, em que sua lacônica redação somente dispôs acerca da posse molestada há menos de ano e dia, ao qual se seguiram o art. 924 do Código de Processo Civil de 1973 e, mais recentemente, o art. 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, tendo ambos ressalvado textualmente, tal como o Código Bevilacqua (sem correspondência no Diploma Reale), que o meio ordinário conservaria o “caráter possessório”.

Nessa tramontana, diferentemente de ordenamentos jurídicos em que a posse ânua alcança foros de definitivamente no juízo possessório, não permitindo mais a renovação do litígio pela mesma óptica, salvo a petítoria, ficará assentado que, mantendo o direito anterior, as Codificações brasileiras garantiram a mera provisoriedade da anualidade da posse, sem prejuízo da continuidade da discussão ainda sob o ângulo *stricto sensu* da melhor posse, embora por um rito menos lépido de proteção, ficando mantida a vedação da *exceptio domini*.

Dessarte, tem-se que o convalescimento da injustiça da posse somente ocorre, excetuada eventual ajuste voluntário entre os particulares, com a usucapião, meio de aquisição originário da propriedade, pois que ao esbulhado, quer pela ação de força nova, seja pela ação de força velha, ou ainda pela ação reivindicatória, pode renovar a lide contra o esbulhador para recuperar sua posse.

Este estudo, assim, expõe em dois argumentos os fundamentos para o eventual convalescimento dos vícios que maculam a posse dentro de ano e dia: pelo aspecto de sua temporariedade e, paralelamente, pelo ponto de vista da inexistência da ação de força velha como meio subsidiário de proteção interdita.

Antes, no entanto, é precedido de breve estudo da teoria possessória encampada pelo ordenamento jurídico, pois que imprescindível sua mais fidedigna exatidão para a compreensão da matéria, ao que se segue, diante do enfoque nos litígios possessórios, o esboço de seus contornos e de sua distinção em face dos juízos petitórios.

Por postimária, certo de que a questão resume-se a uma perplexidade teórica de cunho histórico, consigna-se que este artigo, até mesmo por sua *uia angusta*, restringiu-se a estudar o tema pelo ângulo doutrinário e positivo, exaurindo, por isso mesmo, a controvérsia nos planos teórico e legal.

2 O POSICIONAMENTO DA POSSE NA CODIFICAÇÃO CIVIL

São faculdades (ou poderes, no léxico legal), que se inserem no conteúdo do direito de propriedade, consoante o art. 1.228 do CC/02⁵⁻⁶: o uso, a fruição (também chamado de gozo), a disposição e a reivindicação da coisa. Quem esbulha, todavia, igualmente usa, pode fruir, dispor da coisa e defendê-la em nome próprio. Embora *de fato* encontre-se em poder de um, continua pertencendo *de direito* ao outro: essa é a antítese a que se reduz a distinção entre posse e propriedade (JHERING, 1899, p. 94).

A posse é o poder *de facto*, e a propriedade o poder *de direito* sobre a coisa. Ambas podem-se achar com o proprietário, mas podem também separar-se, podendo acontecer isto de duas maneiras. Ou o proprietário transfere a outrem tão somente a posse, ficando com a propriedade; ou a posse lhe é arrebatada contra sua vontade. No primeiro caso a posse é justa (*possessio justa*), e o proprietário mesmo deve respeitá-la; no segundo é injusta (*possessio injusta*) e o proprietário pode acabar com ela por uma acção judicial (JHERING, 1899, p. 94-95, grifo do autor).

A posse, portanto, nada mais é do que a efetiva titularidade ou potestade fática da coisa, seja referida ou não a um direito (real ou obrigacional) da qual emane⁷. Como tal, “é tão economicamente necessária como a propriedade; ambas não passam de formas jurídicas sob as quais realiza-se o destino econômico das coisas para satisfazer as necessidades da humanidade” (JHERING, 1900, p. 3).

Não convém, em face da *via angusta* deste estudo, particularizar na integralidade a controvérsia teórica que circunda a posse como instituto jurídico. Interessa, para o presente, apenas traçar seus limites certos no ordenamento jurídico, cujos contornos, ao menos em sua parte fundamental, encontram-se perfeitamente positivados e sedimentados na doutrina e na jurisprudência.

Com efeito, o Código Civil de 1916, como brevemente assinalado na introdução, importou na transição do paradigma subjetivo para o objetivo no que entende à teoria possessória.

⁵ Art. 1.228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

⁶ Pela praticidade do emprego de notação, dados os inúmeros diplomas legais publicados no Brasil, doravante as referências tanto aos Códigos Civis quanto aos Códigos de Processo Civil seguirão o padrão CC/ano e CPC/ano.

⁷ Por isso, aliás, é mais apropriado falar-se em início e término da posse, pois fatos não se adquirem nem se perdem (ALVES, 1985, p. 48).

Anteriormente à codificação, perfilhara-se a teoria de Savigny⁸. Embora postergada já no projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues⁹, assim como na Nova Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho¹⁰, a introdução formal da teoria de Jhering remonta ao projeto de Clóvis Bevilacqua¹¹, logrando aceitação, quando ainda em trâmite, na doutrina de Francisco de Paula Lacerda de Almeida (1908, p. 63), reputando-se àquela dificuldades de aplicação prática.

Convidado em 1899, Bevilacqua finalizou nesse mesmo ano o *Projeto Primitivo* que, depois de entregue à Comissão do Governo, resultou no *Projeto Revisto*, encaminhado ao Congresso Nacional em 1900 (FRANÇA, 1971, p. 109).

No opúsculo *Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro*, que acompanhou seu *Projeto Primitivo*, depois de salientar, em linhas gerais, a teoria de Savigny e de Jhering, Clóvis Bevilacqua (1902, p. 32) expôs:

⁸ “No Brasil a doutrina que predominou e dominou, pelo menos a contar do meiado do século XIX para cá, foi a de Savigny, ou melhor, o direito romano systematisado por Savigny. Dão disto testemunho as obras dos nossos escriptores, e a jurisprudencia dos nossos tribunaes. E’ sabida a influencia formidavel que exerceu no nosso meio juridico o livro admiravel de Lafayette Rodrigues Pereira, ‘*Direito das Cousas*’, cuja primeira edição veio a lume no anno de 1877. A elle seguiu-se o livro do Dr. Antonio Joaquim Ribas, ‘*Da Posse e das Acções Possessorias*’, publicado em 1883, em que os tribunaes beberam optima licção. Eram ambos *savignianos* declarados, e neste assumpto não tinham sido precedidos por qualquer outro autor nacional, como adverte Ribas [...]” (REZENDE, 1937a, p. 94, grifo do autor).

⁹ Concluído em 1893, constou em sua exposição de motivos: “*Esta concepção contrária à de SAVIGNY, tão em voga entre nós, e abandonada em sua pátria, onde aliás já teve um eco imenso, não é nova e nem me parece que possa ser combatida com vantagem*” (RODRIGUES *apud* ALVES, 1985, p. 349, grifo do autor). A comissão nomeada pelo Governo, porém, foi contrária (MIRANDA, 1981, p. 83), embora suas soluções fossem, mais tarde, aceitas pelo Código Civil (ALVES, 1985, p. 351).

¹⁰ É o que diz Limongi França (1971, p. 44): “A teoria de IHERING foi, de certo modo, a despeito de se tratar de compilação, adotada pela Consolidação de CARLOS DE CARVALHO, publicada em 1899, devendo-se-lhe atribuir, nesta matéria, o mérito de se antecipar ao Código Civil”. Conforme seu autor, vem assim justificada a obra: “Nas vésperas de iniciar-se no Congresso Nacional o estudo do projeto de código civil, ora em ativa elaboração, o presente trabalho é apenas uma fonte de informações” (CARVALHO *apud* ALVES, 1985, p. 353). É importante ressaltar, entretanto, que a Consolidação não deteve caráter oficial (MIRANDA, 1981, p. 76). Outrossim, embora Moreira Alves (1985, p. 353-355) não caracterize sua inclinação objetiva, a remissão ao art. 336, de fato, não parece indicar diversamente, uma vez que abstrai de sua definição, presumindo a posse, a referência a elemento anímico autônomo: “Presume-se posse na detenção ou fruição de qualquer espécie de bens, a menos que exista uma relação de direito que exclua ou em virtude da qual a detenção ou fruição se exerça em nome de outrem”.

¹¹ “A concepção de Jhering não podia deixar de influir no espirito dos juristas brasileiros. Por isso, Clovis Bevilacqua, o jurista-philosopho encarregado de elaborar o projecto do Codigo Civil Brasileiro, não podia deixar de se impressionar pela theoria revolucionaria do vibrante polemista de Goettingen. Talento viril, que já passeara a sua curiosidade pelas diversas provincias do Direito, com um grande fundo philosophico, viu logo a antithese entre os dois methodos: o methodo metaphysico de Savigny e de seus sequazes, e o methodo positivo de Jhering. Clovis pendeu irresistivelmente para este, porque as conclusões de Jhering se harmonisavam com a sua propria concepção do methodo; e rompeu com a escola clássica [...]” (REZENDE, 1937a, p. 171-172).

O código civil alemão reflecte essa transacção da doutrina que procura conciliar duas opiniões extremadas, dois pontos de vista inteiramente diferentes. Assim é que, si abandonou a *theoria do animus possidendi*, desmantelada pela critica sagaz e erudita de JHERING, ateve-se ainda ao *corpus*. [...] Mas conviria tambem, proseguindo nesse bom caminho, pôr de lado o *corpus* da teoria savignyana. Foi o que tentou realizar o actual *Projecto* de código civil brasileiro.

A noção de posse, como confessou (BEVILAQUA, 1902, p. 32), foi extraída da doutrina de Jhering, salientando, noutra oportunidade, que foi a primeira codificação a consagrar, inteira e francamente, essa teoria (BEVILAQUA, 1930, p. 5).

Convém ressaltar, todavia, que foram introduzidas modificações na disciplina da posse no seio da Comissão Revisora, fato esse necessário “para compreender-se a razão por que veio o Código Civil a afastar-se, em certos pontos, da orientação objetiva da teoria de JHERING que BEVILAQUA seguira de perto” (ALVES, 1985, p. 360).

Com efeito, o substitutivo de Joaquim da Costa Barradas reproduziu vários artigos do Código Civil Português de 1867, seguindo, como esse diploma, a teoria subjetiva (ALVES, 1985, p. 360). Apesar de ter prevalecido na primeira série de reuniões, com a presença de Bevilaqua na segunda série, caíram parte¹² das emendas incompatíveis com a teoria albergada no *Projeto Primitivo* (ALVES, 1985, p. 363).

Após o longo trâmite nas duas Casas do Congresso¹³, o Código Civil foi finalmente sancionado pelo Presidente Wenceslau Braz, promulgando a Lei n. 3.071, datada de 1º de janeiro de 1916, para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1917 (FRANÇA, 1971, p. 111).

Cumprido, agora, precisar a doutrina de Jhering, principalmente naquilo que difere da teoria proposta por Savigny¹⁴, na caracterização do poder fático previamente enunciado.

O raciocínio, para sua perfeita visualização, pode ser sintetizado em fórmulas algébricas propostas pelo próprio Jhering¹⁵.

¹² Na numeração que constou no CC/16, por exemplo, o art. 497, posteriormente examinado, é corolário do substitutivo de Barradas (BEVILAQUA, 1930, p. 23).

¹³ Por isso, aliás, Pontes de Miranda (1981, p. 85) vai advertir que a idade mental do Código remonta a 1899, mantendo-se alheio aos ensinamentos técnicos do Século XX.

¹⁴ Em resumo, elas divergem nas seguintes questões: na origem da posse, no fundamento de sua tutela, na sua natureza jurídica, no seu conceito, nos seus elementos constitutivos, na definição destes e na configuração da detenção. Convém salientar, outrossim, para o fato de que a divergência entre as teorias é devida à variação da noção de posse e de suas espécies na evolução do direito romano (ALVES, 1983, p. 325).

¹⁵ “Designa-se a posse por P, a detenção por D, o *corpus* (justaposição local) por C, a *affectio tenendi* do detentor segundo a *theoria* de SAVIGNY por A, por a o *animus domini* dessa mesma *theoria*, e por η a disposição legislativa que, segundo a *theoria* objectiva, denega a posse a certas relações” (PEIXOTO, 1936, p. 223). Assim como reconhece Moreira Alves (1985, p. 229), pela clareza das letras empregadas, serão utilizados as propostas por Matos Peixoto (1936, p. 223).

Essas expressões matemáticas referem-se, especificamente, aos elementos constitutivos da posse e da detenção¹⁶, devendo-se salientar que essa distinção remonta ao direito romano, pois a tutela possessória não era conferida a todo poder de fato sobre a coisa (ALVES, 1985, p. 322-333).

Para Savigny, primeiramente:

$$\begin{aligned} P &= C + A + \alpha \\ D &= C + A \end{aligned}$$

Segundo Jhering, a seu turno:

$$\begin{aligned} P &= C + A \\ D &= C + A - \eta \end{aligned}$$

Vê-se, assim, que, para configurar a posse, na teoria de Jhering, bastam as mesmas elementares que, em conformidade com Savigny, respaldam a detenção (PEIXOTO, 1936, p. 224).

De outra parte, observa-se que, na teoria objetiva, com o concurso do elemento negativo, a posse degrada-se em detenção, descendo de degrau¹⁷, ao passo que, na subjetiva, quando acompanhada da vontade qualificada¹⁸⁻¹⁹, é a detenção que se eleva à posse (PEIXOTO, 1936, p. 224).

Na teoria de Jhering, portanto, posse e detenção não diferem ontologicamente (ALVES, 1987, p. 7), de modo que, a par dessa perspectiva teórica²⁰, resulta sua superioridade

¹⁶ “A noção da posse envolve a apropriação ou utilização da coisa pelo homem. Pressupõe a existência de dois elementos: um material ou externo, que é a relação entre o homem e a coisa, e um moral ou interno, que é a vontade animando essa relação. O elemento material chama-se *corpus*; e *animus*, o elemento moral” (PEIXOTO, 1936, p. 13).

¹⁷ “Em outras palavras, posse é o que a lei diz que é e não é posse o que a lei disser que não é. Daí se entender o elemento negativo, ou degradante, da posse como aquele que, ocorrente, desfigura *ex lege* a posse. Em outros termos, a *causa detentionis* é criada explicitamente pela lei e, configurada, encobre aquilo que seria posse e faz ressaltar o que é a detenção” (NASCIMENTO, 1986, p. 114-115).

¹⁸ “Já o *animus* que caracteriza a posse é o *animus domini* (a intenção de ter a coisa como se fosse proprietário dela), que não se confunde com a *opinio domini* (a crença de ser, realmente, o proprietário da coisa possuída). Portanto, o que distingue a posse da detenção é a circunstância de que, na posse, mister se faz a existência de um *animus* especial: o *animus domini*. Por tê-lo, o ladrão tem a posse: por não tê-lo – e isso porque ele não considera a coisa como sua –, não a tem o inquilino, que é mero detentor” (ALVES, 1985, p. 212).

¹⁹ Veja-se, no entanto, que mesmo na teoria objetiva não se prescinde do elemento anímico. Trata-se da questão da *Besitzwille* (vontade possessória), discutida na Alemanha desde sua codificação (ALVES, 1996, p. 20). Contraopondo-se a uma concepção objetiva pura, Saleilles, a propósito, caracterizou a teoria de Jhering como corrente subjetiva dentro da concepção objetiva da posse (ALVES, 1996, p. 21). Vale frisar, assim, que a objetividade da teoria não está, diferentemente do que pode parecer, na inexistência de *animus* ou porque sua tônica, como ficará assentado, é a exterioridade da propriedade. É objetiva simplesmente porque é a lei, como elemento externo e concreto, que difere a posse da detenção. Sem embargo, dada a importância do elemento volitivo, não é de estranhar a exigência do *animus domini* para fins da usucapião, herança sintomática da doutrina subjetiva.

²⁰ “Posse e detenção não se distinguem pela existência, naquela, de um *animus* específico, seja o *animus rem sibi habendi*, seja o *animus domini*. Ambas, pelo contrário, se constituem dos mesmos elementos: o *corpus* (que é o elemento exterior)

na presunção estabelecida em favor da posse:

[...] a vantagem desse critério é grande, porque, na primeira teoria, o sujeito precisa provar sua relação com a coisa e, mais, seu animo especial de querer a coisa para si como dono ; e, na segunda teoria, basta provar sua relação com a coisa, do que resulta logo a presunção de posse, cabendo, então, ao interessado demonstrar que, na hipótese, por um motivo legal, não há posse, porém, simples detenção. Assim se facilita a prova ao possuidor e o julgamento ao juiz (SOUZA, 1927, p. 20).

Assim sendo, e tendo presente que a posse nada mais que o exercício fático da titularidade jurídica correspondente à propriedade²¹, pode-se simplesmente defini-la como a própria exterioridade ou visibilidade da propriedade (JHERING, 1900, p. 271).

Cumpra, não obstante, ainda esclarecer em termos exatos o que vem a ser esse poder de fato, conceito que, bem é de ver, aproxima-se da teoria de Savigny, uma vez que, *grosso modo*, para esta, o elemento material resume-se à possibilidade de dominação física exclusiva (PEIXOTO, 1936, p. 55).

Pontes de Miranda (1981, p. 184), a propósito, não deixou de censurar sua posituação:

A originalidade, que possa haver, está no art. 485: a doutrina de Rudolf von Ihering em toda a sua inteireza; mas se isto se pretendeu dizer, não é isto o que diz o art. 485, onde aquele “de fato”, referido a exercício, não traduz bem a teoria, que tinha por fito afasta o *animus*, como o B.G.B, e o *corpus*.

A crítica, entretanto, não tem razão de ser, se bem compreendida a locução.

e o *animus* (a *affectio tenendi*, que é o elemento interior). Esses elementos, porém, não podem existir um sem o outro, ligados que estão intimamente como a palavra e o pensamento. O que, em verdade, distingue a posse da detenção é um outro elemento externo, e, portanto, objetivo, que se traduz no dispositivo legal que, com referência a certas relações que preenchem os requisitos da posse, retira delas os efeitos possessórios. E, por ser objetivo o elemento distintivo delas (o fator negativo representado pela disposição de lei), à sua teoria denominou Ihering *teoria objetiva*. Detenção, pois, para Ihering, é uma posse degradada. E, assim, ao contrário das teorias subjetivas, que partem da detenção para chegar à posse, a objetiva parte desta para aquela. Por outro lado, Ihering distingue nitidamente a detenção (em que a *affectio tenendi* se revela pelo elemento objetivo, que é a relação material com a coisa) da relação de justaposição meramente material da pessoa com a coisa (em que não há *affectio tenendi*, e que ocorre em hipóteses como a de se colocar uma coisa sobre o corpo de quem dorme). Esta justaposição da coisa à pessoa não tem qualquer significação jurídica” (ALVES, 1990, p. 60, grifo do autor).

²¹ “O que se protege na posse não é o estado de fato como tal, mas um estado de fato que pode ter como fundamento um direito e que, por consequência, pode ser considerado como o *exercício ou a exteriorização de um direito*” (JHERING, 1899, p. 81, grifo do autor). Nesses termos, está plenamente admitida, portanto, a posse sobre direitos reais diversos da propriedade, como a servidão, usufruto, etc.

Deveras, como era a preocupação de Jhering²², insta gizar que poder fático não se confunde com poder físico ou, em outras palavras, com inflexão epidérmica (NASCIMENTO, 1981, p. 33).

A que se deve unir, pois, a posse? Ao elemento em que unicamente se funda sua importancia : – ao elemento *economico*. A posse é a relação de facto entre as pessoas e a coisa, tal como a ordena o fim para o qual esta se utiliza sob o ponto de vista economico. Esta relação varia segundo a indole das cousas. Ella toma a fórma de poder physico para as cousas moveis que se carregam ou que se tem costume de conservar em casa, e para os immoveis fechados : casas, curraes, armazens ou jardins cercados, etc. Não acontece o mesmo para as cousas moveis que se deixam em pleno campo, porque assim o exige seu destino economico; para os animaes domesticos que andam livremente e pastam no campo ; para os immoveis que não estão cercados, como campos, bosques, pedreira [...] e mesmo para os immoveis fechados, mas que periodicamente ficam sem vigilancia, como os chalets das montanhas, as hospedarias dos Alpes e as habitações ou casa de verão da montanha no inverno (JHERING, 1900, p. 280, grifo do autor).

Significa dizer, em verdade, que “[...] possuidor é todo aquelle que, no mundo phenomenal externo, apparece *como dono de facto* e com proposito de o ser, da coisa” (REZENDE, 1927, p. 21, grifo do autor).

Ainda segundo Jhering (1900, p. 256, grifo do autor):

Omnia ut dominum fecisse [tudo como se o senhor tivesse feito]. Eis a linha de conducta do possuidor que deseja conservar a posse. Aquelle que tem que fazer seu interesse ordena-o, e é precisamente esta circumstancia que faz com que se lhe reconheça como aquelle a quem a coisa pertence (*ad quem ea res pertinet*). *O interesse testemunhado no facto* pela maneira de se servir da coisa, de cuidar-se della, de protegê-la e garantí-la, é o *indicio do verdadeiro proprietario*. Quem quer que não mostre este interesse e desligue-se de algum modo da coisa, perde a posse, porque se bem que elle seja e continue proprietario, não é activo e *visível* como tal ; e a posse consiste precisamente nisto, na parte *visível* da propriedade – a *diligencia do proprietario é uma condição indispensavel da posse*.

²² Principalmente porque o conceito corria o risco de ser positivado no futuro Código Civil da Alemanha – e seu tradutor informa que efetivamente o foi –, advertência essa que consta logo no início do opúsculo *Sobre o corpus possessionis* (JHERING, 1900, p. 275). A assimilação é reputada como um completo hipnotismo teórico (JHERING, 1900, p. 277). Vale salientar, ademais, que consta na própria literatura de Jhering (1899, p. 94) a referência à posse como poder de fato, em vista, por certo, da clara significação que carrega a expressão

O sentido, portanto, é meramente estabelecer a antítese do fato²³ com o direito (JHERING, 1899, p. 94); prende-se aos termos dessa contraposição, assim perfeitamente enunciada²⁴:

O ius possessionis – o direito *de* possuir – como poder autônomo do possuidor é, com relação ao fato da posse, um *posterius* e um quê de adquirido: *possideo* (ou seja, tenho o direito de continuar a possuir), *quia possideo* (porque possuí até agora).

Ao contrário, o *ius possidendi* – o direito à posse – como uma das possíveis manifestações da titularidade do direito subjetivo é, com relação à posse, um *prius* e um quê de *originário* (posso exercer o direito, isto é, ter a posse, porque sou titular do correspondente direito).

Desse modo, acentua-se a diversa *gênese* da posse, mas num caso e noutro, estamos igualmente na presença de idêntico fenômeno: a posse (MESSINEO *apud* ALVES, 1990, p. 26-27, grifo do autor).

A posse, portanto, é o exercício da propriedade (JHERING, 1900, p. 61). É propriedade presumida (JHERING, 1900, p. 61), é a imitação da propriedade em sua manifestação exterior normal (JHERING, 1900, p. 177), ou, ainda, é o estado normal externo da coisa (JHERING, 1900, p. 217); é imagem (FULGENCIO, 1922, p. 8), é aparência (REZENDE, 1927, p. 21), é efetividade (SOUZA, 1927, p. 18), é, enfim, a visibilidade ou exterioridade da propriedade (JHERING, 1900, p. 274).

Deve-se salientar, por último, que se preferiu positivar²⁵ a própria posição do possuidor, particularizando o *exercício*, de sua parte, pleno ou não²⁶, de algum dos poderes

²³ Segundo De Plácido e Silva (1989, p. 271, grifo do autor): “Derivado do latim *factum*, de *facere* (fazer, causar), é genericamente indicativo de todo *acontecimento* ou de todo *ato*, ou seja, de tudo que *acontece*, *que se faz* ou *que é feito*”. Outrossim: “De igual modo, entende-se *posse de fato* a que se tem *efetivamente*, *realmente*, pela *detenção da coisa* [...]. Em tal circunstância *fato* é o concreto, positivo, real, visto” (SILVA, 1989, p. 272, grifo do autor).

²⁴ Por outras palavras, também, cumpre fazer referência à doutrina de Barbero, para quem titularidade significa que o “direito pertence”, enquanto que posse quer dizer que “ele de fato é exercitado” (ALVES, 1990, p. 74). Aliás, segundo esse mesmo autor, por ser um fato, e não direito, a posse deve ser caracterizada como *factum possessionis* (ALVES, 1990, p. 25).

²⁵ Art. 485 do CC/16: “Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”. Essa redação não sofreu alteração no CC/02, salvo na pontuação, dispondo o art. 1.196: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

²⁶ Cumpre fazer referência, neste tocante, às duas formas de organização da posse, quais sejam a horizontal e vertical, expressões essas retiradas da doutrina de Hernández Gil (ALVES, 1990, p. 32). A primeira relaciona-se com o conteúdo, dividindo-se em posse da coisa (correspondente ao direito de propriedade) e posse de direito (correlativo a direito real limitado), enquanto que a segunda refere-se à proximidade material com a coisa, distinguindo-se em posse direta e indireta (ALVES, 1990, p. 339). Estas últimas decorrem da cisão da posse plena (ALVES, 1990, p. 346). Assim, compreende-se que “[...] não se diz que a posse é o *exercício de fato de todos ou de alguns dos poderes inerentes à propriedade*, a traduzir a

inerentes à propriedade.

É uma eleição que se justifica, até porque à noção de posse, na teoria objetiva, compagina-se com o modo de seu exercício²⁷, relacionada, como visto, à visibilidade ou exterioridade da propriedade.

Estas foram, a propósito, as palavras de seu idealizador: “*O modo pelo qual o proprietário exerce de facto sua propriedade deve ser o critério da existencia da posse*” (JHERING, 1900, p. 195, grifo do autor).

Enfim, na síntese de Moreira Alves (1985, p. 370):

O que o Código Civil brasileiro acolheu da teoria de IHERING foi a orientação objetiva, por ele propugnada, de que decorrem estes princípios: a noção de posse como aparência do direito; a interdependência de seus elementos objetivo e subjetivo, à maneira da vinculação indissolúvel da idéia à palavra; e a lei como elemento distintivo da posse e da detenção, considerada esta como posse degradada, só existente, por isso mesmo, nos casos expressos em dispositivo legal. Por vezes, porém, fazem-se, em nosso Código, concessões à teoria subjetiva, que inspirou o substitutivo de BARRADAS e que remanesce em artigos que dele se originaram.

3 PANORAMA DA ARGUMENTAÇÃO

Dois são os fundamentos sobre os quais se assentou a convalidação dos vícios possessórios durante a vigência do CC/16. A ideia reforçou-se, principalmente, com o CPC/39, mas tornou-se insustentável, por incompatibilidade, perante o CPC/73, situação não alterada com a emergência do CC/02.

posse da coisa e a posse de direitos reais, mas se diz – para alcançar, inclusive, a posse direta da coisa, que resulta até de relações pessoais – *exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade [...]*” (ALVES, 1990, p. 283, grifo do autor).

²⁷ “A propria cosa, pelo estado em que se acha, anuncia sua relação possessoria. Se este estado é *normal* para ella, toda a pessoa que a ache deve dizer que essa relação local não se apoia na simples causalidade, mas na intenção, e que a coisa cumpre neste estado precisamente o seu destino econômico, que *serve* ao proprietário. Se é *anormal*, verá ella então de que modo a coisa fôra *subtraída* ao serviço do proprietário, e que a relação de *propriedade* está *perturbada* de fato (JHERING, 1900, p. 230, grifo do autor). Essa visibilidade ou possibilidade concreta de reconhecer a posse, portanto, é de uma importância decisiva para sua segurança (JHERING, 1900, p. 230), deste modo analisada: “A posse reconhece-se assim exteriormente ; os terceiros podem saber se a relação possessoria é normal ou anormal. Qualquer um póde apreciar por esse modo o valor da noção que eu assentei acerca de uma das questões mais importantes da theoria possessoria. A theoria reinante não nos presta auxilio algum ; limita-se a ensinar ao possuidor se elle continúa possuindo, porém nada nos diz como os terceiros devem reconhecer se elle possui ou não” (JHERING, 1899, p. 145).

Para facilitar a compreensão da matéria, conquanto relativamente próximos, podem ser apartados dois argumentos em abono da referida tese, quais sejam: o caráter temporário dos vícios possessórios²⁸ e, paralelamente, a abolição da ação de força velha do ordenamento jurídico.

Convém esclarecer, por oportuno, que, considerando a independência entre os juízos petitórios e possessórios²⁹⁻³⁰⁻³¹, eventual convalescimento dos vícios, por assim dizer,

²⁸ Os vícios da posse subdividem-se em subjetivos e objetivos. Dos primeiros, caracteriza-se a posse de boa ou má-fé, ao passo que, dos segundos, fala-se em posse justa ou injusta. Diferenciam-se em deferência exatamente ao aspecto subjetivo, ou psicológico, da ciência por parte do possuidor que sua posse é legítima, nos termos do art. 1.201 do CC/02 (“É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”), e ao aspecto objetivo, ou referente ao modo como a relação possessória é instaurada, que admite, segundo o art. 1.200 do CC/02 (“É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”), três tipos: pela violência, seja física, seja moral, pela clandestinidade, quando ocorre a ocultação dos atos ofensivos, e pela precariedade, quando há abuso de confiança na relação entre os sujeitos de direito. Vale ressaltar que os vícios apreciam-se no momento da origem da posse, à exceção da precariedade, cuja manifestação somente ocorre quando há a quebra da confiança depositada (REZENDE, 1929, p. 62); ou seja, a injustiça não está na precariedade da posse, mas, sim na recusa de sua devolução (BESSONE, 1996, p. 108).

²⁹ “O emprego desses adjetivos – por vezes substantivados – está consagrado para designar os juízos, as ações e os processos que têm por objeto, respectivamente, a posse como exercício de um poder de fato, à parte qualquer consideração em torno de seu possível fundamento jurídico, e a propriedade ou outros direitos reais sobre a coisa. Nos juízos possessórios cuida-se do assim chamado *ius possessionis* (expressão a que fazemos restrições pela sugestão aí contida de ser a posse em si mesma um direito, mas que aceitamos e empregamos em homenagem à brevidade). Já os juízos petitórios colocam em liça o *ius possidendi*, o direito à posse. Lá, o exercício de um poder fático sobre a coisa e tudo que importa; aqui, é da titulação jurídica para esse exercício que se indaga” (FABRÍCIO, 2001, p. 420).

³⁰ Conforme o art. 1.210, *caput*, do CC/02 (“O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”), são três as ações puramente possessórias, quais sejam o interdito proibitório, para o caso de ameaça da posse, a manutenção, em havendo turbação ou simplesmente incômodo, e a reintegração, reservada para a efetiva privação do poder fático. Segundo Serpa Lopes (1961, p. 183, grifos do autor): “A lesão à nossa posse assume uma certa gradação no tocante à sua gravidade; ela pode tomar um aspecto *recuperativo*, quando a lesão consistiu em ter o possuidor sido esbulhado na sua posse e pede nela ser restituído; pode assumir o caráter de *normalizador* da situação possessória, no caso de turbação, assegurando o exercício pacífico da posse; finalmente, pode ter o caráter meramente *preventivo*, quando a ação possessória se destine a assegurar o possuidor contra qualquer turbação que tenha fundados receios de que ocorra. Conseqüentemente, a primeira categoria destina-se à recuperação; as duas últimas têm por objetivo a conservação ou a manutenção”. Outrossim, no resumo de Arnaldo Wald (1985, p. 103): “O proprietário na defesa dos seus direitos pode recorrer aos interditos possessórios e às ações tuitivas da propriedade. Estando na posse do bem que lhe pertence, o titular do direito tem uma opção entre os recursos possessórios (legítima defesa, interditos de manutenção e de reintegração, interdito proibitório) e as ações fundadas no seu título. Muitas vezes, preferirá os primeiros, nos quais a sua prova se limita a uma situação de fato. Em outras ocasiões, em que não é possuidor ou em que a prova da posse se torna difícil, intentará as ações tuitivas da propriedade”. Deve-se salientar, ainda, que, para os fins deste estudo, será a hipótese do esbulho particularmente enfocada, uma vez que opera exatamente o término da posse de um e o início da de outro, admitindo, como se verá, sua caracterização como posse velha.

³¹ Por último, convém ainda precisar que os vícios da posse são relativos, isto é, somente se referem ao ofensor e ao possuidor molestado, de sorte que terceiros não podem levantar como exceção o vício da posse em nome de outrem. O vício, portanto, não é da posse mesma (MIRANDA, 1954, p. 121), não lhe é orgânica (MIRANDA, 1954, p. 124). Em resumo, segundo Adroaldo Furtado Fabrício (2001, p. 383, grifo do autor) “A posse, com o ser viciada, não deixa por isso de ser posse, e a resultante *injustiça* é eminentemente relativa. Apenas no eventual litígio com aquele que haja sofrido os efeitos do ato viciado, poderá ser negada ao ‘possuidor injusto’ a tutela possessória, pois sucumbirá ele à chamada *exceptio viciosae possessionis*. O que destaca a mencionada relatividade da ‘injustiça’ da posse é o fato de que tal exceção só pode ser

seria exclusivo deste último âmbito, porquanto, no caso do proprietário ser ofendido, facultase o aforamento da ação reivindicatória, “meio por excelência de proteção da propriedade” (ALVES, 1983, p. 390), com fundamento no direito real, ou titularidade jurídica, sobre a coisa, a qual é “[...] exeqüível contra qualquer em poder de quem esteja a coisa, seja a que título fôr” (SANTOS, 1961, p. 287), corolário do princípio da especialização ou da inerência (ALVIM, 1987, p. 50), também chamado de aderência (FRANÇA, 1971, p. 102), que, metaforicamente, “[...] em toda a sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam usurpações; acompanhará sempre a coisa” (GOMES, 1997, p. 8).

Não é porque póde usar, fruir e dispôr da cousa ou tê-la em seu poder, que o proprietario tem dominio, mas compete-lhe o direito de usar, fruir e dispôr da cousa *porque sobre ella tem dominio*. O dominio não é o poder completo omnimodo, sobre a cousa, nem o direito real que submete a cousa ao poder de nossa vontade: a cousa que vamos reivindicar não está sujeita ao poder de nossa vontade, sim ao poder da vontade alheia, e todavia é nossa e não alheia ; ter dominio não é pois possuir, posto possua de ordinario quem tem domínio (ALMEIDA, 1908, p. 68-71, grifo do autor).

Extrai-se do caráter assinalado, assim, o direito de seqüela:

O característico do direito de seqüela consiste, pois, na prerrogativa concedida ao titular do direito real de pôr em movimento o exercício do seu direito sôbre essa coisa a êle vinculada, contra todo aquêle que a possua injustamente ou seja seu detentor. Representa, assim, uma expressão cômoda para traduzir esta oponibilidade do direito de propriedade (LOPES, 1961, p. 29).

Qualquer controvérsia a respeito da posse, portanto, e é fundamental compreender esta ideia, e naturalmente excetuada eventual aquisição livremente transacionada, somente se

oposta pelo lesado, nunca por terceiro”. Exceção a essa regra, no entanto, é o disposto no art. 1.212 do CC/02, uma vez que autoriza a reintegração quando o terceiro que *recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era*, isto é, quando esteja de má-fé. Toda demanda possessória, portanto, cinge-se a aferir a ocorrência desses vícios, nessa dinâmica própria, entre o possuidor sedizente ofendido em sua posse e aquele indigitado como o responsável pela violação. No juízo petitório, a seu turno, deve-se perquirir acerca da oponibilidade de título ao direito real, de modo que não se confunde com a posse injusta do juízo possessório, que é limitada, em regra, pela relatividade. Tanto a usucapião como um vínculo obrigacional, assim, têm o condão de obstar a reivindicação. Conforme a doutrina de Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello (1997, p. 42): “[...] o conceito de posse injusta, embora mais amplo que a posse de boa fé, deve ser entendido como a detenção ou a posse sem título de propriedade ou sem o caráter de posse direta adquirida por meio das vias adequadas, de modo que a existência de um vínculo obrigacional ligando o possuidor ao reivindicante afasta o cabimento da reivindicatória, por ausência de posse injusta, tal como ocorre, v. g., nos casos de locação, comodato, promessa de compra e venda etc.”.

encerra com a usucapião³², oportunidade em que os vícios, em definitivo, são purgados para todos os efeitos legais, fulminando-se toda e qualquer ação real para a tutela da propriedade³³.

Operando a aquisição de certos direitos reais, extingue a usucapião, por via oblíqua, a ação que os defendia. Vale dizer: a só prescrição extintiva seria insuficiente para que esta pudesse elidir-se: não bastam o transcurso do tempo e a inércia do titular, senão que, concomitantemente, os direitos reais por ela tutelados tenham sido adquiridos por outrem através de posse hábil – *ad usucapionem* (NEQUETE, 1981, p. 20).

A usucapião, assim, na perspectiva da inexistência de relação pessoal entre sujeitos de direito (COVIELLO *apud* NEQUETE, 1981, p. 36), é modo de aquisição originário da propriedade.

Não se adquire “de alguém” pela usucapião. Na usucapião, o fato principal é a *posse*, suficiente para originariamente se adquirir; não, para se adquirir *de alguém*. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, *antes* que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não mais pode subsistir, suplantado por aquele. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, ou nascer de um outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, tampouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente (MIRANDA, 1998, p. 227, grifo do autor).

Feita essa breve abordagem, passa-se, finalmente, a conhecer e enfrentar os argumentos que constituem o principal objeto deste estudo.

³² O verdadeiro gênero da palavra, conforme sua raiz latina, assim como no francês e no espanhol, é o feminino, tendo Coelho Rodrigues masculinizado a palavra em seu projeto de Código Civil (CAMPELLO *apud* NEQUETE, 1981, p. 11). Pontes de Miranda (1991, p. 92), entretanto, atribui a Rui Barbosa o que reputa de *grave* erro linguístico.

³³ A prescrição extintiva, embora haja divergência na doutrina, como o entendimento de Ovídio Araújo Baptista da Silva (1998, p. 227-228) – e de Pontes de Miranda, a quem o jurista faz referência – portanto, não tem o condão de obstar a propositura da reivindicatória pelo proprietário. “É que nem todos os direitos reais são suscetíveis de se extinguir pela simples inércia de seu titular. O usufruto, as servidões, a hipoteca, certo, deixam de existir pela prescrição extintiva: o usufruto pelo não uso por dez ou quinze anos (C.C., art. 739, VI); as servidões igualmente pelo não uso durante dez anos contínuos (C.C., art. 710, III); a hipoteca pela prescrição da obrigação principal (C.C., art. 849, VI). Mas não assim o direito de propriedade, com as ações correlatas, quais – entre outras – a reivindicatória, a divisória e a demarcatória. A propriedade, com efeito, não deixa de subsistir pelo só fato de que o *dominus* deixe de praticar na coisa, por um tempo maior ou menor, algum ato de posse: a lei, assegurando ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (C.C., art. 544), confere-lhe por isso mesmo o direito de não fruí-los sempre que lhe aprouver. De sorte que a este respeito a única prescrição possível é a aquisitiva, isto é, quando aquele que se opõe à ação de reivindicatória, de divisão ou demarcação, exhiba, à evidência, que a propriedade nele se consolidou pela posse prolongada, revestida dos caracteres que configuram a usucapião” (NEQUETE, 1981, p. 20). No mesmo sentido, a doutrina de Arnaldo Wald (1985, p. 104): “O princípio básico é pois que, enquanto há propriedade, não prescreve a reivindicatória. Quando se extingue a propriedade, a ação desaparece por não poder perdurar sem o direito que defende”.

3.1 PRIMEIRO ARGUMENTO: A TEMPORARIEDADE DOS VÍCIOS DA POSSE

Ao lado de ter perfilhado a teoria objetiva, na metábole que culminou na codificação, promoveu-se, igualmente, profunda modificação no que concerne aos vícios possessórios, positivada no art. 497, *in fine*, do CC/16, assim redigido³⁴:

Art. 497. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade.

É de bom alvitre, assim, primeiramente, conhecer a exegese proposta pelo próprio Clóvis Bevilacqua (1930, p. 24):

Na segunda parte do artigo, o Código deixou a doutrina romana mais rigorosa, porém mais justa, para adotar a franchezza e italiana, que é mais pratica.

Em face deste artigo, o vicio da violencia e da clandestinidade são temporarios, quando por direito romano prevalecia a regra: *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*. Pelo Código Civil, desde que a violencia e a clandestinidade cessam, a posse começa a firmar-se utilmente, de modo que, passados annos, não seja o possuidor despojado della, simplesmente por esse vicio originário.

A interpretação do trecho destacado, se não lido detido e atentamente, sobremaneira dentro da sistemática da disciplina da posse e seus efeitos, pode induzir em erro, razão por que convém precisar em seus devidos termos: os vícios da violência e da clandestinidade são temporários; desde que a violência e a clandestinidade cessam, esses *atos*, e não os vícios em si (!), a posse começa a firmar-se de modo útil (expressão essa estrangeira que pode ser tranquilamente substituída por posse *ad usucapionem*); e, por último, esse possuidor não poderá ser *simplesmente* despojado pelo *vício originário* (isso porque gozará de relativa tutela, que, em outras palavras, é a posse *ad interdicta*).

Logo se vê, como na letra da lei, que não há qualquer afirmação quanto ao termo *ad quem* dos referidos vícios, *id est*, quanto à convalidação da ilicitude. É a facticidade da violência e a clandestinidade que cessam, não seus respectivos vícios, *os quais persistem originários*, repercutindo na usucapião e na tutela possessória. A norma compagina-se,

³⁴ Norma essa que sofreu alteração apenas na pontuação, perante o CC/02, dispondo o art. 1.208: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

portanto, às disposições referentes a esses dois efeitos, não devendo ser lida separadamente para sua perfeita inteligência.

Em segundo lugar, cumpre esclarecer que ela resultou do *Projeto Revisto*³⁵, podendo-se colher, em direito comparado, disposições similares como, para citar alguns, no Código Civil Francês de 1804³⁶, no Italiano de 1865³⁷ e de 1942³⁸, no Espanhol de 1889³⁹ e no Português de 1966⁴⁰.

Como sabido, a posse *ad usucapionem*, como tal, exige, além do decurso de tempo previsto em lei, a presença de determinados requisitos para que autorize a aquisição da propriedade⁴¹. Dentre esses, interessa que a posse seja pacífica, isto é, “[...] que se tenha estabelecido e se exerça sem violência [...]” (NEQUETE, 1981, p. 137).

Foi para abrandar essa condição que se inovou, e esta é sua fonte legal, no Código Napoleão, dispondo que, cessada a violência, a posse torna-se suscetível de usucapião (REZENDE, 1937b, p. 53):

Relativamente, porém, ao usocapião, o direito romano dispunha de maneira diferente: o usocapião das coisas furtadas (*res furtivae*), como a dos imóveis possuídos por meio da violência, era proibida. Esta proibição applicava-se não sómente ao ladrão e ao esbulhador, os quaes por sua má fé eram feridos de incapacidade para usocapir, como ainda a todos os possuidores de bôa fé, a quem a coisa furtada, ou possuída por força, era sucessivamente transferida. Para que a coisa se tornasse susceptível de usocapião, era preciso que ella reentrasse no poder do seu proprietario ou do possuidor esbulhado.

³⁵ É o que afirma Bevilacqua (1956, p. 51): “Foi o Código Civil que, por influência da Comissão Revisora, rompeu com a tradição, que parecia extremamente rigorosa e contrariava interesses de ordem pátria”.

³⁶ Art. 2.263. “Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d’opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé”.

³⁷ Art. 689. “Parimente gli atti violenti o clandestini, non possono servire di fondamento all’acquisto del possesso legittimo: esso tuttavia può cominciare quando la violenza o la clandestinità siano cessate”.

³⁸ Art. 1.163. “Vizi del possesso. Il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l’usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata”.

³⁹ Art. 444. “Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”.

⁴⁰ Art. 1.297. “Posse violenta ou oculta. Se a posse tiver sido constituída com violência ou tomada ocultamente, os prazos da usucapião só começam a contar-se desde que cesse a violência ou a posse se torne pública”.

⁴¹ “A posse que produz a usucapião comprehende sempre a que serve de base aos interdictos, e della não differe senão porque exige algumas condições a mais. O que possui *ad usucapionem* tem sempre tambem direito aos interdictos: mas a inversa não seria verdadeira” (REZENDE, 1929, p. 58). A posse pode ser classificada, assim, em *ad interdicta* e *ad usucapionem* (FRANÇA, 1971, p. 46): a primeira consagrando a admissibilidade da tutela possessória, enquanto que a segunda sua capacidade para ser adquirida a propriedade pela usucapião.

O Código Napoleão, logo seguido pelos demais códigos, alterou estes princípios, estabelecendo que logo que a violência cessa, a coisa torna-se susceptível de prescrição aquisitiva.

É o que se colhe, igualmente, em Hersilio de Souza (1927, p. 123-124, grifo do autor):

Segundo o Direito Romano, a posse tomada com violência nunca se poderia legitimar; as coisas não podiam ser prescriptas nem mesmo pelo adquirente de boa fé, que as houvesse recebido do autor do esbulho ou do furto; *Lafayette*, Direito das Causas, § 66.

Segundo o Direito Moderno, porém, foi moderado esse rigor. Embora logicamente não se devesse legitimar nunca o que foi adquirido contra a lei, porque, no dizer de *Laurent*, *Droit Civil*, 664, “a força não pode fundar direito”, contudo, o nosso Código acompanhou o Cod. Civ. Francez, art.º 2233, e os outros que se lhe seguiram e determinou que, cessada a violência ou a clandestinidade, torna-se possível a aquisição da posse; e a razão disto é que, por uma parte, não tendo reclamado seu direito o esbulhado, consentiu no acto; e, por outra parte, não se pode deixar por muito tempo sem segurança a situação de qualquer individuo na sociedade: razões estas que justificam em geral o usucapião, aceito por todas as legislações actuaes.

Assim, a origem da norma bem evidencia sua vocação social, pois formulada justamente para normalizar a situação patrimonial no período posterior à Revolução Francesa, no período tempestuoso após a queda do *Ancien Régime*, alinhando-se, em termos ideológicos, com os reclamos da ascendente burguesia. Analogamente, repetiu-se no século seguinte na Itália, em decorrência da situação das colônias e da Primeira Guerra Mundial, notadamente por força do período de instabilidade política que se lhe seguiu.

Essa é a lição da doutrina portuguesa, que, aliás, não a julga perfeitamente aplicável pela não coincidência dos fatores que a justificam:

Historicamente, cumpre lembrar que o Código NAPOLEÃO, de 1804, pretendeu pôr uma pedra sobre as muitas situações violentas constituídas durante a Revolução Francesa: daí advieram soluções como a da posse vale título - artigo 2279º - e da prescrição mesmo perante a posse violenta, quando cesse a violência - artigo 2233º. Quanto ao Código italiano, cujo artigo 1163º (“A posse adquirida de modo violento ou clandestino não opera para a usucapião a não ser a partir do momento em que cessem a violência ou a clandestinidade”) esteve claramente na origem do nosso artigo 1297º: já se tem dito que ele visou normalizar situações de tipo colonial e situações decorrentes da Guerra de 1914-1918 e das perturbações político-sociais subseqüentes. Tudo isto está longe do sentir português, cujas

facetas não violentas devem ser preservadas. De novo verificamos que o Código Civil de 1966, na parte atinente ao Direito das Coisas, foi prejudicado pela falta de estudos preparatórios aprofundados (CORDEIRO, 1999, p. 98-99).

Diferentemente do direito romano, portanto, e mesmo do direito anterior à Codificação Brasileira⁴², o vício da violência era indelével. É o que exaustivamente expõe Lenine Nequete (1981, p. 137-138):

Outrora, como ensinavam RAVIART e TROPLONG, para não mencionar mais que estes, o vício da violência era perpétuo, como no direito romano: a posse adquirida pela violência permanecia sempre viciosa, não dando lugar aos interditos, nem à usucapião, a não ser quando o vício se purgava pela volta da coisa às mãos do legítimo possuidor. Nem dispunha diferentemente o nosso direito anterior: o vício da violência continuava, inobstante a posse, no decurso da sua duração, se tornasse pacífica; e, enquanto não purgado, impedia a prescrição, se bem não se transmitisse à posse de terceiro que, em boa-fé, recebesse a coisa do esbulhador: o que, de certo modo, seria mais eqüitativo, como propugnam, *v. g.*, LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE & ALBERT TISSIER, por isso que “legitimar a posse desde que a violência cessou é legitimar a força mesma, de sorte que jamais alguém recuará em emprega-la, na esperança de que, cessada, será o ato ilícito consagrado pela lei”.

Essa é a justificação, pois, para qualificar-se a posse de útil, como o fazem Tito Fulgencio (1922, p. 73), Azevedo Marques (1923, p. 37), Clóvis Bevilacqua (1930, p. 24), Washington de Barros Monteiro (1953, p. 45) e Carvalho Santos (1961, p. 76-79), ou de *legítima*, empregada por Astolpho Rezende (1929, p. 136-138) e Paulo Rodrigues Teixeira (1923, p. 72), as quais simplesmente se equivalem, segundo o direito francês e italiano, à posse *ad usucapionem* (ALVES, 1987, p. 21), de sorte a viabilizar, após o decurso temporal da lei, a aquisição da propriedade.

No que se refere à clandestinidade, operou-se a mesma mudança:

No direito anterior, o vício da clandestinidade persistia ainda que a posse viesse a se tornar pública, tampouco deixando de subsistir pelo conhecimento dado ao antigo possuidor; e, ao contrário, o que começasse a possuir publicamente,

⁴² “A posse jurídica é a base fundamental de toda prescrição aquisitiva; mas carece que ela seja adquirida de um *modo justo*, isto é, que não *começasse* ou por violência (*vi*) ou clandestinidade (*clam*), ou a título precário (*precario*). O vício da violência continua a subsistir, ainda que a posse no decurso da sua duração se torne pacífica; e, enquanto não é expurgado, impede a prescrição [...]” (PEREIRA, 1956, p. 174-175, grifo do autor). A corroborar a dissimetria entre os sistemas, em nota de rodapé, Lafayette (1956, p. 175) destaca: “No Direito francês o vício da violência se extirpa pela continuação pacífica da posse”; e destaca, outrossim: “O vício da violência se expurga, ou quando a coisa volta ao poder do espoliado e êste a restitui ao espoliador, ou quando consente expressamente na continuação da posse começada por esbulho (PEREIRA, 1956, p. 175).

mesmo que depois viesse a ocultar a coisa, nem por isso fazia com que a sua posse se transformasse em clandestina.

Atualmente, é inadmissível esta doutrina, de resto incompreensível. Somente cessada a clandestinidade é que a posse se faz útil (C.C., art. 497) [...] (NEQUETE, 1981, p. 143).

A precariedade, todavia, deixou de constar ao lado dos demais vícios no dispositivo enfrentado, lacuna que, observada por Azevedo Marques (1923, p. 35), propôs-se a resolver nos seguintes termos:

[...] a precariedade não cessa enquanto o detentor possuir pelo título primitivo precario. Esse título não se transforma em título habil pela simples vontade do detentor, nem pelo decurso do tempo; mas extingui-se-á completamente se for substituído por outro, havendo então uma verdadeira solução de continuidade entre a posse precaria e inútil e a posse legítima e útil. Desaparecido assim o título precario, não há mais discutir com elle, que extinguiu-se, mas tão sómente com o novo título que o substituiu e de cuja data decorrem os efeitos possessorios (MARQUES, 1923, p. 36).

Com relação à mudança do título pelo qual se possui⁴³, deve-se salientar antiga regra referida pelo jurista romano Paulo: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest – a ninguém é lícito mudar o título de sua posse* (RIBAS, 1901, p. 85).

A origem desse enunciado prende-se às vantagens da usucapião *pro herede*⁴⁴, pois esse título dispensava a prova da boa-fé e reduzia o seu prazo a um ano, de sorte que se beneficiaria aquele que, por um cálculo imoral, arbitrariamente transformasse o título de sua posse (RIBAS, 1901, p. 85-86).

Entretanto, semelhante norma não é inderrogável:

Não se deve, porém, pensar que é absolutamente impossível que o que possui por um título possa, em caso algum, vir a possuir por outro título.

Dado o concurso de pessoa legalmente habilitada para este fim, ou a superveniência de certos factos, esta mudança é juridicamente possível e eficaz.

⁴³ “A palavra *título*, na linguagem vulgar e por vezes na forense, significa o documento com que se provão, ou se pretende provar, os direitos ou obrigações. Mas, na tecnologia jurídica, título é o fundamento da aquisição dos direitos, ou a *causa* dos direitos. Assim, título da posse é a causa donde ella provém” (RIBAS, 1901, p. 69, grifo do autor).

⁴⁴ “Assim, primitivamente denominava-se a posse, que alguém tomava de uma coisa hereditária, em cuja posse ainda não havia entrado o herdeiro. Este título de posse habilitava para a usucapião, independentemente de boa fé, e só pelo lapso de um anno, ainda quando se tratava de bens imóveis. A razão destes favôres a uma posse e usucapião tão improbas, é que se quiz por este meio estimular os herdeiros a apressarem a adição da herança, afim de que não faltasse quem fizesse os sacrifícios, e quem respondesse aos credores pelas dividas das heranças” (RIBAS, 1901, p. 73-74).

Assim, se vier a comprar do proprietário, ou de quem se julga o proprietário, aquilo que se possui de má fé, muda-se validamente o título da posse.

O mesmo sucederia, se viesse a comprar a coisa que se houvesse recebido em depósito ou comodato; ou se o espoliador recebesse do espoliado, em precário ou por compra, a coisa sobre que anteriormente havia recaído o espólio; ou vice-versa, se o locatário expellir o locador do prédio locado.

Nestes, e em outros casos semelhantes, muda-se legalmente o título da posse; o que não é possível fazer-se, é mudá-lo por mero acto da vontade do possuidor (RIBAS, 1901, p. 87-88, grifo nosso).

Vê-se, assim, que era perfeitamente admissível no direito anterior que o locatário, que era detentor, modificasse o seu título ou *causa possessionis*, passando a ostentar a qualidade de possuidor injusto, o que se convencionou denominar de *interversão* ou *inversão*⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷. Nada havia, pois, que impedisse a precariedade de aparelhar-se ao lado dos demais vícios como posse injusta.

Quem sustenta a posse na precariedade, ocultando a modificação de seu título,

⁴⁵ Pertinente são as palavras de Darcy Bessone (1996, p. 110, grifo do autor), que assim a resume: “A *interversão* pode resultar de relação contratual ou de ato unilateral do possuidor. Se o locatário, por exemplo, adquire o domínio da coisa locada, comprando-a do locador, ele, que a possuía a título de locatário, passará a possuí-la a título de dono. O título da posse altera-se, então, em consequência de um novo contrato. Pode a *interversão* verificar-se independentemente de relação com a outra parte, operando-se por uma atitude ostensiva e inequívoca. Assim, se o depositário se recusa a restituir a coisa ao depositante e invoca outro título para possuir, como, por exemplo, quando alega que se tornou dono dela, o título da posse se modifica por ato unilateral. Jhering considera que a vontade não tem, por si mesma, força para modificar o título. Não poderia o ato volitivo unilateral modificá-lo. A esse ponto de vista, que de um modo geral é acolhido, abre-se exceção no caso em que a modificação não decorra apenas de ato de vontade, mas, sim, de ato material exterior e inequívoco. Verifica-se, nessa hipótese, a *interversão* do título não apenas por efeito da vontade, mas por efeito da exteriorização dela, através de atos concretos e materializados”. Por oportuno, faz-se a lembrança que o estudo mais completo que se encontra sobre o tema é desenvolvido por Fábio Caldas de Araújo (2007, p. 332-350).

⁴⁶ Há disposição específica no Código Civil Francês, *ex vi* do art. 2.268: “Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2266 et 2267 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d’un tiers, soit par la contradiction qu’elles ont opposée au droit du propriétaire”; no Código Civil Italiano, em mais de um dispositivo: no art. 1141 (Mutamento della detenzione in possesso): “Si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione. Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finché il titolo non venga a essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore. Ciò vale anche per i successori a titolo universale”; no art. 1164 (Interversione del possesso): “Chi ha il possesso corrispondente all’esercizio di un diritto reale su cosa altrui non può usucapire la proprietà della cosa stessa, se il titolo del suo possesso non è mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il diritto del proprietario. Il tempo necessario per l’usucapione decorre dalla data in cui il titolo del possesso è stato mutato”; e, ainda, no Código Civil Português, conforme art. 1265 (Inversão do título da posse): “A inversão do título da posse pode dar-se por oposição do detentor do direito contra aquele em cujo nome possuía ou por acto de terceiro capaz de transferir a posse”.

⁴⁷ “Mas, se o detentor da coisa a retém em nome de terceiro, como se é locatário ou comodatário, a simples deliberação de querer possuí-la como própria não é suficiente para instaurar a posse; é mister ou o consentimento do antigo possuidor, ou um ato externo que manifeste de um modo sensível a nova resolução, como a subtração da coisa ou a recusa de entrega” (PEREIRA, 1956, p. 45).

nada mais faz, a bem da verdade, que possuir clandestinamente. Tornada aparente, no entanto, reduz-se, como qualquer oposição ilícita, e é essa sistemática que deve prevalecer, a uma posse violenta, a qual somente subsiste pela força, seja física, seja moral⁴⁸.

Silvio Rodrigues (1964, p. 41-42), todavia, opinou diversamente, articulando ser a precariedade o único vício que não convalesce:

E porque a posse precária não convalesce? O legislador naturalmente reage de maneira mais violenta na hipótese da precariedade, em razão dela implicar na quebra da confiança, na falta à fé do contrato. Mas, a meu ver, não é essa a razão principal.

A posse precária não convalesce jamais porque a precariedade não cessa nunca. O dever do comodatário, do depositário, do locatário, etc., de devolverem a coisa recebida, não se extingue jamais, de modo que o fato de a reterem e de recalcitrarem em não entregá-la de volta não ganha jamais fôros de juridicidade, não gerando, em tempo algum, posse jurídica.

Entretanto, é de convir que nada há de natural na diferenciação proposta, sendo no mínimo incompreensível, em similaridade de condições, que quem tenha iniciado a posse pela violência ou clandestinidade não tenha o mesmo dever de devolver a coisa esbulhada⁴⁹.

Percebe-se, na realidade, e esta parece ser a solução definitiva da *quaestio*, que a precariedade, qualificada como vício absoluto, repousa no simples fato de que convenções contratuais ordinárias, como a locação e o comodato, por exemplo, tendo como pano de fundo a teoria subjetiva, eram insuscetíveis mesmas de posse, conferindo somente a detenção da coisa, de modo que, por serem carentes do *animus* qualificado, impediam, com efeito, a

⁴⁸ “Há violência quando alguém, para obter a posse, emprega contra o atual possuidor a força ou a coação moral” (ALVES, 1987, p. 22). Da mesma forma, conforme Tito Fulgencio (1922, p. 32-33): “Nenhuma distinção faz a lei entre violencia physica e violencia moral, nem o seu espirito a autoriza, porque, ou se entre na posse de meu predio usando contra mim da força physica, e se a tóme, empregando a intimidação ou o abuso de posição, sempre ha uma perturbação da ordem social. Em um e em outro caso substitue-se o poder da lei pelo poder privado e dest’arte se attenta contra a paz juridica, sem a qual é impossível o viver civil”.

⁴⁹ Embora Benedito Silvério Ribeiro (2010, p. 722-723), em seu Tratado de Usucapião, inicie a exposição afirmando que a posse injusta não se converte em justa, pois a ninguém é dado mudar a causa de sua posse, nem mesmo em razão do tempo, logo em seguida vai ressaltar que a violência e a clandestinidade são *vícios temporários*, desde que cessados, podendo produzir efeitos na órbita do direito, apesar da impossibilidade da mudança sobrevir em razão de atos do possuidor vicioso, o que, afinal, não se coaduna com o que assevera adiante, pois a violência cessa após a anualidade da posse (RIBEIRO, 2010, p. 766), ao passo que a clandestinidade quando se tornarem públicos os atos do possuidor (RIBEIRO, 2010, p. 770); e que, conquanto também afirme que a precariedade não cessa nunca (RIBEIRO 2010, p. 723), defende finalmente a admissibilidade da interservação da posse até mesmo por parte do próprio possuidor (RIBEIRO, 2010, p. 724), como vai explicitar, mais à frente, no exemplo do locatário: “Todavia, invertido o título da posse, pela negação do pagamento dos locativos e oposição ao direito do proprietário, terá aquele que se revestir de um ânimo tal que inculca atos inequívocos de vontade da inversão da modificação dessa posse precária para aquela a título de proprietário” (RIBEIRO, 2010, p. 746).

usucapião, que exige o irrefragável assenhoreamento da coisa⁵⁰.

Essa, aliás, é a própria doutrina exposta no *Direito das Cousas*, de 1877, de Lafayette Rodrigues Pereira (1956, p. 176, grifo do autor):

O título precário exclui a intenção e possuir a coisa como própria, e pois torna impossível a prescrição.

A **precariedade**, visto que é incompatível com a prescrição, constitui vício absoluto: podem invocá-la não só aquêle cuja confiança foi iludida, como quaisquer interessados.

Nada mais lógico, assim, que a precariedade viesse excluída pelo art. 497, *in fine*, do CC/16, porquanto sua inclusão remonta ao substitutivo de Barradas ao *Projeto Primitivo* de Bevilacqua, a qual seguia, como já dito, a teoria subjetiva (ALVES, 1985, p. 360), justificando, dessarte, sua proximidade com as disposições referentes, por exemplo, aos Códigos Civis da França e Itália, que também são subjetivos (ALVES, 1987, p. 21).

A verdadeira *ratio* da norma, portanto, é impedir que corram os prazos da prescrição extintiva e aquisitiva, enquanto impossível exigir-se do proprietário o conhecimento da posse de outrem⁵¹. O que sucede, por conseguinte é um obstáculo legal que, em face do postulado da relatividade dos vícios possessórios, torna relativamente inoponível a posse do esbulhador, retirando sua eficácia exclusivamente contra a pessoa do esbulhado, até que se permita a ciência da ilicitude e, por corolário, o exercício da pretensão recuperatória⁵².

Hoje, portanto, é plenamente admissível a usucapião da posse viciada pela precariedade. É o que também defende Lenine Nequete (1981, p. 127-128):

E, assim, ao contrário do que ocorria no direito anterior, já agora essa posse não é inútil para a usucapião. Pelo contrário. Porque lá o que impedia a prescrição não era propriamente o fato da precariedade [mas na realidade o era, porém não

⁵⁰ E não só, mas também a boa-fé (RIBEIRO, 1956, p. 172), de sorte que se a posse fosse iniciada pela violência, clandestinidade ou precariedade, vícios em que se avulta a má-fé, não haveria como aproveitá-la para a usucapião (RIBEIRO, 1956, p. 174-175).

⁵¹ Impõe-se recordar, neste tocante, um dos fundamentos da usucapião. Consoante expõe Lafayette Rodrigues Pereira (1956, p. 168, grifo do autor): “A negligência do proprietário não é propriamente uma razão determinante da prescrição aquisitiva, mas intervém como uma consideração moral de grande valor para pô-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo que à primeira vista se lhe atribui. Com efeito, antes de consumada a prescrição, subsistem em pleno vigor os direitos do proprietário; pode êle fazê-los valer pelas ações competentes; pode ainda salvá-los pela interrupção: tudo depende de sua liberdade. Se se conserva na inércia e deixa correr o prazo que a lei lhe concede, a culpa é sua: o direito não lhe foi violentamente arrebatado, mas por sua negligência permitiu que lhe fôsse tirado. Há, sem dúvida, em obrigá-lo a obrar dentro do prazo marcado, uma certa coação; mas é um sacrifício que o bem geral impõe ao interesse particular”.

⁵² Esse tema foi abordado e defendido por este articulista, com maior aprofundamento, na monografia *A violência e a clandestinidade não cessadas como causas impeditivas da tutela possessória*.

somente], mas a má-fé nela ínsita; ao passo que no direito atual, dispensada a boa-fé na prescrição extraordinária, equivale justamente o ato de recusa a uma inversão do título, uma oposição ao direito do proprietário, que imprime à posse o *animus domini*.

Os vícios da posse, ao fim e ao cabo, qualquer deles, convalescem pelo decurso do tempo – mas somente pela usucapião, repisa-se. O que ocorre, na verdade, que o dispositivo *sub examinar* procurou normatizar, *opera-se no plano fático*, e não propriamente no jurídico: são os atos que configuram a injustiça da posse que admitem cessação, autorizando, ato contínuo, o início da posse viciada do esbulhador, isso para efeito, a partir de então, de iniciar os prazos da prescrição extintiva, em prejuízo do ofendido, e da aquisitiva, em favor espoliador⁵³.

Deve ser lido com reservas, portanto, o que de todo modo é justificável e constitui o cerne do segundo argumento, o disposto no inciso IV do art. 520 do CC/16⁵⁴, pois a perda da posse é imediata ao ato de apossamento, e não, como insinuado pela letra da lei, após o transcurso de tempo competente⁵⁵ – a não ser que se confunda esse lapso exatamente com a faculdade de restauração da posse viciada *manu militari*, ao ter-se conhecimento da ofensa possessória. Entre as posses do esbulhado e esbulhador, a bem da verdade, há fremente *solução de continuidade*.

Essa é inteligência da doutrina de Pontes de Miranda (1954, p. 267-268) ao desatar esse nó górdio:

O art. 520, IV, diz que se perde a posse pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se êsse não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente. Tem-se lido o art. 520, IV, como se dissesse que só se perde a posse se, após o esbulho, houver decorrido o tempo de ano e dia. O art. 520, IV, tem de ser interpretado em consonância com o art. 497, 2.ª parte, que é da máxima relevância no sistema jurídico brasileiro (“não autorizam sua aquisição” – a da posse – “os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade”). Cessada a violência, ou a clandestinidade,

⁵³ “A lei diz bem – não autorizam a sua aquisição, porque, em verdade, uma posse em seu começo pacífica não se torna violenta pela superveniência da violência, tanto mais quanto sempre foi considerado lícito repelir a força pela força na defesa da posse” (SANTOS, 1961, p. 76). Mais propriamente, a lei não autoriza a aquisição exatamente para não caracterizar a posse em favor do esbulhador, conformando, portanto, de acordo com a teoria de Jhering, a detenção (ALVES, 1987, p. 6).

⁵⁴ Art. 520. “Perde-se a posse das coisas: I - Pelo abandono. II - Pela tradição. III - Pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora de comércio. IV - Pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente. V - Pelo constituto possessório. Parágrafo único. Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem”.

⁵⁵ É o que defende aquela que se poderia denominar de doutrina clássica do direito civil, como Washington de Barros Monteiro (1953, p. 77-78), Carvalho Santos (1961, p. 242), Silvio Rodrigues (1964, p. 61-62) e Orlando Gomes (1997, p. 59-60). De sua parte, Caio Mário da Silva Pereira (1974, p. 55) expõe a questão nos seus devidos termos: “[...] é da essência da posse a exclusividade. E, pois, se *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt* [muitos não podem possuir em sólido a mesma coisa], a tomada de posse por um importa, necessariamente, na sua perda pelo anterior”.

tem o possuidor a seu líbrito a justiça de mão própria (art. 502, 2.^a parte, *verbis* “restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo”) e a justiça estatal (art. 499: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbacão, e restituído, no de esbulho”). Tempo competente, no art. 520, IV, não é o lapso correspondente à preclusão (ter-se-ia de perguntar se o prazo seria o do ano e dia ou o dos vinte anos, entre ausentes, ou dez entre presentes), mas o tempo do art. 502, 2.^a parte, ou o tempo para imediata restituicão. Daí têrmos de repelir que só se perca a posse após o ano e dia do art. 523 do Código Civil (Código de Processo Civil, arts. 371-376).

Não há razão, pois, para confundir⁵⁶ ou para estabelecer ficção legal⁵⁷⁻⁵⁸⁻⁵⁹: concludo

⁵⁶ “Assim, ao dizer a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de novembro de 1924 (*R. dos T.*, 52, 389), que a conservação da posse *solo animo* [isto é, conserva-se a posse somente pelo *animus*, mesmo com a privacão do *corpus* (ALVES, 1985, p. 58-59)] não se concebe senão enquanto outrem não a houver adquirido para si, nela se firmando por mais de ano e dia, confundiu aquisicão de posse e proteccão com rito especial, bem como perda da posse e exercitabilidade da proteccão com rito especial. O possuidor perde a posse desde que outrem a adquiriu, e. g., desde que cesse a violênci do esbulhador, e daí é que se conta o prazo de ano e dia para a açã possessória de rito especial e para a açã possessória ordinária. O esbulhador adquiriu a posse desde que cessa a violênci e pode exercer, desde logo, a pretensã à proteccão possessória, que tem o prazo de ano e dia, com o rito especial, e o de vinte anos, ou dez, conforme a espécie, contados da ofensa que tenha sofrido, após a aquisicão da posse (entende-se). O acórdão da Câmara Civil reflete velho e surrado êrro em que incidiram alguns escritos franceses e italianos (e. g., AUBRY e RAY, *Cours*, II, § 179, nota 17 ; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, 5.^a ed., III, 1, 65; A. TARTUFARI, *Degli Effecti del Possesso*, II, n. 740; M. PLANIOL, *Traité élémentaire*, I, § 274). No êrro, que cometeu a Câmara Civil, também incorreu, na Itália, a Côrte de Cassaçã (27 de março de 1939), mas foi apontado por B. DUSI (*Istituzioni*, I, 298, nota 8), P. BONFANTE e FULVIO MAROI (*Note* a B. WINDSCHEID, V, 571 s.) e F. DE MARTINO (Del Possesso, no *Commentario* de A. SCIALOJA e G. BRANCA, III, 506)” (MIRANDA, 1954, p. 268-269, grifo nosso).

⁵⁷ Conforme Nelson Nery Júnior (2001, p. 120, grifo do autor): “Há uma ficção legal considerando ‘possuidor’, ainda, aquele que até já perdeu a posse há menos de ano e dia. Normalmente não podem sobreviver, concomitantemente, duas posses antagônicas exercidas sobre o mesmo bem. No caso, porém, o CC, 520, IV, considera possível essa concomitância, por ficção legal. A propositura da açã possessória, de procedimento especial, dentro do prazo de ano e dia contado da turbacão ou do esbulho, funciona como se fora uma espécie de *condição suspensiva* para verificar-se a perda da posse”. O mesmo se dá na doutrina portuguesa, como se vê em António Menezes Cordeiro (1999, p. 113): “A posse de outrem contra a vontade – ou sem a vontade – do anterior possuidor dá lugar ao esbulho. Nessa altura, constitui-se, de imediato, uma nova posse; a anterior, porém, mantém-se por um ano: justamente para permitir ao esbulhado recuperar a coisa, através da açã de restituicão. Mas apenas durante um ano: decorrido este, caducam as ações possessórias – artigo 1282º – extinguindo-se a posse – 1267º/1, d)”.

⁵⁸ Interessa precisar, no entanto, que a perda da posse reflete na usucapião, uma vez que se exige da posse *ad usucapionem* sua ininterruptão. Lenine Nequete (1981, p. 134-135) e Benedito Silvério Ribeiro (2010, p. 760), por exemplo, defendem o prazo de ano e dia, doutrina que, ademais, constava em Lafayette Rodrigues Pereira (1956, p. 191). Fábio Caldas de Araújo (2005, p. 91) justamente observa, entretanto, que não há disposicão específica na legislaçã, como ocorre no Código Suíço, devendo prevalecer, dessarte, o entendimento consagrado, fundado na interpretaçã conferida ao art. 520, inciso IV, do CC/16, da anualidade como termo *ad quem*. Esse mesmo interlúdio, ademais, está positivado no art. 1.167 do Código Italiano (“L’usucapione e’ interrotta quando il possessore e’ stato privato del possesso per oltre un anno”) e no art. 2.271 do Francês (“La prescription acquisitive est interrompue lorsque le possesseur d’un bien est privé pendant plus d’un an de la jouissance de ce bien soit par le propriétaire, soit même par un tiers”), o que se coaduna com a inexistênci da açã de força velha nesses ordenamentos, tema esse abordado no próximo argumento.

⁵⁹ Não há por que procurar abrigo em ficção, uma vez que é da singularidade mesma da posse, consoante liçã de Moreira Alves (1990, p. 104): “Sucede, porém, que a posse, mesmo no tocante à tutela jurídica, diferente ontologicamente dos

o ato de apossamento, *exsurge, ipso iure*, em favor do esbulhado, a pretensão recuperatória, seja pelo desforço *incontinenti*, seja pela via judicial, quer fundado no *factum possessionis*, este tanto pela força nova, quanto pela força velha, quer mesmo no *ius possidendi*, se concomitantemente titular da propriedade.

Vale frisar, ademais, especificamente quanto à prescrição, a correta doutrina de Clóvis Bevilacqua (1930, p. 53): “A acção de força velha será útil sómente dentro do prazo, em que ainda se não haja realizado o usucapião, cuja consequencia é a perda da posse anterior”; que também foi encampada por Carvalho Santos (1961, p. 267-268): “De sorte que se poderá dizer que a acção ordinária possessória só pode ser exercitada enquanto subsistir o direito do possuidor, vale dizer, enquanto o usucapião em favor do turbador ou esbulhador não o tiver feito desaparecer”.

Não há, portanto, por identidade de razões, como sustentar a convalidação dos vícios da posse com base na exegese da norma atualmente positivada no art. 1.208, *in fine*, do CC/02.

3.2 SEGUNDO ARGUMENTO: A EXISTÊNCIA DA AÇÃO DE FORÇA VELHA

Não são poucos os ordenamentos jurídicos que restringem o ajuizamento da *actio* possessória, reservando-lhe a prescrição após o decurso do prazo de ano e dia da violação da posse, consolidando, paralelamente, a posse velha do esbulhador.

direitos subjetivos em geral, visto como estes são protegidos sempre contra qualquer tipo de lesão, ao passo que a posse só o é contra determinadas lesões, o que implica dizer que apenas é garantida *ex occasione*; e, além disso, a tutela do direito subjetivo pressupõe necessariamente a existência dele (a reivindicatória pressupõe a preexistência do direito de propriedade, e visa tão-somente à recuperação de uma das suas faculdades jurídicas – o *ius possidendi*), o que não ocorre, em nosso sistema jurídico, com a ação de reintegração de posse, que pressupõe a perda da posse por um dos ataques contra os quais a ordem jurídica outorga ao possuidor tal ação”.

É o caso, por exemplo, do direito francês⁶⁰, italiano⁶¹, alemão⁶², espanhol⁶³ e português⁶⁴, para citar alguns.

Mantendo, no entanto, o direito anterior (REZENDE, 1929, p. 393), o CC/16 não inovou nessa matéria, conservando a dualidade de ações, admitindo a tutela mesmo após o transcurso do prazo de ano e dia:

Art. 523. As ações de manutenção, e as de esbulho serão sumarias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, com tudo, o caráter possessório.

Parágrafo único. O prazo de ano e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de fato anterior a turbação, ou ao esbulho.

Antes de prosseguir, porém, interessa precisar, ainda que brevemente, a linguagem que acompanhará de perto este argumento.

Consoante classificação que não perdeu sua exatidão, que remonta ao antigo direito

⁶⁰ Art. 1.264 do CPC: “Sous réserve du respect des règles concernant le domaine public, les actions possessoires sont ouvertes dans l’année du trouble à ceux qui, paisiblement, possèdent ou détiennent depuis au moins un an ; toutefois, l’action en réintégration contre l’auteur d’une voie de fait peut être exercée alors même que la victime de la dépossession possédait ou détenait depuis moins d’un an”.

⁶¹ Art. 1.168 do CC (Azione di reintegrazione): “Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può, entro l’anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l’autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo. L’azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa (1140), tranne il caso che l’abbia per ragioni di servizio o di ospitalità. Se lo spoglio è clandestino, il termine per chiedere la reintegrazione decorre dal giorno della scoperta dello spoglio. La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione (Cod. Proc. Civ. 703 e seguenti); e art. 1170 do CC (Azione di manutenzione). Chi è stato molestato nel possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di un’universalità di mobili (816) può, entro l’anno dalla turbativa, chiedere la manutenzione del possesso medesimo (Cod. Proc. Civ. 703 e seguenti). L’azione è data se il possesso dura da oltre un anno, continuo e non interrotto, e non è stato acquistato violentemente o clandestinamente. Qualora il possesso sia stato acquistato in modo violento o clandestino, l’azione può nondimeno esercitarsi, decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata. Anche colui che ha subito uno spoglio non violento o clandestino può chiedere di essere rimesso nel possesso, se ricorrono le condizioni indicate dal comma precedente”.

⁶² § 864 do CC (Extinção do direito de ação): “Uma pretensão fundada nos §§ 861 e 862 extingue-se com o transcurso de um ano depois do emprego da força própria proibida, se não se fizer valer a pretensão antes por meio de ação. A extinção também tem lugar quando, depois do emprego da força própria proibida, por sentença passada em julgada, ficar firmemente estabelecido que, ao autor, cabe um direito sobre a coisa, em virtude do qual pode ele exigir o estabelecimento de um estado possessório correspondente ao seu modo de agir” (DINIZ *apud* ALVIM, 2009, p. 144).

⁶³ Art. 460 do CC. “El poseedor puede perder su posesión: [...] 4.º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”; e art. 439 da LEC (Inadmisión de la demanda en casos especiales): “1. No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo”.

⁶⁴ Art. 1267 do CC (Perda da Posse): “1. O possuidor perde a posse: [...] d) Pela posse de outrem, mesmo contra a vontade do antigo possuidor, se a nova posse houver durado por mais de um ano”; e art. 1282 do CC (Caducidade): “A ação de manutenção, bem como as de restituição da posse, caducam, se não forem intentadas dentro do ano subsequente ao facto da turbação ou do esbulho, ou ao conhecimento dele quando tenha sido praticado a ocultas”.

português (RODRIGUES JÚNIOR, 1916, p. 393), em relação ao tempo, as ações subdividem-se nas forças iminente, nova e velha, ao passo que, quanto à natureza da lesão, nas forças turbativa ou espoliativa (RIBAS, 1902, p. 242-243).

Ao tempo das Ordenações Filipinas, a força iminente provinha do § 5 do Título LXXVIII do Livro 3 (RIBAS, 1902, p. 255); neste mesmo Livro, a sua vez, a força nova, quer turbativa, quer espoliativa, era extraída do Título XLVIII (RIBAS, 1902, p. 274-275); e, por último, fundada em controvertida doutrina perfilhada pelos praxistas⁶⁵, a força velha era induzida *a contrario sensu* da legislação que trata do processo de força nova (RIBAS, 1902, p. 336).

Em face do CC/16, como salientado, manteve-se a mesma sistemática:

O Código Civil, sem lhes manter os nomes, conservou a distinção entre ações de *força nova*, intentadas dentro de anno e dia, e ações de *força velha*, intentadas depois desse prazo, sendo as primeiras summarias e as segundas ordinarias (BEVILAQUA, 1930, p. 53, grifo do autor).

A ordinariedade e a sumariedade, no entanto, como procedimentos, eram explicados como *formas* das ações (MONTEIRO, 1926, p. 101), cuja fonte, ademais, também se prendia às Ordenações:

⁶⁵ “A necessidade de evitar a perturbação da tranquillidade publica, a que dava lugar o costume geralmente adoptado, de cada um se fazer justiça por suas proprias mãos, e assim tambem a conveniencia de abreviar os processos, que a chicana procrastinava indefinidamente, alimentando assim a causa dessa perturbação, deu origem, do século XIV em diante, a uma nova acção possessória, destinada a obviar a estes inconvenientes. Esta acção tomou a denominação, na Italia, como entre nós, de *Mandatum de manutenendo*; na França, de *Recredentia*; na Hespanha, de *Inicio de interim* e, em geral, de *possessorium summarium* ou *summarissimum*. Entendem alguns que o Direito Canonino creou um novo *possessorium ordinarium*, intermediario entre o petitorio e o interdicto *uti possidetis*, e que em relação a este *possessorio ordinario* é que se denomina *summario* o de que tratamos; mas que, seguindo já formulas muito abreviadas e summarias esse *possessorio ordinario*, o segundo, em relação a este, se podia denominar *summarissimo*. Savigny, porém, sustenta que o ordinário, em fundo, nada mais é do que o *Uti possidetis* dos Romanos; pelo que, ao novo processo cabe o nome de *summario*” (RIBAS 1902, 236-237). Os processos, portanto, estendiam-se por anos, como testemunhado pelo próprio Savigny: “Este Jurisconsulto conta que elle concorreu para a decisão de um *summarissimum*, iniciado havia 12 annos e que deve ter durado 20 annos; devendo provavelmente ser seguido de um *ordinarium* que durasse 50 annos e de um *petitorio* que durasse 100 annos!” (RIBAS, 1902, p. 240). No Direito pátrio, o *possessorium summarissimum* também logrou acolhida, positivado especificamente no art. 500 do CC/16 e, com leve alteração na redação, no art. 1.211 do CC/12, que dispõe: “Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso”. Segundo Bevilaqua (1930, p. 28), essa norma somente se aplica nos casos de posse de menos de ano e dia, devendo ser combinada com o art. 507 do CC/16, que mais à frente será analisada. Para Azevedo Marques (118-121), entretanto, acentuando que foi acrescida no Projeto Revisto, reputa a norma inaceitável, infeliz e inexecutável, consignando expressamente o entendimento de Ribas de que não haveria necessidade do sumaríssimo diante do expedito procedimento da ação de força nova. Este jurista (RIBAS, 1902, p. 266), aliás, julga o sumaríssimo um *monstrum juridicum*, informando, a seu tempo, que os praxistas modernos não o têm como existente, como também que mesmo Almeida e Souza, que o defendia, declara nunca tê-lo visto proposto (RIBAS, 1902, p. 271).

No sistema dessas Ordenações, de aplicação também no Brasil até recentemente, o procedimento era dividido em fases – a *postulatória*, compreendendo o libelo, a contrariedade, a réplica e a tréplica, a *instrutória*, em que se produziam as provas, continuando a testemunhal a produzir-se secretamente, conforme o direito canônico; a *decisória* e a *executória*. Ao lado desse processo, chamado *ordinário*, havia o *processo sumário*, de rito menos solene e prazos mais curtos, e os *processos especiais*, das ações possessórias, de despejo, descendências, executivo-fiscais, cominatórias (SANTOS, 1993, p. 50, grifo do autor).

Lado outro, cumpre ainda levantar, que, antes mesmo da primeira codificação processual, promulgada somente em 1939, durante o final do Império e início da República, as ações possessórias foram disciplinadas especialmente na *Consolidação das Leis do Processo Civil*, de autoria de Antonio Joaquim Ribas, de 1876, e, com fundamento na *dualidade de justiça* e na *dualidade de processos*, previstas na Constituição de 1891, foram também reguladas na *Consolidação das leis referentes à Justiça Federal*, de José Higino Duarte Pereira, de 1898, e nos posteriores *Códigos Estaduais*, publicadas a partir de 1915, sistemática essa que perdurou até a Constituição de 1934, restabelecendo a unidade processual⁶⁶⁻⁶⁷.

Foi justificável, portanto, com a finalidade de uniformizar o tratamento da matéria, que se inserissem no CC/16 normas processuais relativas à tutela possessória⁶⁸, como

⁶⁶ Para uma história do direito processual civil brasileiro, que perpassa obrigatoriamente pelas Ordenações, *vide* Waldemar Mariz de Oliveira Júnior (1971, p. 49-59), Moacyr Amaral Santos (1993, p.49-61), José Frederico Marques (1975, p. 46-61) e, especialmente pelo enfoque nas ações possessórias, Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 118-136).

⁶⁷ No resumo de Tito Fulgencio (1922, p. 191, grifo do autor): “Do ponto de vista do modo ou ordem de proceder, os juizos se dividem em ordinarios, sumarios e summarissimos. No juizo ordinario procede-se por tramitação larga e solemne, que permite estudar detidamente o assumpto para que a decisão judicial não se *pronuncie* senão depois de maduro exame; juizo summario é o em que não se observam todos os termos e solemnidades do ordinario, em razão da simplicidade da causa, da necessidade de sua celeridade ou de modicidade do interesse comprometido. Summarissimo é aquelle em que, pela maior urgencia que reclama ou por se apresentarem os factos mui esclarecidos, prescinde-se das formalidades do summario, ainda que sempre com sujeição ás estabelecidas em lei”.

⁶⁸ O que não escapou de ser censurado como inconstitucional, em face da competência dos Estados de legislar sobre matéria processual, entendimento, entretanto, que não vingou, prevalecendo sua competência supletiva (SANTOS, 1962, p. 259-260). “Assim sendo, se o Direito está tão intimamente ligado à ação, se este dêle faz parte integrante, é a sua própria vida, nada mais razoável do que entender que a Constituição Federal não podia negar ao Congresso Nacional a faculdade e o poder de, ao dispor sobre o direito, determinar-lhe a respectiva ação” (SANTOS, 1961, p. 260). Vale trazer à baila, ainda, a exposição de Tito Fulgencio (1922, p. 190): “E’ a União que tem a attribuição constitucional e privativa de legislar sobre o direito de posse, a ella é que cabe a attribuição de caracterisal-o como entender, e logicamente a de determinar a natureza da

observado por Darcy Bessone (1996, p. 180-181):

O legislador federal, ao dispor sobre a posse, receou que os legisladores estaduais viessem a deformar o instituto, não estabelecendo eficientes formas de proteção possessória. Cuidou, então, de formular, ele próprio, certas disposições, que lhe pareceram de importância fundamental a respeito. Já agora a competência legislativa sobre o processo civil é da União.

De outra parte, ao elaborar o Código Civil, o legislador federal não podia antes dos Códigos de Processo Civil posteriores, prever como neles seria solucionado o problema do rito dos procedimentos, que, em princípio, poderia ser sumaríssimo, sumário ou ordinário. Assim, quando o art. 508 do Código Civil estabeleceu que, “se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”, a intenção terá sido a de prevenir um tipo moroso de proteção.

Aliás, essa preocupação vem externada pelo próprio Clóvis Bevilacqua (1930, p. 26): “Se, no Brasil, se entregasse aos Codigos processuaes a materia dos interdictos, teriamos, dispersando os elementos da theoria possessoria, tornado muito precaria a sua firmeza”.

Feito esse breve esboço, interessa enfrentar o seguinte dispositivo do CC/16 para perfeita inteligência do presente argumento:

Art. 508. Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários.

Há ainda uma classificação não abordada, que somente agora convém examinar.

Ao lado do critério temporal das forças das ações, que se prende ao aspecto da violação de uma relação possessória firmada, sob o ponto de vista dessa posse instaurada, semelhantemente, distingue-se também a posse em nova, quando tem menos de ano e dia, ou velha, se superior a esse período (RIBAS, 1902, p. 66-67).

Essa dicotomia, sem desconhecer sua afinidade com o interdito *utrubi* do direito

ação correspondente ao direito outorgado. O poder que concede a garantia ou outorga o direito, está investido naturalmente do poder de dar-lhe as ações adequadas para que tenham a eficácia e intensidade desejadas. A forma, ou a ação no sentido formal, confunde-se com o fundo, é caracterização ou extremo constitutivo do direito”.

romano⁶⁹⁻⁷⁰, deita raízes seguras no direito germânico medieval, mais precisamente na *Gewere* (ou *saisine*, para os franceses⁷¹), correspondente ao instituto da *possessio* do Direito Romano (ALVES, 1985, p. 77-78).

É imprescindível, nesse passo, conhecer, ainda que ligeiramente, o percurso histórico desse instituto.

Por força, em princípio, do regime territorial germânico⁷², pode-se antever a

⁶⁹ Conforme Moreira Alves (1985, p. 64-66), ao lado do interdito *uti possidetis*, que era reservado para as coisas imóveis, também como espécie dos interditos *retinendae possessionis causa*, havia o interdito *utrubi*, para tutelar a conservação da posse de bens móveis – primeiramente restrito à manutenção de escravos, depois estendido à generalidade dos móveis –, distinguindo-se, notadamente, porque “[...] protegia apenas o possuidor que, no ano em curso, houvesse estado mais tempo na posse da coisa” (ALVES, 1985, p. 66). A justificativa dessa exigência foi explicada por Astolpho Rezende (1929, p. 239-240): “Em razão da grande facilidade com que os móveis passam de mão em mão, pode acontecer, muitas vezes, que a posse actual de um móvel seja o resultado de um puro acaso; eis, por exemplo, um escravo, um cavallo, um cão, ou um boi, que se escapou da casa de seu dono e veio refugiar-se em minha casa; minha posse actual é inteiramente injustificada, e puro efeito de um acaso. Foi para evitar que o *commodum possessoris* pudesse assim depender uma circumstancia geralmente fortuita, que o Pretor ligava este *commodum possessoris*, não á posse actual do móvel, mas á posse mais prolongada durante o anno, que precedia o interdito; porque, de uma posse mobiliaria, que perdurou durante algum tempo, não se pode mais dizer que seja devida, geralmente, ao puro acaso”. Posteriormente, no entanto, Astolpho Rezende (1929, p. 240-241) acentua que o interdito *utrubi* foi assimilado pelo *uti possidetis*, o que ocorreu, segundo Cornil, na prática judiciária do Baixo Império, e não ato pessoal de Justiniano, mantendo-se unicamente o possuidor atual na posse, o que seria explicado, de forma plausível, pelo fato da existência de ações mais úteis em favor do esbulhado.

⁷⁰ Não há na literatura pátria estudos acerca dessa questão da originalidade da tutela da posse de ano e dia. Em face dessa limitação, perfilha-se integralmente o entendimento do jurista português Cabral de Mancada (1929, p. 125-127), quando advertiu: “A posse de ano e dia não pode ser considerada como uma simples *possessio ad usucapionem*, fôssem quais fôssem de resto os seus requisitos, senão em virtude de uma deplorável tendência de muitos historiadores para aplicarem precipitadamente as noções e construções do pensamento jurídico romano às formas da vida do direito dos povos saídos das invasões bárbaras na Idade-Média. Proceder assim, porém, o mesmo é que condenar antecipadamente o estudo da história a perder de vista toda a originalidade específica das construções jurídicas consuetudinárias dos povos romano-germânicos da Idade-Média e a natureza dos elementos históricos que para elas contribuíram antes do renascimento do direito justinianeu. Mas hoje o historiador não tem já o direito de assim proceder. Não existe senão uma atitude científica possível e legítima a adoptar no estudo do direito medieval. E essa atitude consiste, segundo crêmos, em examinar primeiramente os textos fora de quaisquer preocupações romanistas ou germanistas, e em procurar em seguida interpretá-los – ao tentar fazer a reconstituição das instituições – não à luz de um certo tipo de organização particular que estas possam ter revisto numa ou outra legislação anterior ou posterior à Idade-Média, mas exclusivamente à luz das condições de vida social próprias da época de que se trata e, em especial, do tipo de organização que então revestiram os grandes institutos jurídicos que mais devem ter influenciado, necessariamente, as instituições que desejamos estudar. Com êste critério e ainda com o auxílio do critério comparativo, isto é, confrontando as formas do nosso direito com o direito de outros povos que na mesma época gozaram de idênticas condições de desenvolvimento social e nos apresentam instituições semelhantes é que os estudos histórico-jurídicos poderão progredir; doutro modo não lhes será isso jãmais possível”.

⁷¹ Moreira Alves (1985, p. 78), a propósito, noticia que os franceses discutem sobre a origem da *saisine*, mas que é dominante a tese de que corresponde, no antigo direito francês, à *Gewere* germânica. Esse também é o entendimento de Fábio Caldas de Araújo (2007, p. 287), que realça, apesar de sua origem obscura, a intensa relação da *saisine* com a *Gewere*, devida à recepção dos francos, que a aplicaram pelos costumes. Segundo este mesmo autor (ARAÚJO, 2007, p. 89), há institutos que se situam em uma zona cinzenta de influência franco-germânica, como a *saisine*.

⁷² Conforme Hersílio de Souza (1927, p. 4): “O antigo Direito Germanico tutelava escassamente a posse porque a mesma propriedade individual era pouco protegida, vivendo-se em regimen de propriedade collectiva. Mas, pouco a pouco, as idéas se foram alargando e precisando e a ordem publica foi tolerando menos que o estado da posse pudesse ser impunemente

corroboração do fato de não ter havido nítida distinção entre posse e propriedade (ALVES, 1985, p. 322), destacando-se, nessa contextura, a perspectiva da exteriorização que caracteriza e é a tônica do instituto⁷³.

À diferença do Direito romano, os direitos populares germânicos desconheciam, como é sabido, uma ação reivindicatória dos bens – móveis ou imóveis –, que, como a *res vindicatio* romana, emanasse do direito de propriedade e facultasse, em todos os casos, ao proprietário reclamar a restituição de sua coisa, sem limitação alguma, quando dita coisa se achava na posse de outro. No Direito germânico, com efeito, a proteção da propriedade coincidia com a proteção possessória, e a ação reivindicatória dominical se confundia, sobretudo no que dizia respeito aos bens móveis, com a proteção da *Gewere* ou posse germânica; era, pois, uma ação emanada desta enquanto se entendia por *Gewere* (= *uestidura*) a forma externa que aparentemente revestia um direito real e que podia ser a do exercício de um poder efetivo sobre a coisa, como a detenção material da mesma ou a participação em seu rendimento econômico, ou a de um direito de exercer esse poder, que se fundamentava na publicidade do ato constitutivo do direito real de que se tratasse” (VALDEAVELLANO *apud* ALVES, 1985, p. 322).

É ínsita à noção da *Gewere* sua classificação em inúmeras espécies, importando precisar apenas três delas, que se referem ao seu fundamento, quais sejam a *leibliche* (*hebbende* ou *brukende*) *Gewere*, a *ideelle* (*juristische* ou também *unkörperliche*) *Gewere*, e a *recht* (ou *qualifizirte*), *Gewere* (ALVES, 1985, p. 87).

A *leibliche Gewere* é a titularidade que decorre da senhoria fática da coisa, acompanhada da afirmação de que essa relação corresponde a um direito real, que, nos móveis, traduz-se pela detenção material, enquanto que, nos imóveis, pela utilização econômica da coisa, quer pelo próprio titular, quer por um administrador (ALVES, 1985, p. 88).

A *ideelle Gewere* é a que existe independentemente de haver senhoria de fato sobre a coisa, repousando seu fundamento no princípio da publicidade, que rege o direito imobiliário germânico (ALVES, 1985, p. 89).

Dentre as quatro subespécies integrantes desta classificação, sobressai aquela

violada, ainda mesmo que o possuidor não fosse propriedade da coisa”.

⁷³ “É da *Gewere* [...] que se tem procurado derivar a teoria da aparência do direito, que, de certa forma, transparece na afirmação de IHERING (‘a posse é a exterioridade, a visibilidade da propriedade’), o que levou FINZI a dizer que, generalizando-se, ter-se-á que ‘a posse é a aparência de um direito’ (ALVES, 1985, p. 107-108, grifo do autor). Em reforço dessa ideia, Moreira Alves (1985, p. 224) vai salientar que, logo após Savigny, a doutrina alemã atentou-se para a *Gewere*, mais precisamente a partir de 1823, com Eichhorn, de modo que “Ihering, apesar de romanista e de ter a *possessio* como objeto de suas cogitações, sofreu, por certo, a influência desse movimento cultural, acabando por imiscuir em sua teoria elementos de origem bárbara”.

que assegura a *Gewere* ao expulso de um imóvel por outrem, em face deste, durante ano e dia (ALVES, 1985, p. 89).

A seu turno, a *recht Gewere* é exatamente o oposto da *ideelle Gewere*, mas na perspectiva do esbulhador, ocorrendo quando, por mais de ano e dia, pública e pacificamente, permanece titular da *Gewere* sobre o imóvel ou direito imobiliário (ALVES, 1985, p. 90).

Surgida a *recht Gewere*, seu titular passa a poder excluir a pretensão de terceiro sobre a coisa ou sobre direito imobiliário, a qual, se levada a Juízo antes de decorrido o prazo de ano e dia, seria acolhida (assim, por exemplo, aquele que fôra expulso de um imóvel conservava a *ideelle Gewere*, e podia recuperá-lo judicialmente dentro de ano e dia; não, porém, depois de esgotado esse lapso de tempo, porque seu adversário passava a ter a *rechte Gewere*).

Portanto, a posição jurídica do titular da *Gewere* se fortalece quando esta se transforma em *rechte Gewere*, que – como salientar STOBBE –, embora não se confunda com a *usucapio*, tem, no direito germânico medieval, a mesma importância de que desfrutava o usucapião do direito romano (ALVES, 1968, p. 212).

Lado outro, com grande influência do direito costumeiro germânico, no direito francês, desde o século XIII⁷⁴, a posse de ano e dia, ou *saisine*, também era tutelada, desde que a ação – nominada *recognitio de noua desseisina* ou *action de nouvelle dessaisine* – fosse aforada, para a recuperação ou manutenção, a menos de ano e dia da violação da posse (ALVES, 1985, p. 201).

No século XIV, cristalizou-se essa mesma tutela pela *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, embora, ao seu lado, exurgisse outra ação, denominada *réintégrande*, que se destinava, embora não unânime a doutrina da época, à proteção simplesmente da posse, e não da *saisine*, não se exigindo o interlúdio de ano e dia (ALVES, 1985, p. 202-204).

Por fim, no século XVII, ambas foram consagradas na Ordenação de 1667 sobre processo civil, reservando-se a primeira para a turbação e a segunda para o esbulho, sustentando Pothier, no século XVIII, a assimilação das duas ações sob o nome *complainte*, podendo ser ajuizada em caso de turbação como também de esbulho (ALVES, 1985, p. 204-205).

Astolpho Rezende (1937, p. 59), a propósito, informa que a exigência de ano e dia

⁷⁴ “[...] por volta do fim do século XIII, fez-se, na teoria possessória, modificação digna de nota: só a posse anual foi tomada em consideração (ou pouco falta) ; opôs-se essa posse, com a denominação de *saisine, vraie saisine*, à posse simples ou detenção. A posse conduzia à *saisine* por uma espécie de prescrição, à propriedade por uma prescrição mais longa” (BRISAUD, *apud* ALVES, 1985, p. 78).

foi combatida por parcela da doutrina francesa, como Carré, Belime, Molitor e Garnier⁷⁵, mas defendida, ao revés, por Wodon, que acena para sua origem:

Para Wodon, a exigencia da posse não é, ao contrario dos preopinantes, um melhoramento introduzido no systema do direito romano. O antigo direito francez, pondéra este escriptor, recebeu as acções possessórias, não como um instituto novo, trazido pelos Germanos, e pertencente especialmente ao direito salico ou ás instituições federaes; elle recebeu-as como implantadas nas provincias pela lei romana, que nunca cessou de existir nas Gallias. Sómente, as circumstancias de convulsão social, que acompanharam a invasão, explicam como aconteceu que se tenha tornado mais rigoroso acerca da duração da posse necessaria para intentar a acção possessoria. A posse, sendo, mais do que nunca, turva e suspeita, sentiu-se naturalmente a necessidade de reforçal-a, mais do que o era sob o imperio da paz e da civilisação romana (REZENDE, 1937b, p. 59-60).

Essa mesma preocupação, aliás, era justificada por Bigot-Préameneu, no projeto do Código de Processo Civil Francês:

A regra da posse annua é a mais propria para manter a ordem publica. E' durante o decurso de um anno que os productos do solo são colhidos; é durante equal tempo que a posse toma um caracter que impéde de confundil-a com uma simples occupação (REZENDE, 1937b, p. 57-78).

A exigência significa, portanto, para todos os efeitos, na expressiva locução de Astolpho Rezende (1937b, p. 60), um *tempo moral* da posse.

De sua parte, nos primórdios do direito português, nos séculos XII e XIII, por igualmente carecer de hialino discrímen entre posse e propriedade e, conseqüentemente, da contraposição das ações petitórias às possessórias (ALVES, 1985, p. 312-313), também se encontra, por influência do direito germânico, o instituto da *Posse de ano e dia*, correspondendo, nesses termos, à *rechte Gewere* (ALVES, 1985, p. 316), servindo como sucedânea à usucapião do direito romano⁷⁶, o que explicaria a omissão nas fontes sobre a

⁷⁵ “Para aquellos escriptores, a posse *actual* é sempre respeitavel. Um estranho, sem direito, sem titulo, sem qualidade, diz Garnier, não deve turbar o possuidor, sómente porque este não gozou ainda da coisa durante um anno. Quem póde mostrar onze meses e vinte nove dias de posse deve ser, certamente, mais favorecido do que aquelle que não a tem. Não ha, no systema francez, algo de rigoroso, contra que protesta o bom senso? Negar acção a todo aquelle que possúe ha menos de anno, accrescenta Belime, é preferir, ao que possúe, o que não possúe” (REZENDE, 1937b, p. 59, grifo do autor).

⁷⁶ “Por isso mesmo, há substancial diferença, quando se confrontam os sistemas romano e germânico (e desta se aproxima o direito português dos séculos XII e XIII) no tocante à proteção judicial da propriedade: naquele, a propriedade é tutelada pela *rei vindicatio* (ação petitória, porque o autor alega ser proprietário e se dispõe a provar a existência de seu direito contra o réu que injustamente possui a coisa), ao passo que a posse, em si mesma, é protegida pelas ações possessórias, onde não

prescrição aquisitiva (ALVES, 1985, p. 317).

Em verdade, a existência da imprecisão no distinguir a posse da propriedade resulta, no período da reconquista, do relevo, nele, do instituto da *posse de ano e dia*. De origem franca, havendo penetrado, no século XI, nas cidades da península ibérica próximas dos Pirineus (já se encontra nos *fueros* de Sobrarbe, de Jaca e de Santa Maria de Alquézar, todos da segunda metade do século XI) e por ela se generalizado no decorrer do século XII (aparece, nos meados dessa centúria, em Portugal, nos forais das colônias francas da Estremadura), a posse de ano e dia, como salienta CABRAL DE MONCADA, <<tem evidentes afinidades com o conceito germânico da *Gewere* e da *rechte Gewere*>>. Quem possui uma coisa imóvel por ano e dia, pública e pacificamente, passa a ter, com referência à coisa, posição privilegiada em face de terceiros (ALVES, 1982, p. 659-660, grifo do autor).

Posteriormente, esse panorama modificou-se lentamente com o renascimento do direito romano justinianeus, aliado a elementos do direito canônico, desaparecendo ou desvirtuando as concepções germânicas, como nos prazos para a prescrição, a distinção entre a posse a propriedade, o reconhecimento da usucapião e a exigência da boa-fé (ALVES, 1985, p. 323-324).

Com relação à *Posse de ano e dia*, seu desenvolvimento foi resumido por Guilherme Braga da Cruz (1950, p. 27-28, grifo do autor):

Quando o direito romano renascido começa a divulgar-se na nossa Península, no decurso do séc. XIII, e começa a divulgar-se, com ele, a teoria justinianeia da prescrição aquisitiva, a posse de ano e dia deixa de ser interpretada no seu sentido tradicional.

Forma-se, em torno dela, uma atmosfera de grande incompreensão. As fontes falam da posse de ano e dia, ao lado dos longos prazos de posse exigidos pelo direito justinianeus para a prescrição aquisitiva, e não sabem dizer-nos, ao certo, qual é o lugar que deve ser atribuído à velha instituição, dentro do novo quadro jurídico em que pretendem encaixá-la.

E é só relativamente tarde que esta situação confusa se esclarece. A tendência dominante começa a ser, a partir de certo momento, a de considerar a posse de

se discute o direito de propriedade, mas, apenas, a posse; neste, a ação petítória e a ação possessória se confundem numa ação (a *Immobiliarklage*, que é a ação imobiliária germânica, com acentuado caráter criminal, e à qual corresponde, embora sem apresentar todas as suas características, a ação imobiliária do direito português desse período, a *demande de bens de raiz*), e isso porque, nesta, como observa MERÊA, seu centro de gravidade não está no ataque do reivindicante que alega o direito de propriedade, mas, sim, na *Gewere* em que consiste a defesa do réu contra a acusação, por porte do autor, de que ele possui injustamente [...]" (ALVES, 1985, p. 316-317, grifo do autor).

ano e dia uma *posse prescrita*, ou seja, uma posse que não conduz à propriedade e que não faz caducar sequer a acção de reivindicação, mas que dá ao possuidor o direito de recorrer à protecção interdital.

É nesse sentido – através duma evolução que seria impossível descrever aqui –, que a posse de ano e dia consegue projetar-se ao longo de toda a história do direito português até os nossos dias, deixando marcada ainda a sua presença no art. 489.º do nosso Código Civil [refere-se ao de 1867]: “Se a posse tiver durado por mais de um ano, será o possuidor sumariamente mantido ou restituído, enquanto não for convencido na questão da propriedade”.

Não só no Direito Português, entretanto, que se fez presente a força da *Posse de ano e dia*, mas, igualmente, no Direito Brasileiro, mais precisamente no art. 508 do CC/16: “Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”⁷⁷.

Esta última locução, como se vê, não coincidiu com a portuguesa⁷⁸, em que claramente remete os litigantes à reivindicação, mas resumiu-se a indicar o *meio ordinário*, que nada mais é, na verdade, de acordo com já transcrito art. 523 do CC/16, que as ações intentadas após o prazo de ano e dia, embora *sem perder o carácter possessório*.

Essa aproximação dos dispositivos, a propósito, foi especialmente salientada por Clóvis Bevilacqua (1930, p. 38-39, grifo do autor):

Este artigo completa as providencias estabelecidas no artigo antecedente. Aquelle trata da posse de menos de anno e dia (*posse nova*) e este da posse de mais de anno e dia (*posse velha*). Na posse nova, entende-se a relação possessoria ainda não firmada de modo seguro, terá o juiz de examinar os titulos e a duração della para resolver sobre a providencia a tomar. Na posse velha, a situação possessoria já está, definitivamente, firmada, e o juiz a mantém, summariamente, sem excluir a acção possessoria ordinaria, que se possa, por ventura, propor.

Este dispositivo, inspirando-se no art. 489 do Codigo Civil portuguez, delle se afastou remetendo o autor para os meios ordinarios, que podem ser os possessorios, ao passo que o Codigo portuguez o remette para o petitorio. Alem disso, este ultimo Codigo fala em manutenção e restitução, e o brasileiro, mais correctamente, diz, apenas, que o possuidor será mantido.

⁷⁷ No Projeto Primitivo elaborado por Bevilacqua estava previsto originalmente no art. 583: “As acções possessórias, para manutenção ou reintegração da posse não podem ser intentadas depois de decorrido um anno contado da data em que se deu a turbação ou o esbulho, salvo pelas vias ordinarias”.

⁷⁸ Vide art. 489 do Código Civil de 1867: “Se a posse tiver durado por mais de um anno, será o possuidor summariamente mantido ou restituído, em quanto não for convencido na questão de propriedade”

Não demorou, entretanto, para a insurgência levantar-se.

Com efeito, Azevedo Marques (1923, p. 106), enaltecendo a codificação portuguesa, objurgou:

Não foi feliz o código, no art. 523, conservando a distinção entre posse nova e posse velha e diversificando o processo. É uma velharia, que o próprio Portugal repudiou no seu código civil. Melhor teria sido adoptar o critério do código Português que á semelhança de outros modernos, deu um só processo especial á acção possessoria para qualquer dos seus fins, fazendo-a prescrever num prazo curto, que lá é de um anno, a contar do acto da turbação, ou do esbulho, ou da noticia recebida pelo interessado quando o esbulho é clandestino.

Na mesma tramontana, depois de acentuar a interpretação restritiva dos praxistas quanto ao carácter possessório da acção de força velha – que a procuravam limitar na restituição dos frutos e na indenização das perdas e danos –, seguiu-se também a doutrina de Astolpho Rezende (1929, p. 597):

O Código Civil extingue todas essas divergencias e disputas, dispondo expressamente que a acção, embora ordinaria, não perderá o carácter possessorio. A unica differença que permanece é a do rito processual, com as suas consequencias naturaes. Mas a conservação da acção de força velha não se justifica; decorrido mais de um anno da turbação ou esbulho, a acção competente deveria ser a de reivindicção.

Tito Fulgencio (1922, p. 112), a sua vez, expõe os termos da questão de forma mais ampla, a qual alcança, especialmente, a exceção da coisa julgada, uma vez que haveria, e informa a opinião de Alfredo Borges nesse sentido, pela identidade de pessoa, coisa e causa, a renovação da *controversia possessoria* na acção de força velha.

No entanto, assinalando que Clóvis Bevilacqua tem a seu favor a doutrina de P. Baptista e de P. Bueno, citando também a Consolidação de Ribas, e, em contrário, o entendimento de J. Monteiro, obtempera:

Não obstante, parece que a doutrina do eminente autor do Cod. nesta materia especial, tem por si a indistinção dos vocabulos *meios ordinarios* da lei, que, tendo ante si a fonte, della apartou-se, não lhe consignando os termos claramente expressivos de uma idéa, que, se fosse adoptada, melhor não poderia ser expressada. Ao envez, servindo-se dos – *meios ordinarios* – parece ter querido justamente traduzir aqui um pensamento opposto ao da fonte, o mesmo que deixou claro nas que empregou no art. 523, isto é, que as acções ordinarias, passado o prazo de anno e dia, nem por isso perdem o carácter de possessorias

para se transformar em petitorias. Finalmente, não é líquido o pressuposto da opinião contrária, isto é, que no *summario* possessório a questão principal da posse é discutida plenariamente.

Não o é, porque o *summariamente* do Cod. não pode ser outro senão o da tradição do nosso direito, e sabe-se que pela Ord. III, 48, os feitos de forças novas se procediam *sem ordem nem figura de juízo, sem delonga nem estrepito, com abreviação das dilações, sendo uma peremptoria, podendo ser sentenciadas pelos julgadores de pé ou assentados etc* (FULGENCIO, 1922, p. 113-114, grifo do autor).

Posteriormente, Carvalho Santos (1934, p. 183-185), embora apoiado exatamente nas mesmas doutrinas invocadas por Tito Fulgencio, pôs-se contrário à admissibilidade da renovação do litígio possessório, pois “[...] isso seria admitir a renovação da controversia possessoria, com desrespeito do caso julgado”, asseverando, assim, que o ordinário referese à ação reivindicatória – anos depois, no entanto, expressamente consignou que o CPC/39 alterou *profundamente* o texto do dispositivo, ou mesmo o revogou (SANTOS, 1961, p. 183).

É nesse contexto que se inserem oportunamente as doutrinas de Washington de Barros Monteiro e de Silvio Rodrigues⁷⁹.

Promulgado em 1939, o novel Diploma Processual modificou a estrutura calcada, fundamentalmente, nos ritos ordinário e sumário, diferenciando, na nova terminologia, os procedimentos em ordinário e especial, incluindo nesta última as ações possessórias⁸⁰⁻⁸¹,

⁷⁹ É importante compreender, portanto, na sistemática desse período anterior ao CPC/39, que o prazo de ano e dia da ação sumária era um requisito essencial para sua procedência. Em não havendo sua prova, em face do interesse de ordem pública, o processo deveria ser extinto *ex officio*, uma vez que considerado como prazo decadencial, e não prescricional, havendo entendimento, como o de Tito Fulgencio e Astolpho Rezende, que seria caso de nulidade, e posicionamento, como o de Carvalho Santos, que o mais acertado seria a improcedência (FULGENCIO, 1922, p. 200-201; REZENDE, 1929, p. 393-394; SANTOS, 1961, p. 264-266).

⁸⁰ “Quando da retomada, pelo Poder Central, da competência legislativa em tal matéria, o primeiro Código nacional de Processo Civil introduziu algumas significativas modificações na disciplina do problema, mas manteve o princípio geral que assegura tutela mais expedita à posse quando a ofensa data de menos de ano e dia. Deixaram de existir, desde então, o *possório sumário* e o *possório ordinário*, como procedimentos distintos; ao invés dessa distinção, introduziu-se uma fase especial nas ações possessórias, a fim de permitir a reintegração ou manutenção *initio litis* quando a ação seja de ‘força nova’. Daí resultou o deslocamento – que alguns Códigos estaduais já haviam operado – dos interditos possessórios para o campo dos procedimentos especiais, exatamente para tornar possível a introdução dessa fase específica” (FABRÍCIO, 2001, p. 437, grifo do autor).

⁸¹ Segundo Carvalho Santos (1940, p. 137): “O Código do Processo, porém, aboliu as ações summarias, pelo que ficou sem possibilidade de aplicação o texto do Código Civil. O processo das ações possessórias, cuja turbação ou violência datar de menos de ano e dia, será o que aqui no Código está consignado no artigo que comentamos e seguintes, em substituição ao da ação sumaria que a alludia o Código Civil. Si tiver passado mais de um ano e dia da turbação ou do esbulho, a ação continuará a ser ordinaria, nos termos do art. 523 do Código Civil, que, nesta parte, não se pode considerar revogado pelo Código do Processo”.

assim dispondo:

Art. 371. Si a turbação ou violência datar de menos de ano e dia, o autor poderá requerer mandado de manutenção ou de reintegração initio litis, provando, desde logo:

I – a sua posse;

II – a turbação ou violência praticada pelo réu;

III – a data da turbação ou violência;

IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, e a perda da posse, na ação de reintegração.

Parágrafo único. Quando a justificação destes requisitos não consistir em documento, poderá o juiz ouvir o réu (art. 31).

Contra a União, o Estado ou o Município a medida não será concedida in limine, sem audiência dos respectivos representantes.

Art. 376. Contestada, seguirá a ação o curso ordinário.

Induziu-se, assim, pela lacônica previsão legal, que a tutela possessória limitou-se à ação de força nova, exigindo-se que a ação fosse proposta dentro de ano e dia do ato atentatório da posse, seguindo, se contestada, o rito ordinário, conforme o fidedigno retrato de Barros Monteiro (1953, p. 51):

Tanto no caso de turbação como no de esbulho, é mister que o ato turbativo, ou espoliativo, date de menos de ano e dia. É por êsse prazo, que é de decadência, que se estabelece a distinção entre as ações de força nova e as ações de força velha. Antigamente, do ponto de vista formal, tais ações distinguiam-se por caracteres próprios e inconfundíveis. As primeiras eram de curso sumário, enquanto que as segundas seguiam o curso ordinário (Código Civil, art. 523). Modernamente, porém, tôdas as ações possessórias, tanto as de força nova, como as de força velha, seguem o rito ordinário, depois de oferecida a contestação (Código de Processo, art. 376). O único traço distintivo entre as mesmas ações é que somente nas primeiras, isto é, nas ações de força nova, é que tem cabimento a expedição do mandado liminar de manutenção, ou de reintegração. Por isso mesmo, há quem sustente a obsolência do disposto no art. 523 do Código Civil, sob a alegação de que, decorrido mais de ano e dia, a contar da turbação, ou do esbulho, a ação adequada deve ser, não a ação de força velha, já desaparecida, mas a petítoria, ou de reivindicação.

Esse foi, de sua parte, o entendimento encapado pelo civilista:

Quais são os meios ordinários a que se refere a lei civil, o possessório ou o petítório? Sustentava CLÓVIS, secundado por TITO FULGENCIO, que dentre os

meios ordinários não podia ser excluído o possessório do art. 523 do Código Civil. Mas êsse ponto de vista, que já era vantajosamente combatido por CARVALHO SANTOS, não mais prevalece em face do novo estatuto processual, que aboliu a distinção entre ações de fôrça nova e ações de fôrça velha.

Conseqüentemente, com as novas disposições processuais, aquêle que tem posse velha na coisa, dela só pode ser desalojado se fôr convencido, afinal, numa ação petítória de reivindicação, ou mesmo numa publiciana, que é a ação que compete ao possuidor de boa-fé, em vias de prescrever (MONTEIRO, 1953, p. 65).

Outro não foi, a seu turno, o de Silvio Rodrigues (1960, p. 19-20), delineado antes mesmo de vir a lume seu *Direito das Coisas*, sustentando, com arrimo no art. 489 do Código Português, o *convalescimento* da posse injusta do esbulhador após a dilação ânua, que, para a perfeita inteligência, é aqui transcrito por inteiro:

Êsse entendimento, que era expresso no Código Português, podia encontrar amparo no art. 508 do Brasileiro.

E, ademais, continha uma solução justa. Se o esbulhador deixa transcorrer ano e dia do esbulho antes de fazer valer seu direito, sofre as conseqüências de sua própria inércia, representadas pela sanção de perder o remédio possessório. Não obstante, se o seu direito se escora num título adequado de domínio, pode ver reaberta a porta da justiça, através da reivindicação.

Naturalmente, contra tal concepção – que me parece a justa – apareciam vários argumentos. De um lado, a tradição de nosso Direito, deferindo sempre a ação de fôrça velha espoliativa; de outro, a própria letra do art. 523, impondo o caráter possessório àquela demanda; e finalmente a própria interpretação da fonte, no sentido de se considerar que se o legislador alterou os têrmos da regra inspiradora, foi com o intento de modificá-la, pois se quisesse transplantá-la integralmente, bastar-lhe-ia repeti-la em todos os seus têrmos no texto inspirado.

Tal controvérsia refletia-se na jurisprudência. Julgados encontravam-se nos dois sentidos. [...]

A idéia de remeter-se ao petítório o esbulhado que não reagiu celeremente, parece-me, entretanto, a melhor. Porque não tem êle, de qualquer forma, quer o benefício de uma ação mais rápida, quer o de uma reintegração liminar, pois a posse de seu contendor é velha. De outro lado, o interdito possessório é, por sua natureza, um remédio provisório, cujo escopo consiste em manter-se ou repor-se uma situação de fato porventura alterada. Ora, se a turbação ou esbulho já se consolidaram através do decurso do tempo, é esta a situação que o ordenamento jurídico prefere ver mantida, até que o poder jurisdicional se manifeste sôbre a legitimidade do direito, ou seja, sôbre o <<jus possidentis>> em que as partes se fundam.

E, em face do CPC/39, como, aliás, assentou Barros Monteiro, concluiu:

Acho, ainda, que tal entendimento foi acolhido pelo Código de Processo Civil. O legislador de 1939 disciplinou os interditos de manutenção e de reintegração de posse no capítulo inicial do título em que trata das ações possessórias, e começa referido capítulo com o art. 371, em que a única hipótese figurada, como merecedora daquela ação, é a da turbação ou esbulho de menos de ano e dia. E não se encontra na lei processual qualquer permissão para uma ação possessória intentada após o transcurso daquele prazo. Assim, pode-se pensar que o Código de Processo pôs fim à controvérsia existente, eliminando da nossa sistemática a possessória, quando a lesão à posse tivesse mais de ano e dia. Acabou êle com a ação de força velha espoliativa.

De fato, o Código deferiu o exercício dos interditos <<uti possidetis>> àqueles que demandassem dentro de ano e dia, prazo êsse de decadência. Se, dentro dêsse prazo, não lançou o prejudicado mão de tal recurso, a lei não lhe defere mais remédio possessório, por falta de um dos pressupostos, e tem êle de recorrer ao petitório.

A meu ver, assim se conciliam os arts. 506 e 508 do Código Civil, com a modificação trazida pelo Código de Processo Civil, que, além do mais, revogou o art. 523 (RODRIGUES, 1960, p. 20-21).

Não muito depois, nesses mesmos termos, inclusive fazendo referência ao artigo publicado, esse entendimento foi transposto para sua conhecida doutrina *Direito Civil* (RODRIGUES, 1964, p. 42-44), o que, explica, portanto, o fato do convalescimento ultimar-se com o ano e dia da posse do esbulhador:

O possuidor que se vê privado de sua posse, através de esbulho violento ou clandestino, tem o prazo de ano e dia, a contar da cessação da violência ou clandestinidade, para nela se reintegrar. Se por sua negligência deixa transcorrer tal prazo, perde a posse, pois a posse do esbulhador se consolida, só podendo ser êste convencido no juízo petitório, ou seja, através da ação de reivindicação (RODRIGUES, 1964, p. 61-62).

Em sentido contrário, no entanto, com relação à inexistência da ação de força velha, levantou-se a voz de Pontes de Miranda, uma vez que a anualidade a que se refere o art. 523 do CC/16 é de direito material, e não processual (MIRANDA, 1954, p. 413), de modo que o art. 371 do CPC/39 não o revogou, mas, apenas, *no plano do direito formal*, atendeu ao material (MIRANDA, 1954, p. 439), o que, de fato, é entendimento mais acertado, pois o legislador, na seara substancial, não limitou o direito à tutela possessória ao prazo de ano e dia de sua violação, como em outros ordenamentos estrangeiros, mas, sim, tão-somente disciplinou um

procedimento especial para quando a *actio* fosse de força nova – não prejudicando, portanto, a demanda deduzida sob a forma ordinária.

Com o advento do CPC/73, no entanto, essa questão perde, definitivamente, eventual fôlego para qualquer controvérsia⁸²⁻⁸³⁻⁸⁴, em face da expressa positivação da ação de força velha:

Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório⁸⁵.

⁸² Vale salientar que esse também era o entendimento jurisprudencial firmado, ao qual, a propósito, Washington de Barros Monteiro (1970, p. 62) submete-se antes mesmo do CPC/73: “Inúmeros julgados têm proclamado a sobrevivência do aludido preceito da lei civil, depois do advento do Código de Processo Civil e, por isso, não insistimos em nossa opinião, expendida nas edições anteriores, de que não mais vige a aludida disposição”.

⁸³ Ou ao menos assim deveria ser, como se vê da doutrina, claramente influenciada pela de Silvio Rodrigues, conforme sua bibliografia, de Maria Helena Diniz (2012, p. 79): “[...] se o adquirente a título clandestino ou violento provar que sua clandestinidade ou violência cessaram há mais de ano e dia, sua posse passa ser reconhecida (CC, art. 1.208), convalescendo-se dos vícios que a maculavam. O mesmo não ocorre com a posse precária, isto porque a precariedade não cessa nunca [neste caso, no entanto, a doutrinadora, ato contínuo, expressamente ressalva a possibilidade da interversão do título]”. Há que se ressaltar, a propósito, a manifesta contradição em admitir o convalescimento e a ação de força velha, como o faz a doutrinadora (DINIZ, 2012, p. 103-104), visto que, em havendo convalescimento, em tese, restaria depurada a injustiça da posse para respaldar a tutela possessória, o que não se observa nos demais civilistas consultados. Igualmente, a aparente confusão de Lenine Nequete (1981, p. 137-138): “No direito atual, entretanto, a posse, maculada na sua origem pela violência, pode fazer-se pacífica e dar lugar às ações possessórias, após um ano, e à usucapião, a partir do instante em que cessou o vício (C.C., art. 497)”.

⁸⁴ Deve ser lida com reserva, portanto, a doutrina do civilista Flávio Tartuce (2019, p. 46): “Além disso, segundo a visão clássica, e pelo que consta do art. 1.208, segunda parte, do atual Código Civil, as posses injustas por violência ou clandestinidade podem ser convalidadas, o que não se aplicaria à posse injusta por precariedade. Enuncia a norma em questão que ‘Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade’. O dispositivo acaba quebrando a regra pela qual a posse mantém o mesmo caráter com que foi adquirida, conforme o art. 1.203 do CC/2002, e que consagra o *princípio da continuidade do caráter da posse*. Ato contínuo, reconhece que aqueles que têm posse violenta ou clandestina não têm *posse plena*, para fins jurídicos, sendo meros detentores. Tal previsão causa perplexidade, pois acaba negando o conceito de posse injusta, entrando em clara contradição com o art. 1.200 da própria codificação. De toda sorte, o presente autor segue a linha que reconhece na posse injusta a existência de posse e não de detenção. Diante dessa situação jurídica, sempre foi comum afirmar, conciliando-se o art. 1.208 do CC/2002 com o art. 924 do CPC/1973, que, após um ano e um dia do ato de violência ou de clandestinidade, a posse deixaria de ser injusta e passa a ser justa. Essa posição majoritária deve ser mantida com o Novo CPC, pois o art. 924 do CPC/1973 equivale, sem grandes alterações estruturais, ao art. 558 do CPC/2015. Apesar desse entendimento, defendido, por exemplos, por Maria Helena Diniz (*Código Civil...*, 2005, p. 948), filiamo-nos à corrente que prega a análise dessa cessação caso a caso, de acordo com a finalidade social da posse (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil...*, 2004, v. V, p. 29 e VENOSA, Sílvio. *Código Civil...*, 2003, v. XII, p. 80). Eis mais uma aplicação do princípio da função social da posse, pois a categoria em questão está sendo analisada de acordo com o meio que a cerca”. Com efeito, é perceptível que a perplexidade e tentativa de resolução remontam a uma tradição de interpretação combatida neste artigo. Outrossim, embora defenda a possibilidade de convalidação da posse precária, Tartuce (2019, p. 46) afirma que “aquele que tem posse injusta não tem a *posse usucapível (ad usucapionem)*, ou seja, não pode adquirir a coisa por usucapião”, o que igualmente foi enfrentado neste estudo.

⁸⁵ Similarmente ao Código de Processo Civil de 2015, *vide* o art. 558: “Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando a ação for proposta dentro de ano e dia da turbação ou

Foi o que admitiu o próprio Silvio Rodrigues (1976, p. 31), ao ressaltar seu ponto de vista em nota de rodapé⁸⁶, embora, deve-se atentar, tenha mantido o corpo de sua doutrina *inalterado*⁸⁷:

O novo Código, em seu art. 924, extirpou a dúvida, pois proclamou, em sua parte final, que a ação de manutenção ou reintegração de posse, mesmo intentadas após o intervalo de ano e dia, não perdem o caráter possessório.

Solução antiquada, inconveniente, resultante tão-só do amor à tradição. Desde que a ação tome o rito ordinário, perde a maioria das vantagens de processo possessório. Todavia é a lei, e a vontade do legislador, manifestada de maneira iniludível, deve prevalecer.

Por último, promulgado o CC/02, inovação digna de nota foi, em observância às codificações de sede processual, expurgou de seu corpo normas processuais heterotópicas (FABRÍCIO, 2008, p. 466-467), especialmente as que tinham como escopo viabilizar a coexistência das ações processadas pelos ritos ordinário e sumário, escudadas na distinção, que não mais subsiste, entre posse nova e velha (NAVES, 2002, p. 269), remanescendo somente suas respectivas forças, influenciando unicamente no *episódio procedimental* da medida *in limine litis* (SILVA, 1989, p. 227), razão da especialidade do rito das ações possessórias, prosseguindo o processo, ato contínuo, pelas disposições correspondentes ao procedimento ordinário.

Não há, portanto, como também sustentar a possibilidade de convalidação dos vícios da posse com fundamento na inexistência da ação de força velha.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo abordou o instituto da posse e dos interditos possessórios adremente pela óptica legal e dogmática. Alvitrou-se essa escolha metodológica, com efeito, por força dos contornos hialinamente históricos que perpassam a matéria, anelando-

do esbulho afirmado na petição inicial. Parágrafo único. Passado o prazo referido no *caput*, será comum o procedimento, não perdendo, contudo, o caráter possessório”.

⁸⁶ Na doutrina de Washington de Barros Monteiro (1975, p. 61), entretanto, não houve mais qualquer advertência acerca do posicionamento anterior do jurista.

⁸⁷ Inclusive perante o CC/02, em que mantém a mesma nota de rodapé ressaltando seu posicionamento (RODRIGUES, 2002, p. 30).

se, assim, esquadrihar seus fundamentos e princípios norteadores intrínsecos.

Não obstante, para além do contributo para uma discussão *de lege ferenda*, os reflexos práticos são sensíveis e notáveis, pois que a devida compreensão do sistema de tutela possessória permitirá, *de lege lata*, que os litígios sejam melhor deslindados na praxe forense.

Outrossim, diante das causas remotas e assaz vetustas que determinaram e galvanizaram as problemáticas enfrentadas, qual um arqueólogo, intentou-se igualmente resgatar a *opinio* de civilistas e processualistas de antanho, a fim de acompanhar o *iter* histórico das doutrinas que paulatinamente exsurgiram e como, naturalmente, influenciaram os juristas vindouros.

Para fins conclusivos, passa-se, na sequência, a assentar todos os corolários emergentes da presente pesquisa.

A posse injusta não convalesce de seus vícios antes da usucapião, seja na dinâmica do juízo possessório, em que se controverte acerca da relatividade dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade, sem prejuízo da excepcional arguição da má-fé por parte de terceiro que recebeu a coisa, seja no contexto do juízo petitório, em que somente prevalece a oponibilidade de título justo contra o direito real.

Os vícios, assim, todos eles, são verdadeiramente temporários. Somente a usucapião tem o condão de purgá-los, à exceção da hipótese meramente cogitada de eventual acordo voluntário entre os particulares envolvidos.

Deveras, iniciada a posse injusta, deflagram-se os prazos da prescrição extintiva, em prejuízo do ofendido, e aquisitiva, em benefício do ofensor, de sorte que seu convalescimento compagina-se intimamente com o interesse do molestado na tutela de sua posse ou propriedade.

Tratando-se, como efetivamente se trata, de uma questão apenas histórica, a tese do convalescimento dentro do prazo de ano e dia, hodiernamente, carece de qualquer espaço para forcejar sua revivificação diante dos diplomas vigentes.

Em particular, assentou-se que não há cogitar da temporariedade dos vícios da posse diante do art. 497, *in fine*, do Código Civil de 1916, reproduzido no atual art. 1.208, *in fine*, do Código Civil de 2002, sendo certo que a norma foi extraída do direito estrangeiro filiado à teoria subjetiva, em que a precariedade, senão com a interversão do título, configura detenção, e não posse.

Lado outro, a higidez da inadmissibilidade da ação de força velha sequer perante o Código Civil de 1916 poderia ser seriamente defendida. Embora tenha sagrado certa força

com o advento do Código de Processo Civil de 1939, sua importância, definitivamente, restou fulminada com o Código de Processo Civil de 1973, em que se ressalvou, textualmente, que mesmo o meio ordinário não perderia o caráter possessório.

Digna de nota, no entanto, é a doutrina de civilistas dissidentes, em especial de Silvio Rodrigues, que manteve incólume seu posicionamento acerca do convalhecimento da posse injusta, isso confessadamente mesmo *contra legem*, restringindo também a purgação às máculas da violência e clandestinidade, afastando a precariedade.

Nesse contexto, é forçoso reconhecer que a perpetuação e potencial indefinição dos litígios possessórios, o mais das vezes intermináveis, derivam antes de um deliberado apego à tradição, fielmente seguida por Bevilacqua, do que à abertura a inovações estrangeiras que prestigiam a celeridade e censuram a inércia, quiçá como um traço particular do brasileiro, um insólito *homo litigator*, objeto por si só de um estudo à parte.

Finaliza-se, dessarte, em face dos argumentos expendidos e dos fundamentos esquadrihados, quer pela óptica teórica, quer pelo ângulo positivo, que a *vexata quaestio* do convalhecimento da posse injusta dentro de ano e dia deveria resumir-se a uma mera curiosidade histórica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Direito das cousas**: exposição systematica desta parte do direito civil patrio. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1908.

ALVES, José Carlos Moreira. A detenção no direito civil brasileiro. *In*: CAHALI, Yussef Said (Coord.). **Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 1-31.

_____. A “Gewere” – um instituto do antigo direito germânico. **Revista da faculdade de direito da universidade de são paulo**, n. 63, p. 193-228. 1968.

_____. A posse – do antigo direito português ao código civil brasileiro. **Boletim da faculdade de direito / Universidade de Coimbra**, v. LVIII, p. 655-693.1982.

_____. **Direito romano**. 5. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1.

_____. O problema da vontade possessória: *besitzwille*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, ano 8, n. 4, p. 17-26, out./dez. 1996.

_____. O projeto de código civil de Clóvis Bevilacqua. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 48, n. 281, p. 5-17, mar. 2001.

_____. **Posse**: introdução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.

_____. **Posse**: estudo dogmático. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 2, t. 1.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **O usucapião no âmbito material e processual**. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Posse**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARRUDA, Alvim. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. *In*: CAHALI, Yussef Said (Coord.). **Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 39-67.

_____; COUTO, Mônica Bonetti. Do direito das coisas (arts. 1.196 a 1.224). *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 11, t. 2.

BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos estados unidos do brasil comentado**. 3.ed. São Paulo: Francisco Alves, 1930, v. 3.

_____. **Direito das coisas**. 4. ed. Atualização de José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1.

_____. Observações para esclarecimento do código civil brasileiro. *In*: **Projecto do código civil brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 03-46, v. 1.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. **Lei nº. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. **Lei nº. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

CORDEIRO, António Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas atuais. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 1999.

CRUZ, Guilherme Braga. A posse de ano e dia no direito hispânico medieval. **Boletim da faculdade de direito / Universidade de Coimbra**, v. XXV, p. 655-693.1982.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

ESPAÑA. **Real decreto de 24 de julio de 1889**. Código civil. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. **Ley 1/2000**, de 7 de enero. Ley de Enjuiciamiento civil. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 13 dez. 2021.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**. 9. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 8, t. 3.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA. **Loi du 21 mars de 1804**. Code civil. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20121022>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. **Décret n. 75-1123**, de 5 de dezembro de 1975. Code de procédure civile. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20121022>. Acesso em: 13 dez. 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1.

_____. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 3.

FULGENCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**: theoria legal – jurisprudencia – practica. São Paulo: Livraria Academica, 1922.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmoló. **Ação reivindicatória**: teoria e prática. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1997.

ITÁLIA. **Regio decreto 2 de abril de 1865, n. 2215**. Codice civile. Disponível em: http://www.notaio-busani.it/it-it/codice_civile_1865.aspx. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. **Regio Decreto 16 de março de 1942, n. 262**. Codice civile. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codicecivile>. Acesso em: 13 dez. 2021.

JHERING, Rudolf von. **O fundamento dos interdictos possessorios**: com um appendice contendo o estudo sobre o <<corpus possessionis>>, do auctor, e uma critica da theoria possessoria do mesmo, pelo Dr. Joseph Duquesne. Tradução de Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Laemmert, 1900.

_____. **Questões de direito civil**. Tradução de Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Laemmert, 1899.

LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de direito civil**: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v. 6.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1.

MARQUES, Jose Manuel de Azevedo. **A acção possessoria no codigo civil brasileiro**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1923.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Tratado das ações**. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: 1998, Bookseller, t. 2.

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 10.

MONTEIRO, João. **Theoria do processo civil e commercial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1925, 3. v.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 1953.

_____. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 9. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1970.

_____. **Curso de direito civil:** Direito das coisas. 14. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Posse e detenção. **AJURIS**, Porto Alegre, ano 13, n. 38, p. 110-120, nov. 1986.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. **Posse e ações possessórias:** frente ao novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva:** usucapião. 3. ed. atual. Porto Alegre: AJURIS, 1981. (AJURIS, v. 17).

NERY JÚNIOR, Nelson. Proteção judicial da posse. **Revista de direito privado**, São Paulo, n. 7, p. 104-127, jul./set. 2001.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Maria de. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo civil. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Corpus e animus na posse em direito romano.** Rio de Janeiro: Rodrigues & C., 1936.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas.** Adaptação de José Bonifácio de Andrada e Silva. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PORTUGAL. **Decreto-Lei 47.334**, de 25 de novembro de 1966. Código civil. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 13 dez. 2021.

REZENDE, Astolpho. **A posse e a sua protecção.** São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937a, v. 1.

_____. **A posse e sua protecção.** São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937b, v. 2.

_____. **Do direito das cousas.** In: LACERDA, Paulo de (Org.). **Manual do código civil brasileiro.** 2. tir. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, v. 7.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Da posse e das acções possessórias:** segundo o direito patrio comparado com o direito romano e canonico. 2. ed. São Paulo: Grande Livraria Paulista, 1901.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. São Paulo: Max Limonad, 1964, v. 5.
- _____. **Direito civil**: direito das coisas. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 5.
- _____. **Direito Civil**: direito das coisas. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.
- _____. Variações sobre o tema da posse. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 49, v. 291, p. 18-28, jan. de 1960.
- RODRIGUES JÚNIOR, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1926.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente no ponto de vista pratico. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934, v. 7.
- _____. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista prático. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v. 7.
- _____. **Código de processo civil interpretado**: artigos 354 a 464. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, v. 5.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**: edição universitária. 1. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 2 v.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 2.
- SOUZA, Hersilio de. **Da posse na doutrina e no código**. Recife: Imprensa Nacional, 1927.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das coisas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 4.
- TEIXEIRA, Paulo Rodrigues. **A posse e os interdictos possessórios**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1923.
- WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das coisas. Colaboração de Álvaro Villaça Azevedo. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, v. 4.

A NÃO UTILIZAÇÃO PELOS JUÍZES DOS CRITÉRIOS NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS NA ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SUS

Luísa Rinaldi Silvestri



A NÃO UTILIZAÇÃO PELOS JUÍZES DOS CRITÉRIOS NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS NA ANÁLISE DAS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SUS

NON-USE BY JUDGES OF NORMATIVE AND JURISPRUDENTIAL CRITERIA IN ANALYSIS OF LEGAL DEMANDS OF MEDICINES NOT STANDARDIZED BY SUS

Luísa Rinaldi Silvestri¹

RESUMO

A finitude de recursos – e a conseqüente impossibilidade de se ofertar publicamente todos os medicamentos disponíveis no mundo – levou à criação de critérios legais e jurisprudenciais para a distribuição racional de fármacos pelo poder público. Contudo, pesquisas recentes demonstram o contínuo crescimento do número de demandas judiciais pleiteando a concessão pública de novos medicamentos. O objetivo do estudo será, então, a partir da análise dos parâmetros já existentes e dos efeitos negativos desse excesso de intervenção judicial, avaliar as aparentes causas da falta de adesão por parte dos magistrados dos critérios já construídos para a concessão de medicamentos pelo Poder Público.

Palavras-chave: Medicamentos. Não padronizados. SUS. Critérios. Juízes.

ABSTRACT

The finitude of resources - and the consequent impossibility of the government publicly offering all available medicines in the world - led to the creation of legal and jurisprudential criteria for the rational distribution of drugs by the Government. However, recent research demonstrates the continued growth in the number of lawsuits claiming the public concession of new medicines. Therefore, the objective of the study will be to evaluate, from the analysis of the existing parameters and the negative effects of this excess of judicial intervention,

¹ Luísa Rinaldi Silvestri: Juíza de Direito de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela Faculdade Anhanguera; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

the apparent causes of the magistrates' lack of adherence to the criteria already built for the concession of medicines by the Government.

Keywords: Medicines. Not standardized. SUS. Criteria. Judges.

1 INTRODUÇÃO

Um estudo elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2019, demonstrou que o número de demandas judiciais relativas ao tema da saúde registrou um aumento de 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos cresceu 50% no mesmo período². A atualidade e a relevância do tema estão, portanto, justificadas.

Ao lado da litigância judicial envolvendo a esfera da saúde suplementar (os planos de saúde), o pedido de fornecimento de tratamentos e medicamentos financiados pelo Estado representa grande parcela desse aumento de processos.

A Constituição prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196), organizada ainda pela diretriz do atendimento integral e preventivo (art. 197).

Ocorre que a consagração do direito no texto constitucional não é capaz de solucionar o problema relativo à finitude dos recursos públicos.

Se o orçamento público destinado para a saúde certamente não é capaz de financiar todos os medicamentos e tratamentos hoje existentes de forma universalizável a todos os cidadãos, deve-se questionar como e quem fará essas escolhas alocativas. Da mesma forma, é preciso investigar quais os impactos do crescimento das demandas judiciais na distribuição pública desses serviços.

Partindo desse cenário, busca-se, por meio do presente estudo, verificar quais critérios são capazes de auxiliar o julgador na tomada de decisões sobre saúde pública e minimizar os efeitos negativos da interferência judicial em políticas públicas, bem como quais os motivos da ausência de progresso nesse intento, conforme demonstram as pesquisas mais recentes.

Como ponto de partida, será feita uma breve síntese sobre a problemática da efetividade dos direitos sociais, pela análise do confronto entre o tratamento jurídico conferido

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=88612%3Ademandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos&catid=813%3Acnj&Itemid=4640&acm=270008_11824. Acesso em: 16 maio 2019.

aos direitos fundamentais e os custos para o seu financiamento.

Adentrando na seara do direito à saúde, será apresentada a evolução dos principais critérios construídos pelo legislador e pelos tribunais para a concessão pública de medicamentos. Regulamentando a normatização aberta da Constituição, a Lei n. 8.080/1990, com suas posteriores alterações, estruturou o Sistema Único de Saúde e a forma de incorporação de novas tecnologias. As demandas sobre medicamentos não incorporados a esse sistema resultaram na criação de mais parâmetros para a intervenção judicial. Além disso, plataformas de dados técnicos foram criadas para subsidiar o convencimento do juiz.

Investigados os parâmetros existentes, os impactos das decisões judiciais no Sistema Único de Saúde e na gestão orçamentária passarão a ser enfrentados por intermédio de pesquisas especializadas.

Por fim, hipóteses serão levantadas sobre a razão da aparente falta de adesão por parte dos magistrados dos critérios já construídos para a concessão de medicamentos pelo Poder Público, incluindo inconscientes padrões comportamentais.

A pesquisa se iniciou pelo acompanhamento de dados oficiais – coletados por pesquisa recente do Conselho Nacional de Justiça, obtidas nos tribunais por meio da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) – sobre o crescimento de demandas judiciais que exigem do Estado prestações relacionadas a direitos sociais, mais especificamente no âmbito da saúde pública.

A partir de tal premissa, foram revisadas algumas fontes bibliográficas sobre os direitos sociais e sua exigibilidade, a evolução das decisões dos Tribunais Superiores no assunto (por meio dos repositórios de jurisprudência de cada Tribunal) e as publicações científicas que tratam de parâmetros para a tomada de decisões em situações em que o direito à saúde encontra limites no orçamento público.

O conteúdo foi selecionado priorizando autores com experiência profissional no assunto e será exposto especialmente com base na ordem cronológica dos debates travados sobre essa temática. Serão abordados temas como a discussão sobre a exigibilidade de direitos a partir da promulgação da Constituição vigente e as dificuldades atualmente enfrentadas na judicialização da saúde, mesmo já definidos alguns parâmetros em demandas repetitivas.

A pesquisa será, portanto, descritiva, mas exploratória quanto aos motivos dos resultados apresentados nos estudos colhidos.

Evidente que não se esgotará o tema, debatido há anos no âmbito acadêmico e jurisprudencial, mas, respeitada a independência funcional, serão analisadas técnicas que facilitem o enfrentamento dessa questão tão sensível ao direito e à própria vida humana.

2 DIREITO À SAÚDE E SUA EXIGIBILIDADE JUDICIAL

2.1 BREVE SÍNTESE SOBRE A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O tratamento jurídico conferido aos direitos sociais sofreu grande transformação com a Constituição vigente, que os consagrou como direitos fundamentais e lhes assegurou força normativa, segundo a corrente teórica aqui adotada. Isso fez com que fossem, pelo menos em tese, submetidos ao mesmo regime jurídico de aplicação imediata dos demais direitos fundamentais³.

Esse tratamento não é apenas distinto do presente nos anteriores textos constitucionais pátrios, mas também peculiar se comparado com o regime aplicado em diversos países, que atribuem, como regra, aos direitos sociais eficácia mais restrita ou caráter programático. Tendo como um dos fundamentos a redação mais aberta dos preceitos normativos, os adeptos da limitação da eficácia dos direitos sociais acabam por condicionar sua exigibilidade à prévia atuação do legislador, que especificaria as posições subjetivas do titular do direito. Conforme previsto na obra coordenada por Ingo Sarlet⁴: “a conformação do âmbito de proteção dos direitos sociais estaria, segundo tal orientação, em sua maior medida, nas mãos do legislador infraconstitucional”.

Ocorre que a distinção de tratamento jurídico deixa de ser relevante se não acompanhada da preocupação com a efetividade das normas constitucionais. A mera previsão em textos normativos não faz surgir de forma automática as prestações dos direitos neles previstos, assim como não o fazem as decisões judiciais. Sem meios de assegurar sua efetividade, são apenas palavras.

Para atingir a realidade, além de vontade política e da necessidade de compatibilização das normas do ordenamento jurídico, a aplicação dos direitos sociais depende – e muito – de financiamento público.

O problema é que, embora não haja limitação bem definida dos direitos assegurados no ordenamento, há finitude bem clara dos recursos.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 608-611.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 612.

Nesse contexto, destaca-se a teoria da reserva do possível, reconhecida em paradigmática decisão da Corte Constitucional alemã sobre a disponibilidade de vagas em universidade⁵. De acordo com a tese, a exigibilidade dos direitos dependeria da existência de recursos financeiros, de previsão orçamentária e da razoabilidade da pretensão reclamada.

A utilização indiscriminada dessa teoria tem sido alvo de críticas. Isso porque a força normativa da Constituição não pode ser submetida ao desejo do gestor, de modo que alegações genéricas de ausências de recursos não justificariam omissões estatais. Por outro lado, ignorar a finitude dos recursos e os aspectos dos orçamentos no momento de se proferir decisões interferindo em políticas públicas poderá causar ainda mais problemas na efetividade dos direitos.

Na obra “O custo dos direitos”, Cass Sunstein⁶ bem justificou que “para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos”, pois

a imposição ou garantia dos direitos não depende somente dos tribunais. Para remediar as violações passadas e impedir as futuras, os tribunais dependem da cooperação de órgãos do poder executivo, os quais, por sua vez, sempre operam no contexto de violentas restrições fiscais. O problema é muito claro no que se refere aos serviços sociais. Os departamentos de serviço social recebem verbas limitadíssimas para lidar com problemas potencialmente infinitos; usando o conhecimento detalhado que possuem da situação real da região onde operam, precisam distribuir os poucos recursos que têm à disposição da maneira que julgarem mais eficaz. Em razão das difíceis restrições orçamentárias, certas vítimas potenciais de maus-tratos se tornam vítimas efetivas e o Estado pouco terá feito para impedir que isso aconteça. Essa situação é deplorável, mas num mundo imperfeito, onde os recursos são limitados, também é inevitável. Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos.

Essas considerações demonstram os desafios enfrentados para a efetividade do direito à saúde, previsto no título destinado à ordem social do texto constitucional.

Pelo teor dos arts. 196 e 198 da Carta Magna, a prestação do direito à saúde é dever do Estado, que a fornecerá por meio de políticas sociais e econômicas organizadas, com base na integralidade e na descentralização, e financiada, além de outras fontes, com recursos do orçamento da seguridade social de todos os entes.

Apesar do novo paradigma constitucional e do reconhecimento da força normativa

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 676.

⁶ SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. WMF Martins Fontes. E-book Kindle.

da Constituição, já referidos, até início dos anos 2000, as decisões judiciais que tratavam da exigibilidade de direitos sociais tendiam a condicioná-los à existência de dotação orçamentária específica.

Porém, em caso paradigmático julgado em setembro de 2000 (RE 271286/RS)⁷, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela possibilidade de extração direta da Constituição de pretensões individuais tratando do direito público subjetivo à saúde. Assim, não obstante a elaboração e execução de políticas públicas serem encargos típicos dos poderes legislativo e executivo, os direitos sociais passaram a ser diretamente assegurados por decisões judiciais⁸.

Nesse novo cenário, diante da estrutura aberta da linguagem empregada nos textos que consagram os direitos sociais – o que denota a menor densidade normativa dos dispositivos da constituição – e da escassez dos recursos, o fornecimento público de saúde passou, então, a carecer de parâmetros mais bem definidos.

2.2 EVOLUÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS PARA A CONCESSÃO PÚBLICA DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Regulamentando as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a Lei n. 8.080/1990 definiu a forma de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), uma complexa organização estruturada com base nas competências de cada ente, nos recursos humanos e financeiros disponíveis e na definição de coberturas de tratamentos.

Já a Lei n. 10.742/2003 definiu normas de regulação para o setor farmacêutico, como forma de estimular a oferta e a competitividade, e criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, em cujas atribuições incluiu o estabelecimento de critérios para a fixação dos limites de preços dos produtos novos.

Em 2011, foi editada a Lei n. 12.401, acrescentando disposições à Lei n. 8.080/1990, para determinar, dentre outros pontos, que a assistência terapêutica integral no âmbito do SUS se realizaria com base em protocolos clínicos ou em relações de medicamentos instituídos pelos gestores públicos (art. 19-M e art. 19-P).

A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, seriam atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela então criada

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 12/09/2000.

⁸ RODRIGUEZ, José Luis Castro. **A efetivação judicial do Direito fundamental à saúde e o orçamento público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 18-19.

Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS (art. 19-Q).

O processo administrativo de incorporação foi regulamentado pelo Decreto n. 7.646/2011. O requerimento de instauração do processo é apresentado, instruído com documentos mínimos. Feita a avaliação prévia da conformidade do pedido, o plenário da CONITEC – composto de treze membros, representantes de diversos órgãos e entidades da área da Saúde – faz recomendações e apresenta parecer conclusivo. O parecer é submetido a consultas públicas. Avaliadas as contribuições, o plenário ratifica ou retifica as recomendações.

Verifica-se a necessidade de realização de audiências públicas, conforme a relevância do tema. O processo é encaminhado ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão.

Da leitura do §2º do art. 19-Q da Lei n. 8.080/1990, inserido pela Lei n. 12.401/2011, extrai-se, ainda, que, pelo legislador, foram eleitos os seguintes critérios para incorporação de tecnologias no SUS: “evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo” e “avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas”.

Além disso, a fim de evitar que as violações de direitos decorressem da mora excessiva na análise dos pedidos, a Lei n. 8.080/1990 também passou a estabelecer prazos nos procedimentos administrativos para novas incorporações. O processo mencionado deve ser concluído em cento e oitenta dias, contado da data do protocolo do requerimento, admitida a prorrogação justificada por noventa dias (art. 19-R). Já da publicação da decisão de incorporar a tecnologia em saúde, as áreas técnicas terão prazo máximo de cento e oitenta dias para efetivar a oferta ao SUS (art. 25 do Decreto n. 7.646/2011).

Mesmo com a definição dos parâmetros legais para o fornecimento público de medicamentos, as demandas judiciais continuavam – e crescendo – pleiteando, além daqueles já incorporados na rede pública, outros fármacos cujo oferecimento era negado pelo Sistema Único de Saúde.

Muitos desses pedidos foram acolhidos, fundamentados na força normativa e na aplicação imediata dos direitos fundamentais, bem como no fato de o Poder Judiciário não poder se esquivar de analisar lesões ou ameaças de lesão a direitos, mesmo quando decorrentes de decisões dos demais poderes sobre a implementação de políticas públicas.

Contudo, novos critérios deveriam pautar essa atuação a fim de não desestruturar o Sistema Único de Saúde.

Por isso, em 2016, o tema foi julgado sob o rito do incidente de resolução de

demandas repetitivas no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No julgamento⁹, fixou-se a seguinte tese:

1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).

1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, em sede do regime dos recursos repetitivos, fixou semelhante tese¹⁰:

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.

Como um dos requisitos estabelecidos na lei e na jurisprudência envolve a análise da necessidade do medicamento, ganharam importância ainda os Núcleos de Apoio Técnico, cuja criação foi estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Pela Resolução n. 238 de 2016 do CNJ, determinou-se a criação pelos tribunais

⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. em 09/11/2016

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, j. em 25/04/2018.

dos Comitês Estaduais de Saúde, que teriam entre suas atribuições auxiliar na “criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências”.

Em 2017, através de uma parceria realizada entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério da Saúde e o Hospital Sírio Libanês, criou-se uma plataforma no CNJ que também permite acesso à base de dados para análise de evidências científicas¹¹.

Recentemente, o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas foi regulamentado pelo Provimento n. 84 de 14/08/2019 do CNJ.

Não especificamente na área da saúde, mas com influência direta no setor, há também as recentes alterações na lei de introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), que passou a dispor expressamente, nos seus arts. 20 e 21, a necessidade da consideração das consequências práticas da decisão judicial. A ementa da lei responsável pela alteração (Lei n. 13.655/2018) prevê como sua finalidade a “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Por fim, vale mencionar a existência do projeto de lei do Senado n. 415 de 2015, que “Altera a Lei Orgânica da Saúde (8.080/1990) para tornar obrigatória a definição em regulamento e a divulgação do indicador ou parâmetro de custo-efetividade utilizado na análise das solicitações de incorporação de tecnologia e determinar a aleatoriedade e publicidade na distribuição dos processos às instâncias responsáveis por essa análise”.

Contudo, mesmo com toda essa evolução na definição de parâmetros, os impactos das decisões judiciais no Sistema Único de Saúde e na gestão orçamentária são preocupantes.

3 IMPACTOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Embora existam outros modelos de financiamento público de saúde ao redor do mundo, o brasileiro destaca-se por ser extremamente ambicioso na previsão de direitos – sem exclusão de áreas da saúde ou previsão de alguma forma de coparticipação –, mas com investimentos que não acompanham a mesma pretensão, mesmo após a Emenda Constitucional n. 29 de 2000, que estabeleceu percentuais de vinculação da receita de cada ente à saúde.

Em novembro de 2018, o Conselho Federal de Medicina divulgou um estudo sobre

¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. CNJ e Ministério da Saúde lançam ferramenta de apoio ao judiciário para ações em saúde. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41905-cnj-e-ministerio-da-saude-lancam-ferramenta-de-apoio-ao-judiciario-para-acoas-em-saude>. Acesso em: 16 maio 2019

o investimento público brasileiro em saúde. O resultado demonstrou o baixo investimento brasileiro em comparação ao de países com sistemas semelhantes de cobertura. Com efeito, constam no referido estudo divulgado pela Agência do Senado¹² que:

De acordo com o levantamento, o gasto governamental médio por habitante em 2017 foi de R\$ 1.271,65 (cerca de US\$ 340), somando-se todas as esferas — União, estados e municípios. No Reino Unido, considerado modelo de sistema universal, por exemplo, o gasto per capita foi dez vezes maior: US\$ 3,5 mil, valor semelhante aos aplicados por França e Canadá, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS). Mesmo a Argentina, com US\$ 713, investiu mais do que o dobro.

Por outro lado, os gastos com judicialização são crescentes. Em auditoria do Tribunal de Contas da União divulgada em 2017¹³, constatou-se que de 2008 a 2015 os gastos da União com processos judiciais aumentaram mais de 1.300%.

O último levantamento de dados divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019, também demonstra que as demandas judiciais relativas à saúde continuaram crescendo (130%) de 2008 a 2017¹⁴.

A desestruturação do orçamento público, que garantiria planejamento e transparência no uso dos recursos públicos, é evidente caso não sejam adotados parâmetros sérios nas demandas relativas ao tema da saúde pública.

Sobre os impactos no orçamento público, Fábio Ferreira Mazza, mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo, e Áquilas Nogueira Mendes, doutor em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Campinas, destacam¹⁵:

Ocorre que os juízes não observam e não consideram, muitas vezes, as políticas que envolvem o direito à saúde. Ficam restritos somente a uma leitura do ordenamento jurídico sem observarem o planejamento orçamentário, conforme estabelece a exigência legal da LRF, inviabilizando dessa forma a sustentabilidade financeira da política de saúde; devido à incompatibilidade entre a decisão do

¹² AGÊNCIA DO SENADO. **Na saúde, governo deve enfrentar desafio de financiamento do SUS.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/25/na-saude-governo-deve-enfrentar-desafio-de-financiar-o-sus>

¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos Públicos com judicialização.** Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=88612%3Ademandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos&catid=813%3Acnj&Itemid=4640&acm=270008_11824. Acesso em: 16 maio 2019

¹⁵ MAZZA Fábio Ferreira; MENDES Áquilas Nogueira. **Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública.** Revista Direito Sanitário, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014. Acesso em: 16 maio 2019

Poder Judiciário e o campo normativo das finanças públicas – exigência a ser cumprida pelo Poder Executivo. Nota-se que, mesmo a decisão judicial sendo direcionada à concretização do direito fundamental social à saúde, ela não considera a complexidade dos critérios normativos legais e a possibilidade da execução por meio dos recursos alocados no orçamento.

O judiciário cuida de casos isolados. Mesmo quando está diante de ações coletivas, enfrenta uma parcela muito pequena do que representam as demandas sociais. As poucas informações de que dispõe, aliadas à desobrigação de prestar contas a um eleitorado, tornam questionável a interferência judicial na definição de destinação de recursos públicos escassos na intensidade presenciada atualmente¹⁶.

Isso ainda leva o Brasil a maior exposição às fraudes na indústria farmacêutica, sendo de conhecimento público a existência de indenizações milionárias de fabricantes de medicamento por constatação de atuações irregulares. Na verdade, as multas contra multinacionais farmacêuticas já alcançaram as cifras dos bilhões diante de acusações de pagamento de comissões a médicos para que prescrevessem medicamentos irregularmente ou de omissões de efeitos colaterais sérios dos remédios¹⁷.

Se mesmo com a análise de segurança do medicamento pelo registro na Anvisa, de preço máximo para a venda pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos e da relação custo-efetividade pela CONITEC, o país ainda não está imune a tais fraudes, o que se dirá do oferecimento público de medicamentos por decisões de magistrados não especialistas no assunto.

Não se quer dizer com isso que as políticas públicas não estão sujeitas ao controle judicial, mas que este também pode trazer efeitos nocivos se não bem fundamentado.

4 A NÃO APLICAÇÃO PELOS JUÍZES DOS CRITÉRIOS DA UNIVERSALIDADE E DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIA

Como visto, pesquisas não demonstram uma evolução positiva na redução de novas demandas judiciais de concessão pública de medicamentos ou de menor participação

¹⁶ SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. E-book Kindle.

¹⁷ KEDOUK, Marcia. **As 10 maiores fraudes na indústria farmacêutica**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/as-10-maiores-fraudes-da-industria-farmaceutica/>. Acesso em: 16 maio 2019

do Judiciário no comprometimento do orçamento público destinado à saúde, mesmo após todos os critérios normativos e jurisprudenciais definidos para auxiliar na decisão judicial.

Sem adentrar na discussão, neste artigo, sobre a possibilidade de a intervenção judicial sobre medicamentos não incorporados ao SUS dever se limitar a demandas coletivas – que tratassem de aspectos estruturais do sistema, como ocorrido na Colômbia¹⁸ –, os efeitos negativos decorrentes da intervenção judicial não parecem decorrer apenas da falta de parâmetros, mas da pouca adesão àqueles já existentes.

O relatório “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”¹⁹, elaborado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, investigou a fundamentação das decisões judiciais sobre o assunto. Os resultados demonstram alta preterição dos Tribunais de importantes fontes de auxílio na análise judicial das evidências científicas do medicamento pleiteado, mais especificamente as informações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC), do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT) e dos Protocolos Clínicos.

Figura 1: Acórdãos de Judicialização da Saúde que mencionam CONITEC, Protocolos e NATs, por região do País (apenas Tribunais de Justiça)

AGRUPAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA EM REGIÕES	CONITEC	NAT	PROTOCOLOS
Norte	0,76%	20,10%	4,24%
Nordeste	0,06%	24,59%	1,58%
Sudeste	0,10%	14,75%	4,77%
Sul	1,49%	9,67%	8,54%
Centro-Oeste	0,04%	36,40%	7,41%
Total	0,51%	15,06%	5,83%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Sobre a menção das listas públicas de tecnologias formalmente incorporadas ao SUS, quais sejam, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a Relação

¹⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-760/2008. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁹ 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: 10 ago. 2019.

Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e as relações municipais de medicamentos (REMUME), os resultados também foram ínfimos.

Figura 2: Acórdãos que mencionam as Relações de Medicamentos, por Região
(considerando os números dos Tribunais de Justiça)

AGRUPAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA EM REGIÕES	RENAME	RENASES	REMUME
Norte	7,205%	0,232%	0,000%
Nordeste	2,977%	0,000%	0,025%
Sudeste	2,951%	0,005%	0,006%
Sul	4,682%	0,005%	0,005%
Centro-Oeste	1,082%	0,000%	0,000%
Total	3,404%	0,007%	0,006%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Vale destacar que a pesquisa considerou a simples menção, sem aprofundar a forma como os dados foram enfrentados, se as conclusões técnicas foram refutadas ou acatadas ou mesmo se as informações apenas foram citadas de forma neutra.

Considerando as negativas consequências já analisadas da intervenção judicial sem critérios em políticas públicas, o magistrado deveria exigir maior rigor de detalhamento das prescrições médicas que acompanham as peças iniciais. Além disso, poderia realizar o confronto dessas prescrições com outras fontes de evidências científicas (CONITEC, NAT, Protocolos) para formar seu convencimento sobre a necessidade de custeio pelo Estado daquele medicamento.

Não se trata de colocar sempre em dúvida a atuação médica de prescrição de determinado medicamento no regular exercício de sua profissão, mas de aplicar parâmetros para qual prescrição é justificável o financiamento público.

A baixa menção às listas públicas também demonstra a falta de preocupação na investigação dos medicamentos já disponíveis para aquela moléstia.

Se os recursos são escassos, determinar o que é prioridade e quem deve ser beneficiado por essas escolhas será sempre uma decisão trágica. Entretanto, deve ser dada preferência às decisões alocativas definidas democraticamente pelos poderes eleitos para tanto.

Constatada a previsão de cobertura no SUS do que é postulado, é certo que há o direito subjetivo de cumprimento da política já definida pelo Poder Público, devidamente demonstrado o interesse de agir através do pedido prévio e da negativa administrativa. Nesse caso, não há falar em ingerência judicial na formulação de políticas públicas, pois estas já foram estabelecidas pelos demais poderes.

Já na ausência dessa previsão, investiga-se a razão de tal lacuna, se há de fato uma omissão do Poder Público ou se a circunstância está amparada em decisão administrativa fundamentada. A negativa pode decorrer da ausência de evidências científicas seguras sobre sua efetividade ou até mesmo de vedação legal, como a falta de registro na Anvisa (art. 12 da Lei n. 6.360/1976), ressalvadas hipóteses excepcionais²⁰ ou tratamentos experimentais.

Agora, se a prestação pleiteada não estiver prevista pelo SUS e houver outra opção de tratamento para a moléstia do paciente, deve-se, em regra, privilegiar a escolha feita pelo administrador. Evidente que uma situação peculiar do caso pode justificar a ineficácia para o paciente daquela política pública definida de forma genérica. Todavia, não será qualquer efeito adverso ou qualquer tratamento (sem bases científicas sólidas de sua efetividade) que fundamentará essa substituição, sob pena de a utilização de recursos públicos para o custeio da saúde ficar subordinada à conveniência de cada postulante.

No julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da judicialização da saúde e os entraves da efetividade dos direitos sociais como um todo, após audiências públicas com participações de diversos setores sociais. A Corte, interpretando o art. 196 da Constituição Federal, concluiu que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento relacionado à saúde, mas o direito público subjetivo a políticas públicas de saúde. Assim, prestações individuais não poderiam comprometer o Sistema Único de Saúde. Nas palavras do relator, Ministro Gilmar Mendes²¹:

[...] um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que **a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.** Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, plenário, j. em 22/5/2019

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 17/03/2010.

ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais ao atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma **podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.** (sem todos os grifos no original)

Inevitável, assim, o questionamento sobre o porquê da baixa utilização pelos juízes – conforme a pesquisa realizada pelo CNJ – das bases de dados técnicos que tratam das evidências científicas sobre o fármaco pleiteado e sua comparação com aquele medicamento já incorporado.

Os critérios legais para incorporação de tecnologias no SUS, quais sejam, “evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo” e “avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas”, não foram reconhecidos pela Corte Constitucional como incompatíveis com o direito fundamental à saúde. Na verdade, são parâmetros justificáveis para a concretização da previsão constitucional de universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços de saúde. Assim, eventual inconstitucionalidade das disposições legais que estabelecem a forma de incorporação de novos medicamentos não parece ser a razão dos resultados da pesquisa.

Não há como se negar, porém, que a aplicação desses parâmetros na interpretação do direito à saúde demanda uma análise interdisciplinar, que não se limita à discussão teórica sobre o grau de efetividade das normas constitucionais. A constatação de evidências científicas sobre tecnologias na área médica e o resultado da comparação de benefícios daquele bem pleiteado em relação a outros produtos existentes dependem de análise de técnicos da medicina. Portanto, a falta de expertise no assunto pode limitar o aprofundamento da análise judicial do tema.

Como bem destaca Clenio Jair Schulze, juiz federal do Tribunal Regional Federal da 4ª região²²:

[...] não é possível resolver uma questão sobre direito à saúde com a abordagem isolada da teoria dos direitos fundamentais. É indispensável, por conseguinte, a construção de uma dogmática jurídica assentada na perspectiva do Direito Baseado em Evidências - DBE.

²² SCHULZE. Clenio Jair. **Direito baseado em evidências**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-baseado-em-evidencias-dbe-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 16 maio 2019.

O Direito Baseado em Evidências - DBE tem como base não apenas a teoria dos direitos fundamentais, mas também a Medicina Baseada em Evidências - MBE. A MBE é técnica específica para atestar com o maior grau de certeza a eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática.

Vale dizer, é preciso superar a arrogância jurídica, segundo a qual o Direito, por si só, contém elementos suficientes para resolver todos os problemas levados ao Judiciário.

E o direito não é autossuficiente porque é baseado em evidências!

Com efeito, o estudo pode indicar a necessidade de maior especialização e treinamento dos magistrados na utilização desses dados técnicos.

Destaca-se, neste ponto, o importante papel que vem sendo exercido pelo CNJ.

Em 2010, pela Resolução 107, foi instituído, no âmbito do CNJ, o “Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde” com a finalidade de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”. Desde então, dentre outras medidas, estudos e monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde são realizados, a criação e o uso plataformas de apoio técnico são estimuladas, propostas de gestão e estruturação de unidades judiciárias são feitas, Jornadas Nacionais de Saúde são promovidas para consolidar enunciados interpretativos sobre o tema e cursos sobre o assunto são oferecidos.

A dificuldade, porém, não parece estar apenas na utilização de dados de outra área da ciência.

Constata-se a aparente presença de obstáculos morais para a aplicação desses critérios e o indeferimento de pedidos relacionados à tentativa do restabelecimento da saúde do postulante.

Pode-se tratar de uma tendência humana, já analisada pelas ciências comportamentais, de demonstração maior de sensibilidade para vítimas definidas – ou seja, previamente individualizadas – em detrimento de uma coletividade de desconhecidos.

Em 2007, um experimento psicológico testou o nível de empatia e de doações de pessoas para instituições que ajudavam crianças²³. O grupo que recebeu informações específicas sobre uma das vítimas obteve as maiores doações. O que recebeu apenas dados

²³ SLOVIC. Paul. **If I look at the mass I will never act**: Psychic numbing and genocide. Disponível em: <http://journal.sjdm.org/jdm7303a.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

estatísticos sobre as vítimas teve o menor índice. Já o terceiro grupo, para quem as informações estatísticas foram aliadas a uma vida identificável, angariou valores intermediários. Com esses resultados, verificou-se a hipótese de as análises estatísticas, tão importantes para o estudo científico, serem prejudiciais quando o objetivo for gerar comportamentos motivados pela empatia, o que também poderia justificar um dos aspectos da inércia da maioria das pessoas diante de assassinatos em massa e genocídios pelo mundo.

Tratando das decisões judiciais no âmbito das prestações na área da saúde, acaba o magistrado por sentir-se responsável pela integridade física apenas dos litigantes sob sua jurisdição, demonstrando menor preocupação com os demais jurisdicionados e, em especial, por aqueles que nem sequer acessaram à justiça.

Diante dessa situação, o julgador também se torna mais vulnerável em deixar de observar outro parâmetro extraído diretamente da constituição, a universalidade das prestações, concedendo medicamentos sem considerar a análise do custo-benefício e a impossibilidade orçamentária de serem igualmente concedidos de forma generalizada a todas as pessoas que dele necessitassem.

Os possíveis efeitos da teoria da vítima identificável na judicialização da saúde já haviam sido alertados pela Ana Carolina Morozowski, também juíza federal do Tribunal Regional Federal da 4ª região. A magistrada assim tratou²⁴:

No caso dos processos que pedem que o poder público forneça tratamentos milionários, o juiz não pode deixar de lado a coletividade e decidir o processo apenas com base no S1. Caso contrário, certamente cairá na armadilha do “efeito da vítima identificável”. É necessário que ele reflita sobre os impactos que sua decisão trará para a coletividade, já que se trata de dinheiro público, para que ele possa ponderar o que é mais importante e se deve ou não deferir o que está sendo pedido. Com base nisso, é errado atribuir ao juiz que indefere o pedido de alguém acometido por uma doença rara a pecha de insensível ou desumano. A esse juiz não falta empatia. Ela está apenas sendo direcionada a outras pessoas. E o juiz que defere um tratamento de altíssimo custo a uma pessoa não pode ser ingênuo a ponto de achar que sua decisão só terá efeitos positivos.

Se esse for de fato um fenômeno psicológico que afeta os seres humanos, pode ser difícil lutar contra ele. Porém, saber da sua existência e das consequências de sua influência é um primeiro passo.

²⁴ MOROZOWSKI, Ana Carolina. **O efeito da vítima identificável e a judicialização da saúde**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302302,11049-O+efeito+da+vítima+individualizavel+e+a+judicializacao+da+saude>. Acesso em: 16 maio 2019.

Portanto, os resultados da recente pesquisa do Conselho Nacional de Justiça podem demonstrar que os elevados números de demandas pleiteando prestações públicas na área da saúde não se justificam apenas por falhas estruturais dos demais poderes na formulação de políticas públicas na área.

Decisões que não se preocupem em analisar com rigor os critérios de evidências científicas, de custo-efetividade e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde podem acabar por representar a maior causa dos números da judicialização da saúde. Isso porque acabam por retirar os parâmetros que foram evolutivamente sendo construídos legal e jurisprudencialmente para garantir maior racionalidade na distribuição dos recursos públicos em área tão sensível ao homem, bem como estimular as fraudes farmacêuticas.

Para concluir, deve estar claro que o objetivo da consideração dos aspectos econômicos na análise do direito não deve, por óbvio, estabelecer o custo de uma vida humana, mas perceber a necessidade de se utilizar critérios racionais para que recursos públicos sejam distribuídos sem causar maiores desigualdades e violações à Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição garantiu o direito à saúde, mas não estabeleceu a forma como os recursos públicos deverão ser distribuídos para efetivar um acesso universal e igualitário dos jurisdicionados a esse direito fundamental.

Muitos critérios foram estabelecidos na lei para tentar definir essa forma de distribuição. Nesse aspecto, destaca-se a importância conferida pelo legislador às evidências científicas existentes sobre o medicamento e à análise de custo-efetividade. As leis sofreram alterações, procedimentos e prazos foram definidos normativamente, tudo na tentativa de racionalizar a incorporação de novas tecnologias.

Ainda assim, o Poder Judiciário continuou determinando o fornecimento de medicamentos não padronizados em demandas individuais, e o elevado número de processos envolvendo o tema também exigiu o estabelecimento de critérios judiciais. Além disso, plataformas de dados técnicos foram criadas para subsidiar o convencimento do magistrado.

No entanto, mesmo após a definição de todos esses parâmetros decisórios, pela lei e pelos tribunais, as pesquisas promovidas pelo Tribunal de Contas da União, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Federal de Medicina demonstram um aumento do comprometimento do orçamento público da saúde com processos judiciais.

Esses resultados não apenas dificultam o atendimento de políticas públicas já definidas, como expõem o país mais facilmente a fraudes na indústria farmacêutica.

Se o excesso da intervenção judicial em políticas públicas é causa de tantos problemas, questiona-se os motivos desses números.

A hipótese que seria mais lógica, de falha na atuação dos demais poderes para definir a forma de prestação desse serviço, não parece ser a maior causa. A propósito, os critérios definidos pelo legislador para a incorporação de novas tecnologias não foram declarados inconstitucionais pela Corte Constitucional e distribuem recursos de maneira técnica.

Um fator importante, porém, pode ser a falta de conhecimento especializado do magistrado na área da saúde, o que dificultaria a análise de prescrições médicas apresentadas com a peça inaugural.

Exatamente por isso o Conselho Nacional de Justiça determinou a criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-Jus) e vem estimulando a realização de cursos e jornadas nacionais para consolidar os enunciados interpretativos sobre o direito à saúde.

Não obstante, o relatório “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”²⁵, de 2019, também promovido pelo CNJ, demonstrou alta preterição dos Tribunais de importantes fontes de auxílio na análise das evidências científicas do medicamento pleiteado, mais especificamente as informações da CONITEC, do NAT-Jus e dos Protocolos Clínicos, bem como as listas públicas dos produtos incorporados.

Isso pode demonstrar a necessidade de maior divulgação e treinamento do uso dessas bases técnicas. Porém, também é possível questionar se obstáculos morais e padrões comportamentais inconscientes de maior sensibilidade a “vítimas determináveis” não podem estar dificultando a adesão dos juízes aos critérios existentes.

Assim, a pesquisa levantou a hipótese de que o crescente número da judicialização da saúde no país pode não estar apenas associado à falta de estabelecimento de critérios para a distribuição dos recursos públicos, mas também à resistência dos magistrados na utilização daqueles já existentes.

²⁵ 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: 10 ago. 2019.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DO SENADO. **Na saúde, governo deve enfrentar desafio de financiamento do SUS**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/25/na-saude-governo-deve-enfrentar-desafio-de-financiar-o-sus>. Acesso em: 16 maio 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Países ricos gastam quase dez vezes mais que o Brasil**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/paises-ricos-gastam-quase-dez-vezes-mais-que-o-brasil-2/>. Acesso em: 16 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=88612%3Ademandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos&catid=813%3Acnj&Itemid=4640&acm=270008_11824. Acesso em: 16 maio 2019.

KEDOUK. Marcia. **As 10 maiores fraudes na indústria farmacêutica**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/as-10-maiores-fraudes-da-industria-farmaceutica/>. Acesso em: 16 maio 2019.

MAZZA Fábio Ferreira; MENDES Áquilas Nogueira. **Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública**. Revista Direito Sanitário, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014. Acesso em: 16 maio 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **CNJ e Ministério da Saúde lançam ferramenta de apoio ao judiciário para ações em saúde.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2018/maio/cnj-e-ministerio-da-saude-lancam-ferramenta-de-apoio-ao-judiciario-para-acoes-em-saude>. Acesso em: 16 maio 2019.

MOROZOWSKI, Ana Carolina. **O efeito da vítima identificável e a judicialização da saúde.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302302,11049-O+efeito+da+vítima+individualizavel+e+a+judicializacao+da+saude>. Acesso em: 16 maio 2019.

RODRIGUEZ, José Luis Castro. **A efetivação judicial do Direito fundamental à saúde e o orçamento público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios.** In: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/viewFile/24/28>. Acesso em: 10 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. **Direito baseado em evidências.** Disponível em: <https://emporiodo-direito.com.br/leitura/direito-baseado-em-evidencias-dbe-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 16 maio 2019.

SLOVIC, Paul. **If I look at the mass I will never act: Psychic numbing and genocide** Disponível em: <http://journal.sjdm.org/jdm7303a.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. E-book Kindle.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização.** Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 16 maio 2019.

CORTES SUPREMAS E CRISES INSTITUCIONAIS

Luiz Fernando Pereira de Oliveira



CORTES SUPREMAS E CRISES INSTITUCIONAIS

SUPREME COURTS AND INSTITUTIONAL CRISES

Luiz Fernando Pereira de Oliveira¹

RESUMO

O objetivo do presente estudo é averiguar qual é o papel desempenhado pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nos momentos de crise institucional. Inicialmente, são analisados alguns conflitos contemporâneos em diversos países. Após, é estudada a relação entre direito e política. Por fim, conclui-se que as Supremas Cortes exercem efetivo poder político, o que exige o redesenho do atual sistema de responsabilização de seus integrantes.

Palavras-chave: Corte Supremas. Crises institucionais. Direito. Política. Responsabilização.

ABSTRACT

This paper intends to demonstrate the Supreme Courts role at institutional crises. First of all, some contemporary conflicts, in different countries, are analyzed. Then, the article studies the relationship between law and politics. In the end, it is concluded that Supreme Courts hold an effective political power, which demands new ways to accountable the Justices.

Keywords: Supreme Courts. Institutional crises. Law. Politics. Accountability.

1 INTRODUÇÃO

A polarização política, o arrefecimento econômico e o questionamento sobre o atual desenho dos diferentes regimes democráticos² são circunstâncias que ajudam a compreender

¹ Juiz substituto do TJSC. Graduado em direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

² Para os fins do presente trabalho, adotaremos o conceito de democracia exposto pelo professor Daniel Sarmento (SAMENTO, 2018, p. 396): Governo democrático é aquele que segunda no princípio da soberania popular: é o governo do povo, pelo povo e para o povo. Com efeito, o autogoverno popular, que é a espinha

as diversas crises que se espalharam pelo mundo afora.

O continente europeu passa pelo período mais turbulento desde o fim da segunda guerra mundial.

O Reino Unido estuda formas para implementar o *brexit* e, assim, se desligar da União Europeia (UE). Através do polêmico referendo de 23 de junho de 2016, o povo britânico optou, por apertada maioria (51,9% a 48,1%³), pela saída da UE. O resultado da votação derrubou os primeiros ministros David Cameron, que a convocou acreditando na vitória da permanência no bloco europeu, e Theresa May, que não foi capaz de chegar a um acordo satisfatório com Bruxelas, adiando sucessivas vezes a data da saída, bem como permitiu a chegada ao poder do ultraconservador Boris Johnson, recentemente envolvido em polêmicas institucionais, como a extensão do recesso parlamentar para forçar uma saída sem acordo com os demais membros da UE, prática posteriormente considerada ilegal pela Suprema Corte do Reino Unido⁴. Ainda, o *brexit* reacendeu os ânimos entre as duas Irlandas⁵ e a discussão sobre eventual independência da Escócia⁶.

No fim de 2018, a França foi tomada pelo espontâneo movimento dos “coletes

dorsal do regime democrático, exige a inclusão política de todos aqueles que se submetem ao poder estatal. Assim, em uma democracia, só se legitima o exercício do poder do Estado quando este assegura a plena capacidade do cidadão de participar livremente da formação da vontade coletiva, por meio da garantia do direito de voto a todos, em igualdade de condições.

O conceito é muito bem complementado pelo professor Gustavo Binbenbojm (BINENBOJM, 2008, p. 50):

A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado.

³ Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/reino-unido-decide-deixar-uniao-europeia-em-referendo.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁴ O Primeiro Ministro Boris Johnson chegou ao poder com a promessa de que implementaria o *brexit*, independentemente de qualquer acordo com a UE, até a data final do prazo então vigente (31.10.2019). Para evitar que o parlamento tivesse tempo hábil para deliberar sobre o tema, Johnson pediu para a Rainha estender o recesso parlamentar, no que foi atendido. Os congressistas não aceitaram a manobra e aprovaram uma lei impedindo a implementação do *brexit* sem a prévia deliberação da Casa dos Comuns, sob pena de prisão. Além disso, questionaram a medida na Suprema Corte do Reino Unido. No fim, o Primeiro Ministro, contrariado, requereu à Bruxelas a prorrogação do prazo para a negociação da saída, tendo sido estabelecido o novo termo final em 31 de janeiro de 2020. Antes da nova prorrogação, todavia, a Suprema Corte local já havia declarado a nulidade do procedimento. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49811179>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁵ Talvez o ponto mais polêmico do *Brexit* seja a questão da fronteira entre a República da Irlanda e a Irlanda do Norte. E isso porque, como se sabe, a Irlanda do Norte pertence ao Reino Unido, e a República da Irlanda é um país independente. Com o *Brexit*, a primeira sairia da UE, mas a segunda não, o que fez surgir a discussão de como ficaria a fronteira entre dois países submetidos a regimes jurídicos e alfandegários distintos.

⁶ Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/primeira-ministra-da-escocia-fala-em-independencia-em-novo-referendo/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

amarelos⁷”. A pauta de reivindicações, inicialmente dedicada ao descontentamento quanto ao aumento de impostos sobre combustíveis, foi sistematicamente ampliada para englobar a necessidade de reformas fiscais e sociais.

O continente Africano permanece em luta pela redução da concentração de renda, democratização do acesso ao poder e redistribuição de terra⁸, especialmente agora em que a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) publicou relatório confirmando que a fome está aumentando em todas as regiões africanas⁹.

Após a ascensão de Donald Trump ao poder, os Estados Unidos intensificaram os debates sobre sua política migratória, especialmente no que diz respeito à conveniência de se construir um muro na fronteira entre o país e o México, o que levou à histórica paralisação do governo federal por mais de vinte dias¹⁰.

Na América Latina, a situação não é diferente.

A Argentina vive uma das piores crises econômicas de sua história, com alta inflação (30%), desemprego (10%), subemprego (35%) e retração do PIB (3%). Em meio ao caos, retorna ao poder o *kirchnerismo* (Cristina Kirchner foi eleita vice-presidente), modelo político acusado de populismo e envolvimento com corrupção¹¹.

A Bolívia está envolta em discussões sobre eventual fraude nas eleições, que reconduziram Evo Morales ao poder, o que desencadeou uma série de protestos pelo país¹². O Supremo Tribunal Eleitoral boliviano foi acusado de compactuar com as irregularidades no sistema eleitoral. Após uma equipe de representantes da Organização dos Estados Americanos (OEA) concluir relatório apontando toda sorte de indícios de irregularidades no

⁷ Uma breve explicação sobre os conflitos pode ser encontrada aqui: <https://geografiavisual.com.br/fotografias/entenda-os-protestos-dos-coletes-amarelos-na-franca>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁸ Um panorama geral sobre as disputas sociais em alguns países africanos pode ser encontrado em artigos esparsos publicados pela revista *Le Monde Diplomatique Brasil*. Cito alguns: “Na África do Sul, uma terra saturada de sangue” (GOUVERNEUR, Cédric. Ano 13, nº 147, p. 14.); “Na Mauritânia, uma sociedade obcecada pela cor da pele” (DAUM, Pierre. Ano 13, nº 145, p. 23); “A difícil afirmação homossexual na Argélia” (SCHEMBRI, Rose. Ano 13, nº 145, p. 26); “Estado profundo comanda o Sudão” (PRUNIER, Gérard. Ano 13, nº 146, p. 33).

⁹ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fao-fome-aumenta-no-mundo-e-afeta-821-milhoes-depessoas/#:~:targetText=FAO%3A%20fome%20aumenta%20no%20mundo%20e%20afeta%20821%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas,Not%C3%ADcias%20do%20Brasil&targetText=Pelo%20terceiro%20ano%20consecutivo%2C%20a,quase%20821%20milh%C3%B5es%20em%202017>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/01/12/a-mais-longa-paralisacao-da-historia-dos-eua-e-a-queda-de-braco-entre-trump-e-democratas.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹¹ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-a-crise-na-argentina-e-como-ela-afeta-o-brasil,70002994602>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹² Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50367271>. Acesso em: 10 nov. 2019.

pleito e recomendar o refazimento das votações, o presidente Evo Morales renunciou ao cargo e a presidente e o vice-presidente do Tribunal Eleitoral foram presos¹³.

A Venezuela prossegue sob o regime ditatorial de Nicolás Maduro. A economia está aos frangalhos, com altíssima inflação (200.000%), desemprego (44,3%) e expressivo encolhimento do PIB (35%)¹⁴. Mais de vinte países, incluindo o Brasil, reconheceram formalmente a validade do ato praticado por Juan Guaidó, líder da oposição que se autoproclamou presidente do país.

A crise institucional no Peru¹⁵ é classificada por muitos como a pior na história do país, que também está profundamente ligado à operação lava-jato. O Presidente Martín Vizcarra, com apoio em previsão na Constituição local, dissolveu o parlamento. Os congressistas não aceitaram, suspenderam o mandato presidencial e conduziram ao posto a sua vice, que logo no dia seguinte renunciou, pois não foi respaldada pelo Exército peruano.

O presidente do Paraguai, Mário Abdo Benitez, sofreu pedido de impedimento¹⁶ em virtude de uma renegociação contratual para a aquisição da energia excedente de Itaipu. O governo brasileiro recuou no acordo e a oposição paraguaia, então, desistiu de levar adiante o processo de afastamento.

Nos últimos dias, o Chile, país com os mais elevados índices econômicos, sociais e educacionais na região, está submerso em protestos sociais espontâneos¹⁷. A exemplo do que ocorreu em Paris (e também no Brasil, como veremos abaixo), o descontentamento foi iniciado pelo aumento da tarifa do metrô e logo assumiu pautas mais amplas, que incluem a reivindicação por melhorias no serviço público, no sistema de aposentadorias e na redistribuição de renda.

Também em 2019 o Equador¹⁸ sofreu violentos protestos por conta do fim dos subsídios aos combustíveis, que tiveram aumento aproximado de 123%. O Presidente Lenín Moreno decretou estado de emergência no país e, após a Assembleia Nacional ser invadida por manifestantes liderados pela Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador

¹³ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/11/10/presidente-do-supremo-tribunal-eleitoral-da-bolivia-e-presa-diz-agencia.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/22/o-que-levou-a-venezuela-ao-colapso-economico-e-a-maior-crise-de-sua-historia.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁵ Disponível em: <https://www.politize.com.br/crise-no-peru/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁶ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49259262>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁷ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50130830>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁸ Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/equador-sai-ferido-de-sua-pior-crise-em-decadas/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

(CONAIE), transferiu a sede do governo de Quito para Guayaquil.

Chegamos, enfim, ao Brasil.

Por aqui, a onda de protestos de 2013, iniciada após o aumento da tarifa de ônibus na cidade de São Paulo, ocupou todas as capitais do país. O movimento, apartidário, reivindicou melhores práticas e serviços públicos, contestou o avanço da corrupção e ofereceu apoio à operação lava-jato, que à época alcançava seu ponto mais expressivo. O professor Oscar Vilhena Vieira (VILHENA, 2018, p. 15) fez uma ampla abordagem sobre o tema:

Os protestos que tomaram as ruas das principais cidades brasileiras em junho de 2013 foram uma expressão surpreendente da disposição de muitos setores da sociedade, em especial dos mais jovens, de exigir o cumprimento das promessas feitas pela Constituição de 1988 nos campos dos direitos fundamentais, da democracia e do estado de direito. Ao repudiarem de forma tão ampla e veemente o comportamento de partidos e lideranças, as manifestações desestabilizaram o que parecia ser o sólido equilíbrio adquirido pelo sistema político brasileiro a partir do pacto constitucional que selou nosso processo de transição (...) se o aumento das passagens de ônibus e metrô na cidade de São Paulo foi a faísca que deu origem à primeira onda de protestos em 2013, as demandas veiculadas ao longo daquelas jornadas apontaram para questões mais profundas e estruturais de nossa democracia. As manifestações de junho foram a expressão de uma aparente contradição de nossa experiência constitucional. De um lado, os jovens se insurgiram contra a insuficiência das políticas sociais, as falhas na representação política, a sistêmica corrupção eleitoral, além da impunidade e falta de imparcialidade na aplicação da lei. Apontavam, assim, para um certo insucesso da experiência constitucional de 1988. De outro lado, os protestos foram uma consequência dos avanços alcançados a partir da Constituição (...). Múltiplos são os fatores que contribuíram para os protestos de 2013 e a crise por eles desencadeada, que não se excluem mutuamente. Decerto a crise econômica, com graves repercussões sociais, teve um impacto sobre a estabilidade do governo. Também é inegável que os sucessivos escândalos de corrupção contribuíram para aumentar a desconfiança no sistema político. Por sua vez, o conflito entre ricos e pobres, num país tão desigual como o Brasil, sempre tensionará a disputa política, favorecendo condutas populistas e oportunistas.

A limitação do objeto do presente artigo inviabiliza uma pesquisa mais aprofundada para saber o nível de entrelaçamento entre as crises mencionadas acima, até porque os países são distintos, com expressivas diferenças políticas, econômicas e sociais.

Por outro lado, parece que essas divergências cederam espaço para um sentimento comum de insatisfação. Portanto, ainda que se reconheça que a origem de cada um dos movimentos seja distinta (há maior semelhança na América Latina), eles revelam um

sentimento generalizado de que as pessoas não estão felizes com a relação estabelecida com o poder público. Há um sentimento geral de que o Estado (i) pretere seus cidadãos (Reino Unido e EUA, por exemplo), (ii) não é capaz de garantir uma adequada distribuição das riquezas produzidas no país (Chile, África do Sul, Brasil, França, Portugal e Argentina) nem tampouco (iii) presta serviços públicos de qualidade (Chile e Brasil). Ainda, questiona-se até que ponto os políticos eleitos efetivamente representam os interesses do povo (Brasil, Venezuela, Argentina, Peru e Espanha) ou mesmo sobre os atuais níveis de *accountability* e transparência no trato da coisa pública (EUA e Paraguai).

Observada a superficialidade da análise, aparentemente, as reivindicações dos últimos anos não foram capitaneadas por nenhum partido político tradicional, acolheram pautas múltiplas e variadas (embora se reconheça um eixo comum na distribuição de renda) e foram organizadas a partir da interação entre os cidadãos nas redes sociais.

Compreender os fatos contemporâneos, ainda que com natural limitação, é importante por alguns motivos. O primeiro deles é prático: o fluxo de informações facilita a exportação de determinadas pautas reivindicatórias, de modo que pode ser útil ao Brasil saber como os demais atores internacionais resolveram os seus respectivos conflitos. Apenas a título de exemplo, pode ser dito que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em discurso gravado no ABC paulista menos de vinte e quatro horas após ser solto, disse expressamente que “temos que seguir o exemplo do povo do Chile, do povo da Bolívia. A gente tem que resistir, lutar, atacar, e não apenas se defender (...)”¹⁹.

Há também razões teóricas para a compreensão do atual estado de coisas. Partindo da premissa de que o direito, ou o sistema de justiça como um todo, existe para garantir a estabilidade e coesão do tecido social, as crises revelam a insuficiência normativa nesses países. Se as pessoas se unem e vão às ruas em buscas de seus direitos é porque o sistema normativo fracassou, ainda que parcialmente. A partir do momento em que as ações judiciais (especialmente em sistemas que autorizam a promoção coletiva de direitos, como o Brasil) são preteridas em relação às passeatas, máscaras, coletes e enfretamento com as forças de segurança pública, autoriza-se, a princípio, a conclusão de que o Poder Judiciário não é mais visto como uma instituição capaz de garantir a cada um o que é seu, o que fragiliza as bases da engenharia democrática de qualquer país.

Portanto, precisamos examinar, detalhadamente, a fotografia geopolítica de 2019 para sabermos como resolver esses problemas no nosso país, nem que seja através da análise comparativa entre políticas fracassadas e bem-sucedidas em outros locais, e

¹⁹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U2AzYhiqop8>. Acesso em: 10 nov. 2019.

também para repensarmos o papel do Poder Judiciário a partir de então. Uma teoria do direito contemporânea não pode ignorar os sinais estampados em cada um dos acontecimentos acima: (i) as pessoas estão descontentes com o relacionamento estabelecido com o Estado; (ii) há uma crise no sistema representativo tradicional; (iii) as redes sociais vieram para ficar e estabelecem uma forma de coesão inédita entre cidadãos nacionais, o que impacta não apenas o processo eleitoral, positiva e negativamente (*fake news*), mas também a capacidade de mobilização cívica.

Agora, devemos verticalizar um pouco a análise para discutir qual é o papel das Cortes ou Tribunais Constitucionais nesse ambiente de crise, já partindo da premissa de que elas sinalizam pontos aparentemente coincidentes.

2 CORTES CONSTITUCIONAIS E CRISES

Analisando alguns dos fenômenos mencionados acima, podemos identificar três tipos de relação existentes entre as Cortes e Tribunais Constitucionais e os movimentos sociais reivindicatórios.

A primeira relação, pouco comum, é quando a Corte Constitucional é a própria causa da crise. É o que verificamos na situação do Peru, em que o estopim se deu justamente quando a maioria opositora fujimorista insistiu na nomeação de seis dos setes cargos de juiz do Tribunal Constitucional peruano, sendo o primeiro indicado um primo do presidente do Congresso. O Presidente não aceitou e usou a prerrogativa constitucional de dissolver o parlamento, dando início à crise que se instalou no país.

Em alguma medida, o conflito boliviano também pode ser inserido na primeira definição. A Constituição boliviana, alterada em 2009, admitia uma única recondução ao cargo de Presidente da República. Com a expectativa de se manter no poder, o presidente Evo Morales convocou um referendo, em 2016, propondo uma nova alteração constitucional para que fosse autorizada a sua reeleição, mas foi derrotado. Inconformado, o então presidente questionou o resultado do referendo perante o Tribunal Constitucional boliviano, ao singelo argumento de que o limite de dois mandatos presidenciais representava violação aos direitos humanos. A Suprema Corte concordou com a tese e admitiu a sua candidatura.

Ainda, durante as eleições, a suspeita de fraude ocorreu justamente após o Supremo Tribunal Eleitoral ter interrompido, sem qualquer motivo aparente, a checagem de votos e, ao retomá-la, declarou que o candidato Evo Morales havia alcançado o improvável quórum que o

dispensava da disputa do aguardado segundo turno. Antes de o presidente Morales renunciar, no mesmo dia, a presidente do STE já havia deixado o cargo, o que não impediu a sua prisão, e também a do vice-presidente do Tribunal. Os últimos acontecimentos, portanto, sugerem que a Corte estava altamente comprometida com o projeto político do então presidente.

Outra relação verificada está no extremo oposto e ocorre quando a Suprema Corte é vítima de uma crise previamente inaugurada. Essa é uma hipótese de falência e inanição do Estado de Direito, caso em que a Corte é engolida pelo autoritarismo e perde sua razão de ser. É o caso da Venezuela, em que um juiz da Suprema Corte fugiu do país para os Estados Unidos. De lá, denunciou que o Poder Judiciário local estava capturado pelo projeto de poder chavista²⁰.

Entre os dois extremos está a generalidade dos Tribunais Constitucionais, que, embora não tenham gerado nem sucumbido diante de tais movimentos, precisam sobreviver a eles, arbitrando os conflitos e garantindo a permanência do regime democrático.

Todavia, o seguinte ponto chama atenção: não se tem dúvida de que a crise é de natureza política²¹. Ainda que as pautas de cobrança não sejam coincidentes em todos os países, já vimos que todas elas se dirigem ao Estado enquanto agente responsável pela promoção social em sentido amplo, o que inclui a prestação de serviços, a distribuição de renda, etc. Todas, portanto, demonstram profunda discordância com a ordem de prioridades estabelecida pelos representantes populares. Enfim, a crise parece ser mesmo estruturalmente política.

Mas qual seria a relação entre direito e política?

Para a grande maioria dos doutrinadores brasileiros, os campos de incidência entre as ciências jurídica e política são não coincidentes. O professor Lênio Streck (STRECK, 2017, p. 39) chega a classificar a política, inclusive, como um predador externo do direito. Apresento sua doutrina:

²⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/01/07/nos-eua-ex-juiz-da-suprema-corte-da-venezuela-denu-ncia-novo-mandato-de-maduro.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2019

²¹ O professor Reis Friede (FRIEDE, 2018, p. 4) faz uma exaustiva análise sobre os mais variados conceitos da palavra política. Para os fins do presente trabalho, adotaremos o conceito de Maquiavel, para quem “política é a arte de governar, conquistar, manter e exercer o poder”. O conceito maquiavélico foi propositalmente o escolhido em virtude de sua ampla abrangência. Pode-se dizer, assim, que uma decisão é política quando, a rigor, estiver comprometida com uma determinada estratégia de poder, próprio ou de outrem. Em outras palavras: uma decisão política não é comprometida com nenhuma das clássicas teorias da decisão e argumentação jurídica, de modo que se desprende substancialmente da norma jurídica posta (formalmente, o direito permanece sendo invocado como alibi retórico) para satisfazer as pretensões daquele que pretende se manter no exercício de um dos Poderes do Estado. O conceito, portanto, demonstra que a pretensão política é compatível com os três Poderes do estado moderno.

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, o Direito assume um elevado grau de autonomia, no interior do qual direito e moral são cooriginários. Consequentemente, a moral, a política e a economia não podem determinar a aplicação do Direito. Isto é, esses elementos “predadores” passam a estar institucionalizados no Direito. Por isso se está diante de um novo paradigma.

A partir daí, e considerando, portanto, que os Tribunais Constitucionais não lidam (não deveriam) com a política propriamente dita, mas sim com o seu produto (direito – norma jurídica), por qual motivo as crises sociais (políticas) projetam efeitos sobre as Cortes?

Antes de avançar, é relevante um esclarecimento: nos parece claro que as modificações normativas provocadas pelas crises naturalmente impactarão as decisões judiciais. A questão posta acima é um pouco anterior a isso e pretende averiguar em que medida a instabilidade social compromete ou restringe a atuação dos Tribunais Constitucionais independentemente de qualquer alteração legislativa.

2.1 SUPREMAS CORTES E POLÍTICA

Talvez o primeiro ponto seja problematizar a ideia de que os Tribunais Constitucionais não fazem política ou não interpretam politicamente o direito.

A partir de alguns eventos históricos, podemos constatar uma crescente preocupação com os assentos nas Cortes Supremas pelo mundo afora, a ponto de um Presidente (peruano) dissolver o parlamento para ver assegurado o seu direito de nomear os integrantes da mais alta Corte do país.

Mas não é só.

Em estudo recente, os professores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (LEVITSKY E ZIBLATT, 2018, p. 83) explicam como o sequestro político de Tribunais Constitucionais é relevante para a implementação de determinado projeto de poder:

Instituições não facilmente expurgáveis podem ser sequestradas de maneira sutil, por outros meios. Poucos fizeram isso melhor do que o conselheiro de inteligência de Alberto Fujimori, Vladomiro Montesinos (...) ele mantinha três magistrados da Suprema Corte, dois membros do Tribunal Constitucional e um número inacreditável de juízes e promotores públicos em sua folha de pagamento, fazendo entregas mensais em espécie em suas residências. Tudo isso foi feito em segredo; à superfície, o sistema de justiça do Peru funcionava como qualquer outro. Nas sombras, porém, Montesinos ajudava Fujimori a consolidar seu poder.

Juízes incorruptíveis podem ser visados para impeachment. Quando Perón assumiu a Presidência em 1946, quatro dos cinco membros da Suprema Corte

Argentina eram oponentes conservadores, um dos quais o chamava de fascista. Preocupados com o histórico da corte de derrubar leis favoráveis aos trabalhadores, os aliados de Perón no Congresso afastaram três dos magistrados, com base em acusações de conduta ilegal (e um quarto membro renunciou antes que viesse a sofrer impeachment). Perón nomeou então quatro sectários, e a corte nunca mais lhe fez oposição.

Igualmente quando o Tribunal Constitucional do Peru ameaçou bloquear a proposta do presidente Fujimori a um terceiro mandato em 1997, os aliados de Fujimori no Congresso afastaram três dos sete magistrados do órgão – alegando que, ao declarar que o empenho de Fujimori para contornar os limites constitucionais de mandato era “inconstitucional”, eles próprios haviam infringido a Constituição.

A seguir, os professores analisam diferentes formas de corromper, politicamente, os Tribunais Constitucionais. A primeira e mais sutil é através de mudanças na composição da Corte:

Na Hungria, por exemplo, o governo Orbán aumentou o número total de membros da Corte Constitucional, mudou as regras de nomeação, de modo que o partido governante Fidesz pudesse indicar sozinho os novos magistrados, e encheu a corte de partidários. Na Polônia, o Partido da Lei e da Justiça, governante, teve várias de suas iniciativas bloqueadas pelo Tribunal Constitucional – a mais alta autoridade do país em questões constitucionais – entre 2005 e 2007. Quando retornou ao poder, em 2015, o partido tomou medidas para evitar perdas semelhantes no futuro. Na época, havia duas vagas abertas no Tribunal Constitucional de quinze membros e três magistrados que o Parlamento, cujo mandato expirava, já aprovava mas que ainda precisavam prestar juramento. Numa manobra constitucional dúbia, o novo governo do Lei e Justiça se recusou a receber o juramento dos três magistrados e, em vez disso, impôs cinco novos juízes. Com boa margem, foi então aprovada uma lei exigindo que todas as decisões obrigatórias do Tribunal Constitucional tivessem maioria de dois terços. Na prática, isso deu aos aliados do governo um poder de veto dentro do tribunal, limitando a capacidade do órgão de serviços como um controle independente do poder governamental.

Não sendo possível a captura sub-reptícia, o governante autoritário realiza um explícito desmonte institucional, substituindo o Tribunal que lhe é hostil por outro subserviente e nada comprometido com a separação entre os poderes estatais:

Em 1999, o governo Chávez convocou eleições para uma Assembleia Constituinte que, violando uma decisão anterior da Suprema Corte, concedeu a si mesmo o direito de dissolver todas as demais instituições do Estado, inclusive a Suprema Corte. Temendo pela própria sobrevivência, a Suprema Corte aquiesceu e decretou

que a iniciativa era constitucional. A presidente do órgão, Cecilia Sosa, renunciou, declarando que a corte tinha “cometido suicídio para evitar ser assassinada. Mas o resultado é o mesmo. Ela está morta”. Dois meses depois, a Suprema Corte foi dissolvida e substituída por um novo Tribunal Supremo de Justiça. Contudo, nem isso foi capaz de garantir um Judiciário dócil, de modo que, em 2004, o governo Chávez expandiu o Tribunal Supremo para 22 membros e preencheu as novas cadeiras com lealistas “revolucionários”. Isso produziu o efeito desejado. Ao longo dos nove anos seguintes, nem sequer uma única decisão do Tribunal Supremo foi contra o governo.

Também nos Estados Unidos se tornou clássica a disputa, muito bem relatada pelo professor Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 1999, p. 77), entre o presidente Franklin D. Roosevelt e a Suprema Corte. Eleito em 1933, após a quebra da bolsa de Nova York em 1929, o presidente Roosevelt lançou um pacote de medidas intervencionistas, conhecidas como *New Deal*, com o propósito de retomar o crescimento econômico. Ocorre que a Suprema Corte, de composição predominantemente conservadora, impôs sucessivas derrotas ao governo, entendendo que a Constituição norte-americana vedava aquele tipo de avanço sobre o livre mercado. Todavia, em 1936 o presidente foi reeleito por expressiva maioria. Capitalizado politicamente, ele então propôs uma alteração no número de juízes da Suprema Corte (de nove para quinze), a fim de neutralizar sua resistência. Antes de o projeto ser votado no Congresso, o Tribunal refluíu e passou a fazer uma leitura mais aberta do texto constitucional, validando, enfim, as opções políticas do governo.

É de se observar que não houve qualquer alteração normativa no plano constitucional. O que mudou foi a visão, política, que se fez da matéria. A Corte, por fisiologismo ou natureza (aqui está o foco de tensão), emprestou aos fatos uma nova leitura. Nos parece claro que a nova decisão, provavelmente, foi também justificada juridicamente. A rigor, todas as decisões se expõem a determinado nível de conformidade com a norma. Todavia, neste caso, ficou desnudado que o direito apenas ofereceu um verniz técnico a uma decisão eminentemente política.

No Brasil, decisões de tal natureza são comuns, a ponto de determinado candidato à Presidência da República propor, como plano de governo, a alteração do número de ministros do Supremo Tribunal Federal²², técnica já experimentada durante o período militar no país.

Os eventos citados acima revelam que os Tribunais Constitucionais desempenham função política, são compostos por pessoas indicadas politicamente e proferem decisões

²² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-25/bolsonaro-21-ministros-stf-aval-policia-matar>. Acesso em: 12 nov. 2019.

igualmente políticas, ainda que amparadas em determinados atos normativos, especialmente nos de caráter mais amplo e vago.

Fosse o direito completamente divorciado da ciência política, ou se comportasse apenas uma resposta correta, certamente os atores públicos não se interessariam de tal forma na composição e eventual captura das mais altas Cortes de justiça de seus respectivos países.

Por fim, deve ser dito que a conclusão, parcial, acima não nos autoriza a afirmar que direito e política se confundem, o que, precipitadamente, poderia significar uma apologia à erosão de um dos fundamentos do Estado contemporâneo, que é a separação de Poderes, pois tornaria muito tênue a distinção entre Legislativo/Executivo e Poder Judiciário.

Na verdade, a admissão de que Tribunais Constitucionais decidem e atuam politicamente não necessariamente significa dizer que todas as demais instâncias do Poder Judiciário estejam autorizadas a fazê-lo, nem tampouco representa uma posição elogiosa ou crítica, mas exclusivamente descritiva.

A rigor, a constatação, em plano ainda superficial, serve apenas para se jogue luz sobre a questão, permitindo-se, assim, que novas teorias sejam desenvolvidas considerando essa realidade e enfrentando as suas naturais consequências. Dizer que o direito é totalmente isolado da política é um erro do ponto de vista descritivo e prescritivo, pois descreve mal a realidade e constrange muito pouco para qualquer tipo de mudança. Cortes Constitucionais atuam e decidem politicamente. Isso não quer dizer que elas decidam sempre dessa forma, mas certamente o fazem em determinados momentos. Não aceitar essa realidade e insistir em posições de abstrata separação entre as ciências dificulta a compreensão da realidade, minando a legitimidade das Cortes Supremas e não criando os devidos constrangimentos epistêmicos sobre a sua atuação.

Se aceitássemos a realidade de que os Tribunais Constitucionais fazem mesmo política, poderíamos avançar em discussões substantivas sobre o tema, definindo, por exemplo, quando e em que medida isso seria possível, quais os limites, os quóruns de deliberação e como ficaria a relação entre os Poderes após um pronunciamento judicial desta natureza (ex. deflagração automática do processo legislativo). Ainda, poderia ser rediscutida a teoria da legitimidade democrática do Poder Judiciário.

A questão não é simples, mas evitá-la não parece ser o melhor caminho. Há alguns anos, o Ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2017, p. 54) publicou um interessante artigo tratando parcialmente sobre o assunto. Na ocasião, ele sustentou não apenas que o Supremo Tribunal Federal possui um papel representativo, como também caberia ao Tribunal Constitucional o desempenho de uma função iluminista, “empurrando a história para frente”.

Apresento a síntese de seus argumentos:

No Brasil, juízes são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma faculdade de direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, um drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga do Congresso envolve um custo financeiro elevado, que o obriga, com frequência, a buscar financiamento e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz uma inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade (...) juízes possuem a garantia da vitaliciedade. Como consequência, não estão sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral, nem tampouco, ao menos a princípio, a tentações populistas (...) em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma legitimação eleitoral do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos (...). Não é uma boa tese. Além do momento da investidura, o poder se legitima, também, por suas ações e pelos fins visados. Cabe aqui retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma legitimação discursiva: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas. Por isso se tem afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos. Um *insight* importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à Corte constitucional como representante argumentativo da sociedade. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção.

As ideias do Ministro Barroso, embora tenham sido bastante criticadas, são importantes por não se demitirem da difícil tarefa de enfrentar a politização dos Tribunais. No artigo, ele apresenta uma justificativa teórica para o fato, admitindo o que está estampado nos jornais de todos os dias: o Supremo Tribunal avança sobre temas políticos. Talvez a justificativa apresentada pelo Ministro não seja a mais adequada. De toda forma, ela toca na ferida e permite uma discussão apropriada na comunidade jurídica brasileira.

Admitida como verdadeira a premissa de que o STF exerce mesmo um papel representativo, quais seriam as consequências daí decorrentes? Haveria alteração no processo de escolha dos Ministros? Do número de assentos? Seria pertinente a fixação de um mandato?

Às vezes, admitir a contaminação política é uma forma saudável de combater a própria política dentro do Tribunal. A partir do momento em que se admite que não é apenas o direito que está em discussão em determinado julgamento, poderia ser estabelecida uma regra de impedimento para processos judiciais envolvendo, por exemplo, o agente político responsável pela indicação de determinado julgador.

Alguns países europeus enfrentaram essa discussão e propuseram modelos institucionais distintos daquele escolhido pelo Constituinte brasileiro, conforme demonstra o professor Diego Werneck Arguelhes (ARGUELHES, 2017, p. 97):

[Os Tribunais europeus] levaram tão a sério os riscos de empoderar um Judiciário independente da política - que fizeram algo deliberada e completamente distinto, em termos de desenho institucional, do que os EUA haviam feito. Nesses tribunais constitucionais, os processos de indicação e renovação da composição da Corte são desenhados de forma a se relacionar mais claramente com a política e os seus ciclos, distanciando-os do tipo de independência e das tarefas típicas atribuídas aos juízes ordinários. Primeiro, quanto às regras de competência, permanência e indicação para o cargo, não há qualquer continuidade com o resto do Poder Judiciário (...) Segundo, nos processos de indicação para o tribunal, tende-se a acentuar uma diversidade de experiências profissionais para além da experiência jurídica em sentido estrito, incluindo a participação de acadêmicos e políticos. Terceiro, considerando que a atividade que exercem inclui juízos políticos, estabelecem-se mandatos fixos para a permanência na Corte, de modo a traduzir as mudanças na opinião pública, expressas nas eleições, em transformações na visão que o tribunal possui da Constituição. Em vez de aceitar que juízes politicamente irresponsáveis levassem a cabo uma tarefa política, criou-se uma instituição nova desenhada especificamente para essa função. De fato, em todas as variações de desenho de tribunais constitucionais encontráveis na Europa pós-guerra, observamos um esforço comum de acentuar, de variadas formas, o caráter político dessa nova instituição em seu próprio desenho, separando-a do Judiciário e seu caráter mais técnico (...).

A alteração estrutural do Supremo Tribunal brasileiro, adequando-o ao padrão europeu, seria a melhor alternativa no Brasil?

Todas essas discussões estão atualmente interdidas e só poderão avançar apropriadamente se, enfim, e mesmo que a contragosto, for reconhecida a realidade mundial de que os integrantes das mais altas Cortes de justiça são agentes responsivos e atuantes politicamente.

Surge, então, a próxima questão: admitida a premissa de que as Cortes atuam politicamente em determinados casos, qual é a relevância disso para os momentos de crise e

conflitos mencionados acima?

Aqui o terreno é arenoso, mas não podemos deixar de prosseguir.

A premissa fixada acima é condicionada a uma outra, implícita, que lhe dá sustentação. A lógica da política é também a lógica da responsabilidade. Não se pode admitir, em um Estado republicano, em que a coisa é pública, que um agente encarregado de escolher pelos demais (ideia da representação) não possa ser imediatamente cobrado e responsabilizado pelas eventuais más escolhas que fizer. Em outras palavras: a se admitir o exercício de alguma representatividade pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos parece intuitivo que o modelo de responsabilização política deve ser devidamente aprimorado e atualizado para permitir que as alterações postuladas pelo povo, titulares do poder, se estendam para o Tribunal Constitucional.

A ideia subjacente é evitar a criação de agentes políticos superpostos, titulares de uma espécie de imunidade para qualquer tipo de decisão envolvendo a gestão do negócio público. É claro que o modelo de responsabilidade deve ser construído com extremo cuidado, evitando-se perseguições ou retaliações por decisões contramajoritárias, que são da essência de qualquer Tribunal Constitucional que leva os direitos a sério.

Outra consequência importante seria a criação de travas constitucionais à alteração da composição da Corte em momentos de crise, o que evita que a discussão política convulsionada nas ruas seja decidida por agentes não imediatamente vinculados ao povo. É o que mais ou menos já existe na Constituição brasileira de 1988, que veda expressamente a alteração constitucional (necessária, por exemplo, para alterar o número de assentos no STF) durante o estado de sítio, de defesa e na vigência de intervenção federal (art. 60, §1º, CRFB). Talvez fosse salutar estender a vedação também para a recomposição do número de membros da Corte em tais momentos de crise política no país.

De toda e qualquer forma, admitida ou não a representação política pelos membros da Corte Constitucional, o ideal é que a autocontenção prevaleça nos momentos de maior esgarçamento do tecido social. Mesmo que se admita alguma função política pelos Tribunais, certamente o nível de representação pública jamais será equivalente ao existente nos demais Poderes constituídos, de modo que o aprimoramento do sistema de responsabilização ainda assim não será suficiente para qualquer tipo de escolha material sobre os rumos do país.

Analisando alguns dos conflitos mencionados acima, percebemos que o caminho da neutralidade substantiva foi o escolhido por boa parte das Supremas Cortes. No Reino Unido, a Corte não se manifestou sobre o resultado do referendo que aprovou o *brexit*, se limitando a dizer que o expediente adotado pelo primeiro-ministro Boris Johnson não estava

de acordo com o procedimento democrático, pois suprimia qualquer possibilidade de análise pela Câmara dos Comuns. Já o Supremo Tribunal Federal brasileiro, embora bastante criticado por seu ativismo em diversos campos, foi parcimonioso e contido quando convocado a se manifestar sobre o processo de impedimento da então presidente Dilma Rousseff. Na ocasião, embora fosse controversa a qualificação das chamadas “pedaladas fiscais” como autêntico crime de responsabilidade, a Suprema Corte brasileira não invadiu o mérito da discussão e se limitou a definir o rito procedimental para que fosse válido o afastamento presidencial.

Nos demais países, com as naturais exceções de Peru e Bolívia, em que o Poder Judiciário esteve diretamente relacionado à deflagração da crise, não se tem notícia de qualquer decisão ou participação relevante dos Tribunais Constitucionais, o que revela a aparente adoção do caminho da não intervenção.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os últimos anos foram marcados por diversas crises, fundamentalmente políticas, ao redor do mundo. Esses conflitos representam um desafio adicional ao já tumultuado equilíbrio entre os Poderes da República.

Os Tribunais Constitucionais, em menor número, são a causa da própria crise ou são por ela consumidos. Regra geral, todavia, eles apenas se mantêm enquanto os mais expressivos representantes do Poder Judiciário local. Nesta posição, deve-se questionar se estão autorizados, ou não, a agirem politicamente. Se sim, sob qual fundamento e respeitando quais limites?

A observação da realidade, para o bem ou para o mal, tem demonstrado que as Supremas Cortes proferem decisões também políticas. Se isso for mesmo verdade, precisamos atualizar o sistema de responsabilização pública por eventuais escolhas equivocadas, bem como repensar a forma de legitimação democrática dos Tribunais Constitucionais. Além disso, o reconhecimento da atuação política pode desobstruir a discussão sobre eventual redesenho institucional de algumas Supremas Cortes.

Nos momentos de conflagração social, o melhor caminho parece ser o da autocontenção. Todavia, considerando a observação acima, no sentido da politização de decisões judiciais, então dois procedimentos são necessários. O primeiro é criar uma espécie de bloqueio para a alteração do número de assentos e da própria composição do Tribunal. O segundo é fazer com que aquele sistema de responsabilização política, já devidamente

aprimorado e atualizado, seja ainda mais eficaz e célere para alcançar decisões politizadas proferidas durante os conflitos sociais, por conta do alto custo que representam para toda sociedade.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. 1ª ed. São Paulo. Juspodivm. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados. 4ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2019.

FILHO, Agassis Almeida e BARROS, Vinícius Soares de Campos (org.). Novo Manual de Ciência Política. 2ª ed. São Paulo. Martins Fontes. 2013.

FRIED, Reis. Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Freitas Barros. 6ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2018.

KYMLICK, Will. Filosofia política contemporânea. 1ª ed. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

MARSHALL, Tim. Prisioneiros da geografia. 1ª ed. São Paulo. Zahar. 2018.

RECONDO, Felipe. Tanques e Togas. 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2018.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck (org.). Onze Supremos. 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? 1ª ed. São Paulo. FGV Editora. 2013.

SARMENTO, Daniel. República, inclusão e constitucionalismo. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2018

STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes. 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. 1ª ed. São Paulo. Martins Fontes. 1999.

ZIBLAT, Daniel e LEVITSKY, Steven. Como as democracias morrem. 1ª ed. São Paulo. Zahar. 2018.

A DELIMITAÇÃO DO SENTIDO E DO ALCANCE DO
CONCEITO DE “DEDICAÇÃO A ATIVIDADES
CRIMINOSAS”, PREVISTO NO §4º DO ART. 33 DA
LEI DE DROGAS, REALIZADA A PARTIR DA
ANÁLISE DE ELEMENTOS CONCRETOS,
EXTRAÍDOS DO COTIDIANO FORENSE

Maria Augusta Tonioli



A DELIMITAÇÃO DO SENTIDO E DO ALCANCE DO CONCEITO DE “DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS”, PREVISTO NO §4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, REALIZADA A PARTIR DA ANÁLISE DE ELEMENTOS CONCRETOS, EXTRAÍDOS DO COTIDIANO FORENSE

THE DELIMITATION OF THE MEANING AND THE SCOPE OF THE CONCEPT OF ‘DEDICATION TO CRIMINAL ACTIVITIES’, FIXED ON THE 4TH PARAGRAPH OF THE 33RD ARTICLE OF DRUG LAW, ACCOMPLISHED FROM THE ANALYSIS OF CONCRET ELEMENTS, EXTRACTED BY COURTS ROUTINE

Maria Augusta Tonioli¹

RESUMO

Inovando em relação ao diploma legislativo que a antecedeu, a Lei n. 11.343/2006 previu, em seu art. 33, §4º, uma causa de diminuição de pena aplicável ao crime tráfico de drogas, quando praticado por agente primário; que não integre organização criminosa, nem se dedique a atividades criminosas. Diante da indeterminação do conceito de “dedicação a atividades criminosas”, instaurou-se, entre os aplicadores do Direito, grande divergência a respeito da aplicabilidade da referida previsão para obstar a redução da pena dos traficantes, e também do seu verdadeiro sentido e alcance. No tocante à aplicabilidade, prevaleceu a possibilidade de afastamento do §4º com fundamento na dedicação do agente a atividades criminosas, como forma de concretizar a opção legislativa de beneficiar, com a previsão, apenas os traficantes eventuais. Considerando a insegurança e a divergência de posicionamentos identificadas na aplicação da norma, porém, verificou-se a necessidade de delimitar, minimamente, o sentido e o alcance da expressão “dedicação a atividades criminosas”. Percebeu-se, no entanto, não ser possível conferir um conceito unívoco à expressão, analisando apenas a literalidade do dispositivo. Concluiu-se, de fato, que, por se tratar de norma composta por um conceito indeterminado, a sua essência apenas poderia ser encontrada através do confronto entre

¹ Especialista em Direito Público e em Direito Privado pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Bacharelada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. E-mail: matonioli@tjsc.jus.br.

o texto abstrato e situações concretas. Assim, através do presente trabalho, buscou-se identificar elementos fáticos concretos presentes nos processos judiciais que, notadamente quando conjugados entre si, podem evidenciar a dedicação do agente a atividades criminosas, fundamentando a negativa do seu direito a um tratamento penal mais brando.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas. Causa de Diminuição da Pena. Dedicação a Atividades Criminosas. Critérios.

ABSTRACT

Innovating when compared to the legislation that preceded it, Federal Law 11.343/2006 provided, in its article 33, 4th paragraph, a cause of penalty reduction applicable to drug dealing crime, when committed by primary agent; that is not part of a criminal organization or engaged in criminal activity. Given the indeterminacy of the concept of “dedication to criminal activity”, there was wide disagreement among law enforcers regarding the applicability of this provision to prevent the reduction of the punishment of drug dealers, as well as its true meaning and scope. Regarding to applicability, the opinion that prevailed is the one that admits that the judges deny the benefit of 4th paragraph due to agent’s dedication to criminal activities, as a way of realizing the legislative option to favor, with the provision, only occasional drug dealers. Considering the insecurity and the variety of positions identified in the application of the norm, the necessity of delimitating the meaning and scope of the term “dedication to criminal activities” emerged. We have noticed, however, that it is not possible to give a univocal concept to the expression, analyzing only the literality of the clause. We have concluded, in fact, that because the norm in study has, in its terms, an indeterminate concept, its essence can only be recognized through the confrontation between the abstract text and concrete situations. Thus, through the present work, we sought to identify concrete factual elements present in judicial cases that, especially when combined with each other, can highlight the dedication of the agent to criminal activities, substantiating the denial of his right to a milder criminal treatment.

Keywords: Drug Dealing. Cause of Penalty Reduction. Dedication to Criminal Activities. Standards.

1 INTRODUÇÃO

Na prática criminal, verifica-se posicionamentos diametralmente divergentes a respeito da aplicabilidade, ou não, da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006), no caso de dedicação do acusado a atividades criminosas.

Em muitos casos, diante da mera constatação de que o acusado não é reincidente nem integra organização criminosa, aplica-se a causa de diminuição de pena, ignorando-se a previsão expressa do referido §4º no tocante à não incidência da benesse nos casos de agentes que, embora primários, claramente se dedicam ao mundo do crime. Em um número mais restrito de casos, em contrapartida, a redução da pena é negada com fundamento na dedicação do agente a atividades criminosas, sem, contudo, esclarecer-se detidamente o que seria essa “dedicação” e quais os fundamentos técnicos que suportaram o seu reconhecimento no caso concreto.

Na doutrina, encontra-se semelhante impasse. Alguns estudiosos defendem a absoluta impossibilidade de afastamento da minorante com fundamento na dedicação do agente a atividades criminosas devido ao elevado grau de indeterminação desse conceito jurídico. Outros, em sentido oposto, defendem a aplicabilidade plena da cláusula de abertura do sistema como impeditivo do benefício penal.

O cenário evidenciado causa inquietação por dois motivos centrais. O primeiro deles é que, na prática, a depender do posicionamento do julgador, casos análogos recebem tratamentos penais muito distintos, não só em relação à pena, como também no tocante ao regime prisional aplicável, o que se traduz em inequívoca insegurança jurídica. O segundo é que, embora, por um lado, a manutenção da minorante em todos os casos pareça inadequada, por ir de encontro à redação expressa do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006) e à individualização da pena, por outro, é inquestionável que o afastamento da benesse com base em meras conjecturas a respeito da dedicação do agente a atividades criminosas também não pode ser aceito.

Refletindo mais detidamente sobre o assunto, a partir desses pontos, pode-se concluir, de pronto, que a opção legislativa de negar aplicabilidade à causa de diminuição da pena nos casos de dedicação do agente a atividades criminosas não é gratuita e, portanto, não deve ser ignorada. Inequivocamente, de fato, a previsão tem por objetivo conferir efetividade às disposições constitucionais concernentes à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes, evitando a proteção deficiente do Estado nessa seara.

Constata-se, ademais, que, diante da impossibilidade de prever, de antemão,

todos os casos específicos em que indevida a incidência da minorante, por circunstâncias específicas do delito, optou o legislador por inserir na norma o conceito indeterminado (porém determinável) de “dedicação a atividades criminosas” como óbice à redução da pena, conferindo, assim, ao intérprete o poder-dever de definir, em concreto, os acusados que devem, ou não, ser beneficiados com penalidades mais brandas.

Ocorre que esse poder-dever não é ilimitado, devendo restringir-se ao sentido e ao alcance permitidos pelo próprio conceito indeterminado previsto em lei, sob pena de redundar em arbítrio.

Por essa razão, pretende-se, através da presente pesquisa, definir minimamente o sentido e o alcance da expressão “dedicação a atividades criminosas”, a partir de situações concretas identificadas em doutrina e em jurisprudência, capazes de, técnica e fundamentadamente, justificar o seu reconhecimento, para afastar (ou manter) a aplicação do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

Para a concretização do estudo proposto, inicialmente, abordar-se-á, de forma breve, a importância da hermenêutica na definição dos conceitos jurídicos indeterminados, como instrumento para conferir segurança ao ordenamento jurídico. Em seguida, proceder-se-á à análise da redação literal do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006), identificando a teleologia da norma. Por fim, através da revisão de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, procurar-se-á delimitar o verdadeiro sentido do conceito de “dedicação a atividades criminosas” e identificar elementos concretos que sirvam como fundamentos técnicos e juridicamente seguros para embasar o seu reconhecimento e, assim, afastar (ou manter) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação, pretende-se utilizar do método indutivo (PASOLD, 2008, p. 83) e, como técnica, a pesquisa em obras e artigos científicos, físicos e eletrônicos, além da jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

2 A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA NA DELIMITAÇÃO DO SENTIDO E DO ALCANCE DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A norma jurídica, compreendida de forma restritiva como a expressão formal do Direito (FRIEDE, 2015), é editada em termos gerais, fixando regras e consolidando princípios em tese, de forma abstrata. Sua incidência no caso concreto, com a efetiva vinculação do texto abstrato a um fato social, depende, antes de tudo, da identificação do sentido e do alcance das expressões e dos conceitos que compõem o seu enunciado, atividade viabilizada pela aplicação de técnicas de interpretação próprias, inseridas no bojo da ciência hermenêutica.

Toda norma jurídica, por mais claro que possa parecer o seu conteúdo, depende, para a sua aplicação adequada, de interpretação, compreendida como a definição do sentido e do alcance dos conceitos que compõem o seu enunciado.

De fato, a norma pode ter em seu bojo tanto conceitos determinados, que “delimitam a esfera do objeto que designam de maneira precisa, [...] sem deixar dúvidas quanto ao seu âmbito de referência material”, quanto conceitos indeterminados, “cujas delimitações não são precisas no seu enunciado” e cujo significado efetivo só pode ser alcançado em concreto, quando o texto abstrato é deparado com situações específicas (CADEMARTORI, 2009, p. 45-46).

Em ambos os casos, a interpretação é necessária para a adequada subsunção do texto abstrato ao fato social. Mas são nas normas compostas por conceitos indeterminados, em especial, que o aplicador do Direito verdadeiramente assume a tarefa de identificar “a consistência da norma”, ou seja, “o seu significado, as suas finalidades e, associadas a estas, as razões do seu aparecimento e as causas de sua elaboração” (COELHO, 1981, p. 182, *apud* FRIEDE, 2015, p. 160), para, só então, concluir pela sua incidência, ou não, em um caso concreto. Atribui-se ao intérprete não apenas a tarefa de tornar claros os dizeres da norma, abstratamente falando, mas, sobretudo, de “revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta” (MAXIMILIANO, 2017, p. 8).

Devido aos conceitos indeterminados, na maior parte dos casos, abstratamente prevista, a norma jurídica é incapaz de garantir a segurança necessária para a efetiva disciplina das relações sociais. A “correta aplicação dos critérios de interpretação da norma jurídica, mais do que qualquer outro fator”, é “tornar verdadeiramente seguro o ordenamento social, impedindo, em última instância, a subversão à ordem legal (geradora de instabilidade social)” (FRIEDE, 2015, p. 158).

Daí a importância da hermenêutica, enquanto ciência que sistematiza as técnicas de interpretação e permite, em cada caso, que o aplicador do Direito identifique o sentido e o alcance dos conceitos que compõem a norma, para a sua subsequente subsunção a um fato social, de forma adequada, segura e minimamente previsível.

Como ensina FRIEDE (2015, p. 158), a hermenêutica é “a verdadeira teoria científica da denominada arte da interpretação”. Trata-se de “um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito”.

MAXIMILIANO (2017, p. 7), nessa mesma toada, afirma que “a Aplicação não prescinde da Hermenêutica”; pelo contrário, a pressupõe, “como a medicação e a diagnose”. Continua, sustentando que:

Para atingir, pois, o escopo de todo o Direito objetivo força examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quoetio juris*, no sentido estrito);

b) o caso concreto e suas circunstâncias (*quoestio facti*); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço (1).

As circunstâncias do fato são estabelecidas mediante o exame do mesmo, isolado, a princípio, considerado em relação ao ambiente social, depois: procede-se, também, ao estudo da Prova em sua grande variedade (depoimento das partes, testemunhos, instrumentos, etc.); não se olvidem sequer as presunções de Direito (*proesumptiones juris et de jure*) (2).

A adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a Crítica, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico (3); b) a Interpretação, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o suprimento das lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo (4).

Especialmente na aplicação de normas compostas por conceitos indeterminados, com efeito, é dever do intérprete identificar, através de preceitos hermenêuticos, a essência das disposições fixadas em tese pelo legislador, para, só então, efetivamente enquadrar o preceito normativo ao caso concreto.

Essa incumbência ganha ainda maior relevo quando se trata de conceitos indeterminados inseridos em normas penais, uma vez que o sentido e o alcance dados ao enunciado normativo pelo aplicador do Direito refletem, diretamente, no *status libertatis*

do indivíduo. Por essa razão, na análise de dispositivos dessa natureza, mais do que na de quaisquer outros, deve o intérprete aplicar adequadamente os critérios de interpretação, para estabelecer, através de parâmetros objetivos, o verdadeiro sentido e alcance da norma e, assim conferir segurança ao ordenamento, com a garantia de tratamento isonômico a casos idênticos ou muito semelhantes.

Em atenção às premissas ora estabelecidas, buscar-se-á, nos próximos capítulos do presente trabalho, identificar a aplicabilidade e a teleologia do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006) e, em seguida, delimitar minimamente o conceito de “dedicação a atividades criminosas”, previsto como um óbice à redução da pena dos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas no Brasil, por meio da sua confrontação com situações concretas do âmbito forense.

3 A VALIDADE DA “DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS” COMO FUNDAMENTO PARA A NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006 E A TELEOLOGIA DA NORMA

A Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006) substituiu a então vigente Lei n. 6.863/1976, estabelecendo normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, em atenção aos dispositivos constitucionais que determinaram a concessão de tratamento penal mais rigoroso a crimes dessa natureza, elevados à condição de “equiparados a hediondos” pela Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1998).

Assim que editada, a norma ganhou destaque, pois, ao mesmo tempo em que “aumentou a pena base do delito previsto no art. 33, *caput* e §1º – que antes era de três anos e agora passou a ser de cinco anos –, previu uma causa de diminuição de pena para estes crimes, visando beneficiar aquele traficante que preencher os requisitos estipulados” (MENDONÇA, 2012, p. 120).

É a redação do art. 33, *caput*, e §§ 1º e 4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006):

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

[...]

§4º. Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Analisando-se o *caput* do art. 33, verifica-se que, com a novel legislação, conferiu o legislador maior rigor ao tráfico de entorpecentes, com a majoração da sua pena-base em 2 (dois) anos e a conseqüente imposição de regime prisional mais gravoso – semiaberto em detrimento do aberto, nos moldes do art. 33, §2º, 'b', do Código Penal (BRASIL, 1940). Por outro lado, no §4º do mesmo dispositivo, abrandou o tratamento penal conferido a uma parcela específica dos acusados pela mercancia ilícita, com a previsão de uma causa de diminuição da pena, de 1/6 a 2/3, aplicável quando preenchidos requisitos preestabelecidos no texto da própria Lei.

A respeito da referida opção legislativa, já na Exposição de Motivos do Projeto que deu origem à Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2002), constou que:

Ao tratar dos crimes e penas, o projeto prestigia soluções que, desde há muito defendida pelos especialistas, poderiam talvez, se antes estivessem sido adotadas, reduzir o verdadeiro caos em que nos encontramos.

Assim foi que, sensível aos reclamos de todos, as várias condutas previstas no artigo 12, da Lei 6.368/76, distribuem-se hoje entre outros tipos, associando-se a cada um a reprimenda adequada.

Foi como o projeto, mantendo o severo tratamento recomendado para certas

condutas, abrandou, conforme unanimemente reclamado, o dispensado a outras. [...] Questão tratada pelo projeto, e que em sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu tratamento mais benigno. Não olvidando a importância do tema e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigorosos como convém, de redução das penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento.

Sobre a teleologia subjacente à norma, também leciona DELMANTO (2018, p. 1086) que:

[...] por motivos de boa política criminal, busca a lei, neste §4º, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, punindo mais levemente o primeiro e buscando evitar seja ele, na prisão, cooptado definitivamente pelos agentes habituais do tráfico. É o chamado “tráfico privilegiado”.

Vê-se, assim, que, com a previsão do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006), buscou o legislador conferir tratamento menos rigoroso ao pequeno traficante; àquele que, apenas ocasionalmente, se envolve com a mercancia ilícita, seja para sustentar o próprio vício, seja por alguma circunstância específica de vida que o conduz às veredas do crime.

Por essa razão, conforme a redação literal do dispositivo, apenas fará jus à diminuição da pena o traficante que preencher três requisitos cumulativos: a) ser primário, com bons antecedentes; b) não se dedicar a atividades criminosas; c) não integrar organizações criminosas.

Com relação ao primeiro requisito – primariedade e bons antecedentes -, não há maiores questionamentos. Como ensina LIMA (2015, p. 762-763):

[...] O conceito de primariedade é definido a partir de uma interpretação a *contrario sensu* da reincidência (CP, art. 63). Primário, portanto, é o acusado que pratica determinado crime sem que tenha contra si, à época do fato delituoso, sentença condenatória transitada em julgado referente à prática de outro crime.

[...] O conceito de bons antecedentes também é alcançado por exclusão, leia-se, será considerado dotado de bons antecedentes o acusado que não tiver maus antecedentes. [...] na prática, restam como maus antecedentes apenas condenações criminais com trânsito em julgado que não mais caracterizem a reincidência, em virtude do decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do CP.

No que concerne ao terceiro – não integrar organização criminosa –, também não há divergência. A Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013) prevê, em seu art. 1º, §1º, o conceito de organização criminosa, definindo-a como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas com objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. No art. 2º, por sua vez, define como crime a conduta de “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa”, organização dessa natureza.

A grande controvérsia do tipo penal reside no segundo requisito, a “não dedicação a atividade criminosa”.

Acerca do tema, há, na doutrina, quem defenda que a previsão legal é absolutamente inócua e, portanto, inaplicável, devido à indefinição da referida “dedicação a atividade criminosa”. NUCCI (2017, p. 395), nesse sentido, defende que:

[...] estranha é a previsão a respeito de não se dedicar a atividades criminosas, pois não diz nada. [...] Não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar dedicação a tal tipo de atividade.

Prevalece, contudo, entre os teóricos e também na jurisprudência, que a “dedicação a atividades criminosas” é, sim, um impeditivo à fruição da diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Com efeito, um dos princípios mais basilares da hermenêutica é o que diz que “não se presumem, na lei, palavras inúteis” (*verba cum effectu, sunt accipienda*). A respeito, ensina MAXIMILIANO (2017, p. 227) que:

Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva (2). [...]

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto (3); porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma (4).

Na mesma vertente, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o fato de a lei não

estabelecer critérios objetivos para a incidência do benefício não impede que o julgador, no exame do caso concreto e em observância às circunstâncias do fato, possa preencher a lacuna legal” (STJ, AgRg no HC 521.485/RJ, 2019).

Desse modo, entende-se que a vedação legal ao benefício deve, sim, ser aplicada, como forma de concretizar a opção legislativa de beneficiar apenas os traficantes eventuais, ‘de primeira viagem’, e não os traficantes profissionais processados pela primeira vez, evitando-se, dessa forma, a quebra da isonomia e a subversão da ordem legal.

Tratando-se, contudo, de vedação instituída em norma jurídica que contém em seu bojo, claramente, um conceito indeterminado, entende-se que a sua aplicação concreta depende da definição do sentido e do alcance da expressão “dedicação a atividade criminosa”, o que só pode ser alcançado com a confrontação do texto abstrato com situações específicas verificadas no cotidiano forense.

4 CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006, A PARTIR DA DELIMITAÇÃO DO SENTIDO E DO ALCANCE DA EXPRESSÃO “DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS”

A norma jurídica insculpida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006) consigna, em seu texto, um conceito indeterminado, quando dispõe sobre a possível incidência de causa de diminuição da pena do tráfico de drogas, desde que o agente “não se dedique as atividades criminosas”.

Não se tem conhecimento da eleição, seja em lei, na doutrina ou na jurisprudência, de uma definição específica do que seria essa “dedicação a atividades criminosas”.

De todo modo, considerando a necessidade de aplicação concreta da norma, como forma de garantir efetividade à opção legislativa de apenas beneficiar os traficantes ocasionais com a redução da sua reprimenda, entende-se que deve ser buscada a delimitação do verdadeiro sentido e do real alcance da expressão, o que pressupõe não só a análise da sua redação literal, como também a confrontação da previsão com situações concretas evidenciadas no cotidiano forense.

Como premissa inicial para essa empreitada, deve-se observar que a lei fala em ‘dedicação’, o que demonstra que a incidência da vedação normativa pressupõe habitualidade

na atuação do agente, isto é, “o exercício de atividade ilícita pautado na reiteração de condutas, distinguindo o traficante profissional do traficante pequeno ou eventual” (FREITAS, 2007). Utiliza o legislador, ainda, a expressão ‘atividades criminosas’, o que denota a prática de condutas contrárias ao ordenamento penal, e não de qualquer norma de conduta social.

A esse respeito, GRECO FILHO e RASSI (2007, p. 103) explicam que “dedicar-se, segundos os dicionários, é ‘consagrar sua afeição e/ou seus serviços a alguém; consagrar-se; dar-se’, o que significa um certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva; integrar significa ‘juntar-se; fazer parte integrante, participar de’[...]”.

No mesmo sentido, ensina SILVA (2011, p. 70) que:

Dedicar-se a atividades criminosas pressupõe reiteração de condutas tipificadas como crime, ou seja, habitualidade no cometimento de delitos. Tal circunstância poderá ser demonstrada por meio de folhas de antecedentes criminais, certidões cartorárias, cópias de outros processos, testemunhas, ou seja, qualquer meio hábil a provar a vida criminosa do acusado ou condenado. Como a norma não diz qual espécie de atividade criminosa, poderá ser qualquer uma, desde que, obviamente, não se trate de delitos culposos, que pressupõem ausência de vontade. A norma visa a impedir a redução da pena para aquele que de forma habitual e deliberada pratica qualquer espécie de crime. Com efeito, aquele que faz da vida criminosa seu modo de vida não é merecedor do redutor.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ainda, extrai-se entendimento no sentido de que “somente pode ser contemplado pelo benefício aquele agente que não faça do crime o seu meio de vida. Ou seja, para que o benefício seja aplicado, o fato que deu ensejo à condenação do agente deve ser episódico casual, acidental, fortuito” (TJSC, Apelação Criminal n. 2008.015930-7, 2008).

Diante disso, e considerando ainda a teleologia da norma, expressamente indicada na Exposição de Motivos da Lei de Drogas (BRASIL, 2002), pode-se concluir, estreme de dúvidas, que somente deve ser beneficiado com a redução de pena o traficante eventual, ocasional, que, por alguma circunstância específica se envolveu com o comércio espúrio, mas “não faz do crime seu meio de vida”.

Ocorre que essa delimitação conceitual ainda não é suficiente para tornar unívoco o sentido da norma, até mesmo porque, “fazer do crime o seu meio de vida” ou “tratar-se o crime de episódio casual” são, em última análise, conceitos tão indeterminados quanto o de “dedicar-se a atividade criminosa”.

Por essa razão, entende-se que o único caminho para alcançar o verdadeiro sentido e alcance da expressão “dedicar-se a atividades criminosas” é confrontar o texto abstrato da

lei com situações cotidianas da atividade forense que, notadamente quando presentes em conjunto, podem formar a convicção do intérprete quanto à ocorrência da hipótese normativa e, por consectário, fundamentar a conclusão pela não incidência da causa de diminuição da pena prevista na parte final do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006) no caso concreto.

Também é essa a posição de FREITAS (2007), quando defende que o dedicar-se a atividades criminosas deve ser evidenciado “pelas circunstâncias objetivas que permeiam o crime [...] e subjetivas quanto à pessoa do agente [...], elucidando a incursão do traficante no seio da criminalidade”.

Desse modo, passa-se à análise, pontual, de situações específicas que, por circunstâncias do fato ou pelas condições pessoais do agente, podem ser utilizadas como elemento de convicção do julgador para a conclusão a respeito da efetiva “dedicação do agente a atividades criminosas” e, por consectário, para obstar, legítima e fundamentadamente, a redução da sua pena, com fulcro no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006), na terceira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas.

4.1 QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA

Conquanto parcela respeitável da doutrina e da jurisprudência compreenda que as questões relacionadas à natureza e à quantidade da droga apreendida em poder do agente possam influir apenas na quantificação da diminuição da pena, mas não na caracterização da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (ROQUE; TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 549), prevalece atualmente que os referidos fatores podem, sim, determinar a convicção do magistrado quanto à sua dedicação a atividades criminosas.

Da lição de LIMA (2019, p. 1.207) extrai-se que:

[...] se o indivíduo for flagrado com grande quantidade e variedade de drogas, tem-se aí forte indicativo de que se trata de agente dedicado a atividades criminosas, até mesmo porque não é normal que um traficante pequeno e eventual dê início às atividades de traficância com tamanha quantidade e diversidade de drogas.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça também já externou posicionamento no sentido de que “a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa” (STJ, AgRg no HC 515.615/MS, 2019). Já decidiu, ademais, que “a natureza e a quantidade de droga apreendida [...] podem ser utilizadas no

impedimento da incidência da minorante [prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas], quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes” (STJ, HC 524.406/SP, 2019).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na mesma vertente, possui precedentes reconhecendo que a aquisição de elevado montante de entorpecente, para distribuição, “exige envolvimento e experiência do agente na prática de ilícitos”, tornando inviável a aplicação da causa de especial diminuição de pena” prevista na Lei de Drogas (TJSC, Apelação Criminal n. 0005726-80.2018.8.24.0033, 2019).

De fato, a apreensão, em poder do agente, de elevada quantia de entorpecentes, ou mesmo de drogas de espécies variadas, notadamente as mais nocivas, deve ser sopesada para avaliar se o tráfico é evento isolado em sua vida ou se, na verdade, é o seu meio precípua de subsistência.

Não é comum, afinal, que o mero usuário, ou mesmo o traficante ocasional, detenham em seu poder vultosa quantia de entorpecente, a menos que alguma circunstância específica, comprovada, justifique esse fato (caso, por exemplo, de algumas ‘mulas’, que transportam drogas a mando de terceiros, por alguma situação de vida determinada). A uma, porque o custo da maioria das drogas é elevado e os usuários/traficantes eventuais são, em geral, pessoas de recursos limitados, que não teriam poder aquisitivo para a sua compra em grandes lotes. A duas, porque, nas maiores cidades, a aquisição de grande volume de entorpecentes normalmente só é alcançada através de integrantes de facções criminosas. A três, porque não haveria razão para que esses indivíduos estocassem grande quantia de droga em seu poder, se pretendessem o mero consumo ou a venda ocasional: o risco de uma abordagem policial, claramente, seria desproporcional diante da vantagem pretendida.

Igualmente, no que concerne à variedade e à natureza da droga, dois fatores não podem ser ignorados. Inicialmente, é de conhecimento geral que a maior parte dos usuários se serve de apenas um só tipo de entorpecente ou, quando muito, utiliza duas espécies (e não todo o leque de opções disponíveis no mercado). O traficante eventual, que é aquele que vende para sustentar o próprio vício ou em situação específica de necessidade, igualmente, não teria porque adquirir droga diversa da que ordinariamente usa. Também é cediço que, em algumas regiões do país, notadamente nos grandes centros, as facções criminosas detêm verdadeiro monopólio sobre a aquisição e distribuição dos entorpecentes de maior valor, como é o caso da cocaína, de modo que a sua apreensão em maior quantidade pode ser utilizada como fundamento para embasar o vínculo do traficante com as referidas estruturas paralelas de poder.

A respeito, pontua MENDONÇA (2012, p. 122) que, “realmente traficantes que

são encontrados com grandes quantidades, em geral, estão envolvidos com organizações criminosas ou já se trata de traficante habitual. Isto porque é natural que o início da atividade se desenvolva com pouca quantidade de droga”.

Por essas razões, compreende-se que, especialmente se aliadas entre si ou conjugadas com outros elementos de convicção, a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas podem justificar a não aplicação da causa de diminuição da pena em estudo.

4.2 LOCAL DA APREENSÃO DA DROGA OU DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO TRAFICANTE

O local de apreensão da droga e/ou da prisão em flagrante é outro elemento que pode, e deve, ser considerado pelo julgador para avaliar a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

É evidente que o simples fato de a abordagem policial ocorrer em região conhecida pela mercancia ilícita, isoladamente, não permite que se conclua pela prática do tráfico de drogas e, muito menos, pela efetiva dedicação do agente ao crime.

Quando a abordagem, contudo, for realizada em favelas e outros locais notoriamente dominados por facções criminosas, e a quantidade, a forma de acondicionamento da droga e outros elementos permitirem concluir pela mercancia ilícita, é possível considerar o ambiente da apreensão como fator determinante para impedir a redução da reprimenda do acusado.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já reconheceu a validade da decisão judicial que afastou a redução da pena, considerando “além da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, as demais circunstâncias da apreensão da droga e da prisão em flagrante do paciente, o qual foi autuado em local conhecido como ponto de tráfico” (STJ, HC 524.406/SP, 2019). Em outra ocasião, reconheceu como “fundamentação idônea para negar a incidência da minorante do tráfico”, a “quantidade de droga apreendida - 287,7g de maconha e 12,8g de cocaína -, aliada ao fato de que o local da apreensão é conhecido como ponto de venda de drogas, é dominado por facção criminosa” (STJ, AgRg no HC 517.213/RJ, 2019).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, igualmente, já embasou a não aplicação da minorante nos fatos de ser o “acusado encontrado em conhecido ponto de tráfico, na posse de considerável quantia de crack, separada em porções individuais” (TJSC, Apelação Criminal n. 0003634-95.2019.8.24.0033, 2019); e de serem os “entorpecentes apreendidos com o réu em local conhecido pela prática intensa do comércio ilícito de drogas” (TJSC, Apelação Criminal n. 0012175-21.2017.8.24.0023, 2019).

Com efeito, não há como ignorar o fato de que, nos locais em que o tráfico se encontra arraigado, sob o controle de organizações criminosas, em geral, apenas os indivíduos “autorizados” pelos respectivos comandos podem se envolver com o comércio espúrio, sob pena, inclusive, de sofrer sanções rigorosas das facções dominantes. Desse modo, o local da apreensão deve, sim, ser sopesado para avaliar se, de fato, trata-se no caso de traficante eventual ou se, na verdade, trata-se de um dos mandatários dos ‘chefes locais do crime’.

4.3 APREENSÃO DE PETRECHOS UTILIZADOS PARA O TRÁFICO DE DROGAS OU DE INSTRUMENTOS/PRODUTOS DE OUTROS CRIMES

É comum que nas prisões em flagrante e nos cumprimentos de mandados de busca relacionados ao crime tráfico de drogas sejam encontrados, no ambiente da abordagem, objetos utilizados para o manuseio e a preparação das substâncias ilícitas para o comércio.

Não raro, de fato, nessas ocasiões, são apreendidos, juntamente com os entorpecentes “papel celofane, plásticos, papel alumínio, ampolas ou assemelhados, recortados ou não, utilizados para embalagem de porções individualizadas” (FREITAS, 2007), bem como outros petrechos ordinariamente empregados na mercancia ilícita, como é o caso dos cadernos de anotação de vendas e das balanças de precisão.

Invocando esse fundamento, o Superior Tribunal de Justiça manteve decisão em que o Tribunal de origem negou o benefício devido à conclusão de que “o paciente é habitual no comércio de entorpecentes, uma vez que foi surpreendido com 52 porções de cocaína e petrechos para o embalo e venda de entorpecentes (balança de precisão, faca, tesoura e pedaços de sacos plásticos)” (STJ, HC 526.616/SP, 2019).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em semelhante sentido, possui precedentes no sentido de que a “apreensão de doze quilos de maconha, quantidade não usual a pequenos traficantes, além de apetrechos para separação e pesagem do entorpecente, como balança de precisão” são “elementos que indicam a habitualidade na prática da traficância”, impossibilitando a aplicação da minorante (TJSC, Apelação Criminal n. 0006209-92.2018.8.24.0039, 2019).

Em alguns casos mais específicos, além dos instrumentos específicos do tráfico, outros produtos/instrumentos de crime são localizados, caso das armas de fogo destinadas à ‘proteção’ do ponto de tráfico; dos coletes balísticos e até mesmo de produtos receptados, obtidos como forma de pagamento do entorpecente, através de usuários adictos.

Pontuais, a esse respeito, são novamente as palavras de FREITAS (2007), quando explica que:

É comum o traficante ser receptor. Em seu ponto de venda, além da droga, comumente são apreendidos bens móveis diversos, sem origem, de regra transacionados com usuários, dependentes ou autores de crimes patrimoniais, tais como armas, brinquedos, aparelhos eletrodomésticos ou eletroeletrônicos, de informática, veículos, dentre outros, sem falar em documentos pessoais de terceiros (RG, CNH, CTPS) ali deixados como garantia.

Assim, caso apreendidos, na posse do traficante, além da droga, outros artefatos ordinariamente empregados para viabilizar a mercancia ilícita ou mesmo instrumentos/ produtos de crime, que mantenham vínculo explícito com a traficância, pode ser esse fato, aliado aos demais, utilizado como fundamento para justificar a não aplicação da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006) na hipótese concreta, por indicar que o comércio não é eventual, e sim estruturado.

4.4 APREENSÃO DE VULTOSA QUANTIA DE DINHEIRO EM ESPÉCIE

A apreensão, em poder do traficante ou no ambiente da sua abordagem, de vultosa quantia de dinheiro em espécie, notadamente se o dinheiro estiver fracionado em notas de pequeno valor e não for comprovada a sua origem, é outro fator que pode ser considerado para reconhecer a dedicação ao crime.

Nos dias atuais, com efeito, diante do fácil acesso às instituições financeiras, aliado à violência que assola as grandes cidades, chama a atenção o fato de alguém possuir consigo grande quantia de dinheiro, sem uma justificativa plausível para essa posse. Tratando-se de pessoa presa em flagrante por tráfico de drogas, mais ainda, a situação deve ser detidamente avaliada, para aferir se o dinheiro provém de fonte de renda autônoma, lícita, ou se, na verdade, reflete os rendimentos decorrentes do comércio espúrio. Sendo este o caso, e evidenciando-se, pelo montante, que o comércio é exercido de forma abrangente pelo agente, a aplicação da minorante deve ser negada, com fundamento no fato de ser o crime seu “meio de vida”.

Em hipótese concreta na qual foram encontrados “mais de dez mil reais na residência do apelante, bem como balança de precisão”, sem comprovação da origem lícita do numerário, concluiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que o acusado “não era traficante eventual e sim habitual” (TJSC, Apelação Criminal n. 0011347-36.2018.8.24.0008, 2019), afastando o seu direito à minorante.

Em suma, sempre que a quantia apreendida demonstrar que o tráfico é habitual e que serve como fonte primária de subsistência do acusado, é possível negar a incidência da causa de diminuição da pena, reconhecendo-se a sua dedicação ao crime.

4.5 CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES

O vínculo subjetivo do agente com outros indivíduos para a concretização do comércio espúrio é mais uma circunstância que evidencia a sua maior incursão nas veredas do crime, amparando o possível afastamento do direito à causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

Das lições de FREITAS (2007), nesse sentido, extrai-se que:

A revogada causa de aumento de pena (Lei 6.368/76, art. 18, III) pode servir como fator de concessão de percentual inferior ao máximo ou até sua exclusão, vez que o congresso de vontades com terceiro(s) revela maior periculosidade do agente em detrimento da saúde pública – tudo porque a cooperação mútua desencadeada para a mercancia exige concerto prévio, ainda que momentâneo. Malgrado não chegue a caracterizar a associação pela ausência de prova de estabilidade ou permanência, pode revelar dedicação a atividades criminosas. É o caso de a prova retratar que, nas cercanias ou no local de prisão do réu, ele sempre foi visto em companhia do comparsa preso ou apreendido (adolescente) ou perambulando em companhias reconhecidamente envolvidas com o tráfico etc.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no mesmo norte, já decidiu que a conduta social do réu e o concurso de agentes, quando aliados às circunstâncias em que a droga foi apreendida, “podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa” (TJSC, Apelação Criminal n. 0002705-97.2016.8.24.0023, 2017).

4.6 MAUS ANTECEDENTES

Os maus antecedentes, isto é, os “aspectos passados da vida criminosa do réu”, que, sob a ótica penal, incluem apenas “as condenações, com trânsito em julgado, existentes antes da prática do delito”, mas, sob o enfoque processual penal, podem abranger “todos os registros existentes na folha de antecedentes do acusado” (NUCCI, 2019, p. 769), devem ser analisados pelo magistrado para apurar a dedicação do agente a atividades criminosas.

QUEIROZ (2016, p. 50) defende que, quanto aos maus antecedentes, após a edição da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, “somente a sentença transitada em julgado que não importe em reincidência poderá ser considerada como impeditiva do benefício”.

Na mesma senda, o Superior Tribunal de Justiça possui precedente no sentido de que “condenações transitadas em julgado, ainda que atingidas pelo período depurador previsto

no art. 64, inciso I, do CP, podem ser consideradas como maus antecedentes e, no caso do crime de tráfico de drogas, também afastam a incidência da causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006” (STJ, AgRg no HC 515.615/MS, 2019).

Entende-se, contudo, que, para a formação do convencimento do julgador a respeito do direito do acusado à redução da sua reprimenda, não só os registros que não servem para a configuração da reincidência podem ser sopesados, mas, sim, os antecedentes considerados em sentido amplo, incluindo todos os seus registros policiais. Afinal, a dedicação à atividade criminosa pode ser demonstrada por quaisquer meios de prova, e não apenas por certidões de antecedentes propriamente ditas.

4.7 ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS NA ADOLESCÊNCIA

A prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas pelo agente, enquanto adolescente, embora não configure tecnicamente maus antecedentes, pode concorrer para a conclusão a respeito da sua dedicação a atividades criminosas.

De fato, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, se “o réu desde adolescente já era conhecido no meio policial de outras inúmeras abordagens pelo envolvimento com o tráfico de entorpecentes” ou se admite que “quando adolescente já comercializava entorpecentes”, não deve fazer jus à redução da sua pena na terceira fase da dosimetria do tráfico (TJSC, Apelação Criminal n. 0012175-21.2017.8.24.0023, 2019), por fazer do crime seu meio de vida.

4.8 INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO

Os inquéritos policiais e eventuais ações em curso existentes em desfavor do traficante são outros fundamentos aptos para o afastamento da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

Defende MASSON (2019, p. 82), nessa vertente, que:

[...] a existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso pode (e deve) ser utilizada pelo magistrado como circunstância apta a afastar a figura privilegiada, pelo fato de indicar a dedicação do agente a atividades criminosas, nada obstante seja vedado utilizar tais fatores como circunstância judicial desfavorável, na dosimetria da pena-base, uma vez que não caracterizam maus antecedentes. Na linha da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça: “Os princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmônica, razão pela qual o

princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) não pode ser lido e aplicado irrestritamente, de maneira absoluta, como se fosse possível obstar que a existência de inquéritos ou ações penais impeçam a interpretação, em cada caso, para mensurar a dedicação do réu em atividade criminosa. Se assim não fosse, chegaríamos a uma situação absurda, consistente em conceder o benefício do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 a réu que responde a inúmeras ações penais ou seja investigado, equiparando-o ao agente que em uma única ocasião na vida se envolveu com drogas, situação que ofende os princípios também previstos na Constituição Federal da isonomia e da individualização da pena”

Na mesma linha, sustenta LIMA (2019, p. 1.208) que:

Conquanto não seja possível a utilização de inquéritos policiais e processos penais em curso para se concluir que o acusado tenha maus antecedentes, admite-se a utilização desse critério para se formar a convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006. Não se trata de avaliação de inquéritos ou processos penais para agravar a situação do réu condenado por tráfico de drogas, mas sim de uma forma de se afastar o benefício legal, porquanto existentes elementos concretos para concluir que ele se dedica a atividades criminosas.

No Superior Tribunal de Justiça, com base nesses fundamentos, “tem-se aceito a utilização de ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006” (STJ, AgRg no REsp nº 1.691-916/AM, 2018).

No Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, outrossim, é assente o entendimento de que “embora ações penais ‘em curso’ não possam ser utilizadas para o incremento da pena-base, podem servir como fundamento válido a denotar a dedicação do agente à prática de atividades criminosas e, por conseguinte, afastar a incidência da minorante prevista no art. 33, §4.º, da Lei de Drogas” (TJSC, Apelação Criminal n. 0012175-21.2017.8.24.0023, 2019).

Com efeito, não há como se ignorar as investigações e ações penais deflagradas em desfavor do réu no momento da avaliação da sua dedicação a atividades criminosas. Em casos específicos, inclusive, compreende-se que essas ações devem ser determinantes no afastamento do benefício penal previsto na Lei de Drogas (BRASIL, 2006), por demonstrarem com clareza a sua incursão no mundo do crime. Como exemplo, pode-se citar as situações verificadas no âmbito forense em que o réu tenha sido flagrado na mercancia ilícita dias antes do fato que ensejou o processo em curso (TJSC, Apelação Criminal n. 0003634-

95.2019.8.24.0033, 2019) e em que, após lhe ser concedida a liberdade provisória no curso do processo, voltou a praticar o comércio odioso, sendo novamente preso em flagrante (TJSC, Apelação Criminal n. 0001060-55.2017.8.24.0135, 2019).

Em casos tais, realmente, a redução da reprimenda do acusado implicaria evidente ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena, equiparando, indevidamente, traficantes habituais e eventuais.

4.9 CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

Se o acusado é condenado, na mesma ocasião (sentença/acórdão), pela prática do tráfico de drogas e da associação para o tráfico, não são necessárias maiores digressões a respeito da sua dedicação a atividades criminosas.

De acordo com os ensinamentos de MENDONÇA (2012, p. 122):

[...] Se o réu também é processado pelo delito de associação, não se pode dizer que não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Ou seja, o reconhecimento da associação para o tráfico afasta terminantemente o privilégio. Poderão ocorrer situações, entretanto, em que não estarão comprovados todos os elementos do tipo de associação para o tráfico, como quando é inviável identificar o coautor (recorde-se que o crime de associação deve ser praticado por ao menos duas pessoas). Mesmo assim, poderá ser afastada a aplicação do art. 33, §4º, desde que se demonstre por outros meios que o agente se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa.

Segundo MASSON (2019, p. 82), igualmente:

[...] não se aplica a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “aos réus também condenados pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei”, o qual pressupõe “o dolo de se associar com estabilidade e permanência”, fator a indicar seguramente que o agente se dedica às atividades criminosas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não destoia do posicionamento doutrinário, registrando precedentes no sentido de que, em caso de manutenção do decreto condenatório pela prática dos crimes tipificados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, “não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Isso porque a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento da referida minorante, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao

delito” (STJ, AgRg no HC 530.156/RJ, 2019).

Assim, tratando-se de acusado condenado por associação para o tráfico, evidentemente descabida a atenuação da sua sanção, por ficar evidenciada a sua dedicação estável ao crime.

4.10 CONDOTA SOCIAL E PERSONALIDADE

A conduta social, compreendida como “o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc.” (NUCCI, 2019, p. 766), bem como a sua personalidade, entendida como o “conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa”, que abrange a sua conformação física, o seu temperamento e o seu caráter (NUCCI, 2019, p. 768), são outros fatores cuja análise pode auxiliar na apuração do direito, ou não, do traficante à redução da sua reprimenda.

Pontuais, nesse sentido, são as palavras de FREITAS (2007):

Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social” [05]. Nesta senda de raciocínio, pode-se dizer que o agente que tem como meio de vida o tráfico de drogas tem boa conduta social? Certamente não. Assim, poderá a má conduta social derivar comprovadamente de denúncias anônimas regularmente catalogadas pelas Polícias Federal, Civil ou Militar – por exemplo, vias 147, 181 ou 190 –, bem como por depoimento de policiais ou particulares (raríssimos, salvo nos casos de pais que denunciam o traficante visando afastar o filho das drogas) no sentido de que o agente, diuturnamente, encontra-se nos pontos de tráfico.

Com efeito, se há nos autos elementos que evidenciem suficientemente que o acusado nunca exerceu atividade laboral lícita; que sempre esteve presente em locais em que o tráfico é difundido e que tem envolvimento com outros indivíduos inseridos no seio da criminalidade, é possível que a sua conduta e a sua personalidade sejam sopesadas em seu desfavor para afastar o benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

Mais ainda, se os depoimentos colhidos em juízo indicarem que se trata de pessoa conhecida pelo tráfico de drogas, ainda que se trate do primeiro processo deflagrado em seu desfavor, a incidência da minorante deve ser afastada.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina possui precedentes reconhecendo a inaplicabilidade do §4º em casos em que “informantes e os próprios traficantes apontaram o apelante como o fornecedor de estupefacientes” (TJSC, Apelação Criminal n.

0001672-31.2015.8.24.0048, 2019); “o acusado era conhecido por traficar na região” (TJSC, Apelação Criminal n. 0001798-09.2018.8.24.0135, 2019) e “havia muitas denúncias prévias de que o acusado realizava a venda de drogas na localidade, inclusive já tentaram o prender, sem obtenção de êxito” (TJSC, Apelação Criminal n. 0002478-91.2018.8.24.0135, 2019).

Realmente, se a prova colhida sob o crivo do contraditório judicial for robusta no sentido da incursão anterior do agente na criminalidade, não há razões para atribuir-lhe tratamento penal mais brando. Não se pode confundir, afinal, o “traficante de primeira viagem” com o traficante profissional processado pela primeira vez.

4.11 PERÍCIA NOS DADOS DOS APARELHOS ELETRÔNICOS APREENDIDOS

Se os dados extraídos dos aparelhos eletrônicos apreendidos por ocasião da incursão policial demonstrarem que o agente faz do crime o seu meio de vida, seja em virtude de conversas com usuários ou com outros indivíduos a respeito da venda do entorpecente, seja em decorrência de mídias ou outros elementos indicativos da prática de outros delitos, a redução da sua reprimenda será igualmente indevida.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, aliás, já afastou o benefício com base na perícia de dados de celulares, em casos em que “é possível constatar diversas negociações de drogas com o réu” (TJSC, Apelação Criminal n. 0017548-67.2016.8.24.0023, 2017); em que fotografias “apresentam quantidades significativas de drogas sendo pesadas em balança de precisão” e “conversas por meio de áudios do aplicativo WhatsApp que confirmam a intensa e permanente dedicação do recorrido às atividades ilícitas, verificando-se, inclusive, o uso de termos de referência utilizados por grupos criminosos, demonstrando de forma plena a sua dedicação ao narcotráfico” (TJSC, Apelação Criminal n. 0012583-12.2017.8.24.0023, 2019); e em que mensagens no aplicativo WhatsApp registram “conversas entre o apelante e sua namorada, onde esta manifesta preocupação com a possibilidade do réu ser preso, bem como conversas com terceiros que denotam tratativa para o comércio espúrio” (TJSC, Apelação Criminal n. 0011347-36.2018.8.24.0008, 2019).

Havendo, assim, dados indicativos da prática de outros crimes, a benesse será descabida, diante dos elementos concretos que evidenciam a dedicação ao mundo do crime.

4.12 AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA

Conforme a doutrina de LIMA (2019, p. 1.207), para fazer jus ao benefício previsto

no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, “o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida”.

MENDONÇA (2012, p. 122), no mesmo norte, afirma que “deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltadas para o crime”.

A jurisprudência catarinense não destoa, registrando, em alguns julgamentos, que “a falta de comprovação do exercício de atividade laboral lícita demonstra que o apelante fazia do negócio de estupefacientes meio de subsistência, ou seja, que não se trata de traficante de ‘primeira viagem’” (TJSC, Apelação Criminal n. 0001672-31.2015.8.24.0048, 2019).

Logo, para ter a sua reprimenda diminuída na terceira fase da dosimetria do tráfico de drogas, deve o acusado demonstrar ocupação lícita, sob pena de concluir-se, notadamente quando outros elementos indicarem esse fato, que faz do crime seu meio precípua de vida e, por essa razão, não deve ser agraciado com o benefício do §4º do art. 33 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006).

4.13 INCOMPATIBILIDADE DO ESTILO DE VIDA COM OS GANHOS COMPROVADOS

Ainda que o acusado comprove ocupação lícita, é possível o reconhecimento da sua dedicação a atividades criminosas se os rendimentos advindos da referida ocupação claramente se mostrarem insuficientes para custear o estilo de vida que demonstra manter.

Já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nesse norte, ser indevida “a aplicação do redutor de pena constante do art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos se demonstrado que o réu se dedica a atividades criminosas, [...] diante da quantidade de entorpecentes apreendidos e da incompatibilidade entre o estilo de vida que levava e seus ganhos” (TJSC, Apelação Criminal n. 0019132-04.2018.8.24.0023, 2019).

De fato, se, em redes sociais e na comunidade, o acusado demonstrar fruir de um estilo de vida incompatível com os ganhos comprovados no processo, nada impede que, mesmo detendo “ocupação lícita”, lhe seja negada a redução da pena prevista na Lei de Drogas, devido à constatação de que o tráfico é, na verdade, a sua principal fonte de renda.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador incluiu, no corpo do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006), um conceito indeterminado ao estabelecer que fará jus à redução da sua pena o traficante que “não se dedicar a atividades criminosas”. Assim o fazendo, deu abertura a discussões a respeito da aplicabilidade da disposição como fundamento para obstar incidência da causa de diminuição da pena prevista no dispositivo, bem como sobre o seu sentido e alcance.

Antes mesmo de aprofundar os estudos que deram origem a este trabalho, concluiu-se que a opção legislativa de proibir a redução da pena no caso de dedicação do agente a atividades criminosas deveria, sim, ser observada, já que a lei não contém previsões inúteis. Analisando as causas que deram origem à norma, ademais, evidenciou-se a clara intenção do legislador de conferir ao intérprete a tarefa de avaliar, em cada caso concreto, se o traficante faz ou não do crime o seu meio de vida e, por consequência, se deve, ou não, ter a sua pena reduzida.

Verificou-se, contudo, que a indeterminação do conceito de dedicação a atividades criminosas causava insegurança jurídica e tratamento anti-isonômico entre os condenados pelo tráfico de drogas, que, em situações muito semelhantes, ora tinham suas penas abrandadas ora eram tratados com grande rigor.

Por essa razão, buscou-se, por meio da presente pesquisa, delimitar minimamente o sentido e o alcance da expressão “dedicação a atividades criminosas”, interpretando-a com base na sua literalidade e em situações extraídas do cotidiano forense, para propor parâmetros capazes de fundamentar, no caso concreto, o descabimento da incidência do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Como premissa inicial, verificou-se que a “dedicação” pressupõe reiteração, habitualidade. As atividades criminosas, por sua vez, se referem aos atos contrários ao ordenamento jurídico penal, e não a quaisquer diplomas normativos.

A partir disso, constatou-se que, para fazer jus ao benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, o acusado “não pode fazer do crime seu meio de vida”.

Diante da indeterminação, contudo, também dessa categorização, tentou-se identificar, na doutrina e na jurisprudência, elementos concretos capazes de evidenciar a “dedicação a atividades criminosas” e, conseqüentemente, amparar o afastamento da aplicação da causa de diminuição da pena de forma mais segura e isonômica.

Concluiu-se, de fato, que, embora não seja possível alcançar um conceito unívoco de “dedicação a atividades criminosas”, diversas situações fáticas verificadas no cotidiano

forense, notadamente quando conjugadas entre si, podem demonstrar, com suficiente certeza, a habitual incursão do agente no mundo do crime, afastando, assim, o seu direito a um tratamento penal mais brando. E diante dessas situações, é dever do aplicador do Direito negar a incidência do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, como forma não só de concretizar a opção legislativa de apenas beneficiar os traficantes eventuais, como também, e principalmente, de garantir segurança jurídica e isonomia material no julgamento do crime de tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 11.343/2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 12.850/2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Diário de 7/5/2002, Página 7389 (Exposição de Motivos)**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em: 6 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 515.615/MS**. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 17/10/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/>

[revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1878321&num_registro=201901687335&data=20191025&formato=PDF](https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1878321&num_registro=201901687335&data=20191025&formato=PDF). Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 530.156/RJ**. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em 22/10/2019. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1880587&num_registro=201902579762&data=20191028&formato=PDF. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 1.691-916/AM**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 20/2/2018. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1674759&num_registro=201702128676&data=20180226&formato=PDF. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 524.406/SP**. Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJPE). Julgado em 17/10/2019. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1878665&num_registro=201902244848&data=20191025&formato=PDF. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0001060-55.2017.8.24.0135**. Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal. Julgado em 21/5/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAA8LTAAE&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0001672-31.2015.8.24.0048**. Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 23/7/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAISC4AAP&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0001798-09.2018.8.24.0135**. Rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 23/5/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAA8ITAAL&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0002478-91.2018.8.24.0135**. Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato. Primeira Câmara Criminal. Julgado

em 25/4/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAANCVuAAM&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0002705-97.2016.8.24.0023**. Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 21/2/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAD AAN0N2AAE&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0003634-95.2019.8.24.0033**. Rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli. Quarta Câmara Criminal. Julgado em 26/9/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAABsbcaAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0005726-80.2018.8.24.0033**. Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 18/7/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAG AAIR6iAAG&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0006209-92.2018.8.24.0039**. Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 18/6/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAADsOYAAN&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0011347-36.2018.8.24.0008**. Rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 18/7/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAIR7QAAP&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0012175-21.2017.8.24.0023**. Rel. Des. Getúlio Corrêa. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 1/10/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAH AAC6WyAAN&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0012583-12.2017.8.24.0023**. Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 23/7/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAG AAISDIAAI&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0017548-67.2016.8.24.0023**. Rel. Des. Salete Silva Sommariva. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 8/8/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAE AAC5xOAAT&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0019132-04.2018.8.24.0023**. Rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli. Quarta Câmara Criminal. Julgado em 3/10/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAH AABskGAAC&categoria=acordao_5. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2008.015930-7**. Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Solon d'Eça Neves. Julgado em 18/11/2008. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABUnjAAE&categoria=acordao. Acesso em: 2 nov. 2019.

CADEMARTORI, Urquhart; L. H., DUARTE, Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10146>. Acesso em: 31 out. 2019.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 9. ed. – Barueri, SP: Manole, 2015.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais processuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3. ed. rev.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas – vol.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. Bahia: Juspodivm, 2016.

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS, CONSEQUÊNCIAS QUANDO DO SEU DESCUMPRIMENTO E DESAFIOS PARA TORNÁ-LAS EFETIVAS

Mariana Helena Cassol



MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS, CONSEQUÊNCIAS QUANDO DO SEU DESCUMPRIMENTO E DESAFIOS PARA TORNÁ-LAS EFETIVAS

PROTECTIVE URGENCY MEASURES: PROCEDURAL ASPECTS, CONSEQUENCES WHEN THEY ARE NOT FULFILLED AND CHALLENGES TO MAKE THEM EFFECTIVE

Mariana Helena Cassol¹

RESUMO

O presente artigo busca identificar e abordar as normas relativas às medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, trabalhando com a evolução legislativa do tema, com sua interpretação pela doutrina e com sua aplicação pelos operadores jurídicos. A pesquisa revelou o caráter satisfativo das medidas protetivas de urgência e demonstrou as implicações da ausência de previsão de rito para o seu processamento. Foram exploradas as consequências do descumprimento das medidas impostas, em cenários anterior e posterior às recentes alterações da lei. Restou evidenciado que políticas de cunho punitivo, de forma isolada, não têm o condão de solucionar os problemas sociais decorrentes da violência doméstica e familiar, os quais possuem relação direta com a cultura patriarcal da sociedade. Assim, o trabalho destacou a implantação e a manutenção de políticas públicas de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar como instrumentos importantes para tornar as medidas protetivas efetivas.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas. Descumprimento.

ABSTRACT

This article is intended to identify and address the rules on protective measures provided for the Maria da Penha Law, working with the legislative evolution of the subject, its interpretation by doctrine and application by legal practitioners. The research revealed the satisfactory

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL; Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana de Santa Maria; E-mail: marianacassol@tjsc.jus.br.

character of the urgency protective measures and demonstrated the implications of the absence of rite prediction for their processing. The consequences of non-compliance with the imposed measures were explored in scenarios before and after the recent changes to the law. It was evidenced that punitive policies, in isolation, do not have the ability to solve the social problems created from domestic and family violence, both of them have a direct relationship with the patriarchal culture of society. Thus, this article highlighted the implementation and maintenance of public policies to protect women victims of domestic and family violence as an important instrument to ensure the effective protective measures.

Keywords: Domestic violenc. Law Maria da Penha. Protective orders. Non-compliance.

1 INTRODUÇÃO

Durante muitos anos, as mulheres nem sequer foram concebidas como sujeito de direitos. Foram relegadas a um papel secundário, acessório, e tratadas, inclusive, como propriedade de pais e de maridos. As leis externavam o tratamento discriminatório dado pela sociedade e a condição de inferioridade e de submissão do gênero feminino.

Trabalhar fora de casa, cursar o ensino superior, assumir posição de administração em grandes empresas, votar, todas essas atividades foram sendo gradativamente conquistadas pelas mulheres, mas essa independência parcial não afastou a violência doméstica e familiar que já estava enraizada na sociedade e nos núcleos familiares.

Apesar de essa violência ser de conhecimento público, é certo que até o início do corrente século a proteção à mulher não recebeu o tratamento devido pelas autoridades públicas e privadas, de legisladores a julgadores, passando pela própria família.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que este quadro começou a mudar. No ano de 1990 foi editada a Lei dos Crimes Hediondos, que inclui no seu rol os delitos de estupro e de homicídio qualificado pelos motivos torpe e fútil, crimes precipuamente praticados com motivação de gênero.

Mas a primeira mudança significativa veio no ano de 2006, com a edição da Lei n. 11.340, chamada de Lei Maria da Penha, que se originou no caso de uma mulher que sofreu agressões de seu marido por muitos anos e não recebeu a proteção estatal, culminando em lesões que a levaram à paraplegia. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos,

inclusive, reconheceu a omissão do Estado brasileiro na proteção da Sra. Maria da Penha no aludido caso².

Com a Lei n. 11.340/2006 instituiu-se um sistema com mecanismos de proteção à mulher. O objetivo, como o primeiro artigo da lei indicou, era coibir a violência praticada em âmbito doméstico e familiar.

Para tanto, o legislador elencou direitos e estabeleceu medidas para efetivá-los. Dentre esses instrumentos destacam-se as medidas protetivas de urgência, como o afastamento do agressor do lar e a suspensão da posse ou do porte de arma de fogo.

Com a previsão de aplicação destas medidas protetivas de urgência o legislador buscou dar cumprimento à obrigação constitucional do Estado - art. 226, § 8º, da Constituição Federal - de proteger os direitos fundamentais das mulheres em situação de violência no âmbito doméstico e familiar.

Ocorre que, mesmo com a proteção legislativa, não houve a redução esperada nos crimes contra as mulheres. Os casos de violência física e psicológica em âmbito doméstico e familiar continuaram a ser rotineiramente noticiados na imprensa falada e escrita. Muitos atribuem essa inefetividade à ausência de consequências graves aos agressores, os quais, mesmo após o registro de ocorrências pelas ofendidas, conseguem consumir a sua intenção.

Atentos a essas críticas, os tribunais superiores vêm interpretando suas normas de modo a garantir a plena proteção da mulher e o legislador realizou pontuais mudanças e acréscimos na Lei n. 11.340/2006.

Como exemplo, no julgamento da ADI 4424, no ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição Federal e afirmou que a ação penal em caso de lesão corporal leve praticada em contexto de violência doméstica e familiar é incondicionada. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria no verbete n. 542: *“A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”*.

Além disso, no ano de 2015, por intermédio da Lei n. 13.104, o legislador acrescentou a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio, aumentando a reprimenda para os casos em que a morte da mulher é decorrente de “razões da condição do sexo feminino” (art. 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal).

Tudo isso vem ao encontro da busca pela proteção integral dos direitos das mulheres. No entanto, ainda faltam normas procedimentais para garantir uma maior eficácia às medidas protetivas, à fiscalização e à punição efetiva pelo descumprimento das cautelares.

² Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, Relatório n. 54/2001, Petição n. 12.051, de 04.04.2001.

É justamente nesse ponto que residem os mais atuais debates acadêmicos sobre violência doméstica e familiar, principalmente quanto ao procedimento relativo à aplicação das medidas protetivas e às consequências do seu descumprimento pelo agressor.

Com o desenvolvimento do presente estudo, por meio do método dedutivo, buscar-se-á entender os motivos que impedem uma maior efetividade da Lei Maria da Penha, bem como serão analisadas as opções do legislador na edição da lei e nas suas mais recentes alterações e a interpretação feita pelos órgãos do Poder Judiciário, buscando-se, sempre, contribuir para a construção de uma rede célere e efetiva de proteção contra a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, a partir de uma análise de como o Direito, a jurisprudência e os operadores do meio jurídico vêm tratando a proteção dos direitos das mulheres vítimas de violência de gênero, será analisada a Lei n. 11.340/2006, a sua evolução e os seus desafios.

2 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS

A Lei n. 11.340/2006 é considerada uma das leis mais evoluídas do mundo no combate à violência contra a mulher. Um dos motivos é o fato de trazer normas de diversas áreas, como direito civil (art. 23 e 24), trabalhista (art. 9º, § 2º), penal (art. 24-B) e processual penal ou civil (art. 15) (BRAGA; RUZZI, 2018, p. 120).

Nesse contexto, não há como falar no sistema de proteção às mulheres sem enfatizar as medidas protetivas de urgência, principalmente aquelas que obrigam o agressor, previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

No entanto, a despeito da importância da lei, o que se verifica na prática é que as suas disposições, notadamente quanto às medidas protetivas, são aplicadas de forma tradicional, quando na verdade se está diante de uma lei inovadora. Isso se dá, principalmente, pela falta de normas procedimentais, que deixa aos operadores do Direito a interpretação e aplicação desse instrumento legal, a começar pela definição da natureza jurídica das medidas protetivas.

Como destacado por Julia Maria Seixas Bechara (2010):

[...] a determinação da natureza jurídica de um instituto, mais do que mero exercício teórico de categorização, implica opção por padrões de procedimentos pré-definidos, cuja repercussão prática justifica e demanda a perquirição.

A incompreensível lacuna doutrinária tem gerado decisões judiciais de múltiplos e incompatíveis sentidos, inexistindo uniformização sequer entre julgados de um mesmo tribunal.

Por conseguinte, restam indefinidas questões como a duração das medidas de proteção, a perda de eficácia pelo não ajuizamento de ação principal, o recurso cabível contra a decisão que aprecia sua aplicação, a competência para conhecimento do recurso e as consequências do descumprimento da ordem.

O debate a respeito da natureza das medidas protetivas gera diversas consequências de ordem processual. Consideradas medidas de natureza penal ou de natureza civil, resguardarão processos de uma ou de outra natureza. Uma vez consideradas cautelares acessórias, exigirão o processo principal e apenas perdurarão durante o seu trâmite (DIAS, 2019, p. 175).

O art. 13 da Lei Maria da Penha prevê a aplicação das normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil, além da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso (BRASIL, 2006). A natureza híbrida é, portanto, trazida pela própria legislação e os operadores do Direito assim têm reconhecido, como se extraem das conclusões da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID):

Medidas protetivas de natureza civil – tutela provisória de urgência – Enunciado nº 32 (003/2016):

Quando as Medidas Protetivas de Urgência, previstas na Lei n. 11.340/2006, tiverem natureza cível, podem ser concedidas como tutela provisória de urgência,

nos termos dos artigos 300 e seguintes do CPC (Lei n. 13.105/2015), inclusive o regramento da estabilização da tutela provisória prevista nos artigos 303 e 304. (Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016).

Medidas protetivas de natureza civil – cláusula geral de negociação processual - Enunciado nº 33 (004/2016):

Quando as Medidas Protetivas de Urgência, previstas na Lei n. 11.340/2006, tiverem natureza cível, é cabível a cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC. (Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016).

Assim, as medidas protetivas, de acordo com o seu conteúdo, poderão ter natureza civil ou penal. Além disso, a doutrina e a jurisprudência assentem que as medidas protetivas são tutelas de urgência.

Nessa seara, apesar de serem amplamente tratadas como medidas cautelares, as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha não respeitam as condições mínimas da temporariedade e não satisfatividade, já que incompatíveis com a sua finalidade. A medida protetiva é, por essência, autônoma e satisfativa (BECHARA, 2010).

As medidas protetivas concedidas às vítimas de violência doméstica não são instrumentos para assegurar processos, mas sim meios de proteção dos direitos fundamentais. O que se busca com a sua aplicação é evitar a perpetuação da violência doméstica e familiar contra a mulher (DIAS, p. 175).

São, por conseguinte, tutelas de urgência autônomas e *sui generis*, que deverão permanecer pelo tempo necessário para garantir a proteção da vítima³, como bem delineou Anaílton Mendes de Sá Diniz (2014):

O entendimento atual é de que as medidas protetivas são tutelas de urgência autônomas, de natureza cível e de caráter satisfativo e devem permanecer enquanto forem necessárias para garantir a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da vítima, portanto, estão desvinculadas de inquéritos policiais e de eventuais processos cíveis ou criminais. Elas visam proteger pessoas e não processos e se assemelham aos writs constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

³ Essa também foi a conclusão do COPEVID, objeto do enunciado n. 4: As Medidas de Proteção foram definidas como tutelas de urgência, *sui generis*, de natureza cível e/ou criminal, que podem ser deferidas de plano pelo Juiz, sendo dispensável, a princípio, a instrução, podendo perdurar enquanto persistir a situação de risco da mulher. (Com nova redação aprovada na Reunião Ordinária do GNDH de 12 e 14/03/2013 e pelo Colegiado do CNPG de 29/04/2014).

Desse modo, independem do ajuizamento de outro procedimento posterior, principalmente de ordem criminal, já que nem toda violência doméstica corresponde a um tipo penal. No ponto, o art. 5º da Lei Maria da Penha é claro ao dispor que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006).

Nesse sentido também foi a conclusão do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID), objeto do enunciado n. 37: “A concessão da medida protetiva de urgência não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal”.

Como bem salientou Amon Albernaz Pires (2011):

[...] as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, como mecanismo de caráter extrapenal para evitar a reiteração da violência contra a mulher (cumprindo as funções do direito penal de prevenção especial), precedem e coexistem com a intervenção penal de modo sinérgico, porém devem operar de forma independente, não podendo se condicionar o uso e a efetividade das medidas protetivas ao uso e eficácia do processo penal, o qual deve apenas instrumentalizar o direito penal.

Logo, para a decretação das medidas protetivas de urgência exige-se tão somente a existência de conflitos abusivos criminais ou não criminais, presumindo-se, nestes casos, a necessidade de proteção à mulher. A verossimilhança da alegação é extraída do depoimento da vítima, balizada pelo princípio da precaução, no sentido de evitar a continuidade dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher (ÁVILA, 2018).

E presente o caráter autônomo, sendo as medidas protetivas independentes de sentença penal ou cível, somado ao fato de a lei não prever prazo de duração, até porque se tratam de relações jurídicas continuativas, deverão as medidas perdurar até que haja necessidade, como destacou Thiago Pierobom de Ávila (2018):

A Lei Maria da Penha não estabeleceu o prazo de duração das medidas protetivas de urgência, mas estabeleceu parâmetro que deveria ser utilizado para se chegar à solução hermenêutica, insculpido em seu art. 4º: ‘Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar’. Os fins da lei estão insculpidos no art. 1º: coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. A proteção necessária à mulher é o parâmetro hermenêutico, derivado diretamente da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Contudo, é necessário atentar que a ausência de previsão na lei não impede que seja fixado um prazo de duração pelo magistrado, a depender da gravidade do caso e da natureza da medida aplicada. Aliás, o prazo indeterminado, principalmente agora que o descumprimento de medida protetiva é crime, como será visto a seguir, poderá gerar situações desproporcionais. As partes envolvidas, agressor e vítima, podem voltar a ter um convívio harmônico sem comunicar o juízo para revogação das medidas.

Finalmente, no que refere ao procedimento, há ainda a discussão a respeito do destinatário do recurso contra decisão que versa sobre medida protetiva de urgência. Sobre o tema, Lorena Araújo de Oliveira e Davi Valdetaro Gomes Cavalieri (2017) afirmam:

Com efeito, o cabimento do recurso contra as decisões que versam sobre as medidas protetivas de urgência está intrinsecamente ligado à esfera de aproximação penal ou civil das próprias medidas.

Caso a medida protetiva seja de feição cível, a matéria deve ser analisada na seara cível, sendo cabível o recurso de agravo de instrumento a ser processado e julgado por Turma Cível do Tribunal de Justiça competente, afastando-se a competência da Turma Criminal.

[...]

De outra banda, caso a medida protetiva possua feição penal, a decisão que versa sobre sua aplicação desafia a interposição do recurso em sentido estrito

É necessário frisar, contudo, que, a despeito da falta de previsão legal acerca do recurso cabível, o que certamente tem causado enorme dificuldade para as partes, bem como à míngua de deliberação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, divergem as cortes acerca do recurso cabível e da turma competente para apreciá-lo.

Por tal razão, entende-se como extremamente salutar a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos em face das controvérsias pertinentes ao tema.

A controvérsia a respeito da competência para julgamento dos recursos persiste na doutrina e na jurisprudência. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cumpre pontuar que há decisões no sentido de serem as Câmaras Criminais as competentes para análise dos recursos. Como exemplo, pode-se citar a decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 4013077-04.2019.8.24.0000, julgado em 7 de maio de 2019.

Como visto, a Lei Maria da Penha carece de uniformização quanto aos seus aspectos procedimentais, o que acaba por gerar insegurança jurídica às vítimas de violência doméstica e aos próprios operadores jurídicos, que a aplicam de forma autônoma. A discussão no âmbito acadêmico e nos Tribunais é necessária para a evolução legislativa e maior proteção contra os crimes de gênero.

3 CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS

A Lei Maria da Penha apresenta um amplo leque de direitos, bem como de medidas destinadas a garanti-los. No entanto, a ausência de uma força coercitiva capaz de incentivar seu cumprimento, seja de forma direta ou indireta, somada à ideologia patriarcal da sociedade, dificultou a redução dos casos de violência doméstica.

Era o cenário desenhado para as medidas protetivas de urgência, que quando descumpridas sujeitavam o autor a uma possível multa diária imposta na decisão que as determinou⁴, ou à prisão preventiva, desde que de forma fundamentada e para os casos mais graves.

Importante observar que havia uma corrente doutrinária defendendo a configuração de um crime de desobediência quando houvesse descumprimento das medidas protetivas. Essa, aliás, foi a conclusão do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, externada no Enunciado n. 27 (hoje revogado): “O descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006 configura prática do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, a ser apurado independentemente da prisão preventiva decretada”.

Porém, os tribunais superiores não acataram a tese acadêmica, conforme bem resume Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 1.225):

[...] a própria Lei Maria da Penha já prevê as consequências decorrentes do descumprimento dessas medidas [...], sem fazer qualquer ressalva expressa quanto à possibilidade de responsabilização criminal pelo delito de desobediência. Quando a lei extrapenal não traz previsão expressa acerca da possibilidade de cumulação do crime de desobediência com outras sanções extrapenais, como ocorre na hipótese em questão, é firme o entendimento jurisprudencial no sentido da impossibilidade de tipificação do referido delito.

O legislador infraconstitucional, atento a essa proteção deficiente, criou um tipo penal e o inseriu no art. 24-A da Lei n. 11.340/2006, o único crime previsto na Lei Maria da Penha. A conduta tipificada é a de “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei”, punida com três meses a dois anos de detenção (BRASIL, 2018).

⁴ A conclusão do enunciado n. 11 do FONAVID ainda permanece em vigor: “Poderá ser fixada multa pecuniária no caso de descumprimento de medida protetiva de urgência”.

Sobre a importância da questão, Thiago Pierobom de Ávila (2018) destacou:

A criminalização é importante para assegurar a possibilidade de a autoridade policial prender em flagrante quando houver descumprimento à ordem judicial de MPU sem a prática de outras infrações, como, por exemplo, quando o agressor ronda a casa ou local de trabalho da vítima, volta a ingressar no domicílio do casal, encaminha mensagens à vítima, ou busca os filhos na escola mesmo com a suspensão do direito de visitas. Especialmente, quando tais condutas não são acompanhadas de atos de injúria, ameaça ou agressão física.

Apesar de a pena máxima abstratamente cominada ser inferior a quatro anos de detenção, a previsão do § 2º do art. 24-A traz a proibição da liberdade mediante fiança do delegado de polícia, cabendo apenas ao Juiz de Direito fazê-lo (o que atualmente ocorre na audiência de custódia).

Em uma mudança ainda mais recente, em 2019, o legislador ampliou o rol de legitimados a decretar o afastamento do agressor do lar, autorizando o Delegado de Polícia a tomar a decisão em municípios que não forem sede de Comarcas, comunicando o magistrado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas. Ainda, caso não haja delegado disponível no momento da denúncia, o próprio policial que atender à ocorrência poderá determinar o afastamento:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

I - pela autoridade judicial; (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do *caput* deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

Essa legitimidade extraordinária já deu ensejo a um debate sobre suas legalidade e constitucionalidade, tendo em vista que uma corrente doutrinária sustenta haver uma reserva de jurisdição na imposição de medidas protetivas, por se tratarem de medidas cautelares diversas da prisão.

Entretanto, outra linha de raciocínio vem no sentido de não haver quebra de jurisdição, na medida em que haverá, sim, controle pelo Poder Judiciário em todas as situações de afastamento do agressor do lar. Nesse sentido, o Professor Márcio André Lopes Cavalcante (2019):

De fato, as medidas cautelares penais estão sujeitas ao princípio da jurisdição, segundo o qual, em regra, somente podem ser concedidas pela autoridade judicial. No entanto, o art. 12-C estabelece uma hipótese de jurisdição postergada, postecipada ou diferida (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403 Comentada - Medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 23). Isso porque, segundo o § 1º do dispositivo, em até 24 horas após a autoridade policial impor o afastamento do lar, o juiz deverá ser comunicado sobre a situação e terá também 24 horas para decidir se mantém ou revoga a medida aplicada. Desse modo, a decisão sobre a medida continua sendo do Poder Judiciário.

O debate chegará ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade n. 6.138 pela Associação dos Magistrados Brasileiros, na qual se sustenta justamente a inconstitucionalidade do art. 12-C (Supremo Tribunal Federal).

Frise-se, ainda, que pela redação do parágrafo 2º do novo art. 12-C, a prisão preventiva seria uma imposição nos casos de risco à integridade física ou à efetividade da medida.

Isso, contudo, não deve ser interpretado de forma literal. O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a interpretar normas que vedam a liberdade provisória, como o art. 44 da Lei de Drogas⁵, tendo havido manifestações sempre no sentido de ser inconstitucional a proibição de liberdade provisória de forma abstrata.

Por conseguinte, na decretação da prisão preventiva deverá ser demonstrada a presença de todos os requisitos autorizadores da segregação cautelar, fundamentada no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal.

A segregação cautelar poderá ser determinada, desse modo, de forma autônoma

⁵ Recurso Extraordinário n. 1.038.925, julgado em 19 de agosto de 2017.

ou como medida substitutiva nas hipóteses de descumprimento de medidas protetivas anteriormente fixadas, sempre mediante análise do preenchimento dos requisitos e pressupostos dos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

O legislador e o julgador têm se mostrado sensíveis aos altos índices de violência contra a mulher e vêm tentando garantir uma maior proteção às vítimas. A promoção de alterações legislativas e as interpretações jurisprudenciais vão ao encontro do objetivo constitucional de proteger os direitos fundamentais das mulheres em situação de violência no âmbito doméstico e familiar.

4 O DESAFIO DE TORNAR AS MEDIDAS PROTETIVAS EFETIVAS

A criminalização do descumprimento das medidas protetivas foi um grande passo para garantir maior proteção às vítimas dos crimes de gênero. No entanto, a criação deste tipo penal não afasta a necessidade de implantação e manutenção de políticas públicas de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Thiago Pierobom de Ávila (2019) pontuou que as:

[...] políticas de cunho punitivo, isoladas, não podem solucionar os problemas sociais subjacentes ao grave fenômeno da violência doméstica, que tem raízes profundas na cultura sexista e patriarcal que assola a sociedade brasileira, exigindo políticas públicas guiadas pela interseccionalidade, transversalidade, universalidade e integralidade, conforme diretrizes do art. 8º da LMP.

A própria Lei n. 11.340/2006, nos parágrafos 1º e 2º do art. 3º, prevê que o poder público deverá desenvolver políticas para garantir os direitos fundamentais das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. O Estado também deverá criar condições para o pleno exercício dos direitos protegidos pela lei (BRASIL, 2006).

A assistência à mulher deve ocorrer através de medidas integradas de prevenção, envolvendo órgãos da segurança pública, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, por meio de um conjunto articulado de ações que observem as diretrizes do art. 8 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

As delegacias da mulher, que já existiam antes mesmo da edição da lei protetiva, foram multiplicadas no país nos últimos anos. O atendimento especializado encoraja as vítimas a denunciarem qualquer forma de violência, superando o medo da exposição perante

o agressor e a própria sociedade (DIAS, 2019, p. 194.).

No âmbito do Estado de Santa Catarina, pode-se destacar o programa institucional da Polícia Militar denominado “Rede Catarina” (Polícia Militar de Santa Catarina), que desenvolve ações de proteção e prevenção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Com a “Patrulha Maria da Penha” da Polícia Militar, guarnição específica para qualificar o atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, é feita a fiscalização do cumprimento das medidas protetivas, aproximando-se das vítimas e garantindo um atendimento mais célere e efetivo.

O Estado de Santa Catarina também está implementando, por meio do aplicativo PMSC Cidadão, o botão do pânico, para ser um aliado no combate à violência doméstica. Por meio da tecnologia desenvolvida, as vítimas podem acionar as centrais da Polícia Militar em situações de emergência, possibilitando um atendimento imediato aos pedidos de socorro (Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

No Poder Judiciário, por intermédio da Portaria n. 15/2017, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Trata-se de uma política judiciária para prevenir e combater a violência de gênero, mediante a estruturação dos órgãos do Poder Judiciário, realização de parcerias, promoção de campanhas, além de diversas outras ações voltadas a garantir uma prestação jurisdicional efetiva e a assegurar tratamento adequado ao conflito e, notadamente, à vítima.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua vez, aderindo à proposta feita pela então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia, para aprimorar a prestação jurisdicional em casos de violência doméstica e familiar, propôs a “Justiça pela Paz em Casa”. A campanha conclama um esforço concentrado para o julgamento das ações envolvendo violência doméstica e familiar, com a realização da “Semana da Justiça pela Paz em Casa” (Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

Ainda, tendo em vista que o álcool e as drogas são fatores que contribuem para a violência, as reuniões para tratamento dos agressores têm se mostrado uma alternativa para evitar a reiteração nos atos de violência doméstica e para promover o restabelecimento de uma unidade familiar sadia.

A justiça catarinense, atenta a este fator que provoca o aumento da violência doméstica e familiar, firmou com a Universidade Federal de Santa Catarina o convênio n. 2019/0050 (BRASIL, 2019), que tem como objetivo:

[...] a formulação de uma metodologia para a implementação de Grupos Reflexivos

para Homens autores de violência contra a Mulher. A proposta será desenvolvida dentro do PODER JUDICIÁRIO de Santa Catarina em parceria com a Universidade Federal de Santa Catarina e tem como objetivo estruturar um serviço que possa servir como referência para as Comarcas do Estado e, ao mesmo tempo, fortalecer a discussão e criação de novos conhecimentos sobre o tema no cenário acadêmico.

Os Grupos Reflexivos representam um espaço de diálogo para que os homens possam repensar seus papéis de gênero e as relações cotidianas que são criadas a partir destes. Entre os resultados que podem ser alcançados com tal metodologia, podemos citar a responsabilização dos homens, autores de violência, a prevenção de novos episódios da mesma natureza, a desnaturalização da vinculação existente entre a masculinidade e violência e a criação de uma rede de atendimento para homens.

O programa de atendimento ao homem agressor observa que não basta a responsabilização criminal do agente. São necessárias a sua conscientização e mudança de comportamento para que haja o rompimento do ciclo de violência existente no âmbito familiar.

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da recente Resolução n. 284/2019, instituiu o “Formulário Nacional de Avaliação de Risco”. O instrumento, que integra a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, em seu art. 2º, estabelece como objetivo:

[...] identificar os fatores que indiquem o risco da mulher vir a sofrer qualquer forma de violência no âmbito das relações domésticas e familiares (art. 7º da Lei nº 11.340/2006), para subsidiar a atuação do Poder Judiciário e dos demais órgãos da rede de proteção na gestão do risco identificado.

O preenchimento do formulário busca fornecer subsídios para que os magistrados avaliem o risco do cometimento de novos atos de violência contra a mulher, bem como sua gravidade, e assim possam aplicar as medidas protetivas mais adequadas ao caso. Também poderá indicar a necessidade de encaminhamento da vítima para programas sociais e políticas públicas de atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

As políticas de cunho punitivo já se mostraram ineficientes para combater esse grave problema social causado pela violência doméstica e familiar. A implementação de programas e de políticas públicas como as citadas, para a prevenção da violência doméstica e garantia de efetividade das medidas protetivas, é fundamental para a proteção dos direitos da mulher e para o combate à violência de gênero.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, após muitos séculos de desrespeito e menosprezo à condição feminina, notadamente no âmbito doméstico e familiar, foi editada a Lei n. 11.340/2006. A Lei Maria da Penha, de forma muito inovadora, trouxe mecanismos com viés preventivo, assistencial, educativo e repressor, direcionados não só aos agressores, mas também e principalmente às vítimas da violência de gênero e a todo o núcleo familiar envolvido.

O legislador editou um verdadeiro microssistema protetivo especializado e multidisciplinar, buscando ampliar a tutela das mulheres inseridas neste ciclo vicioso de violência doméstica.

Dentre as inovações da citada lei, ganhou destaque a previsão de concessão de medidas protetivas de urgência, elencadas no seu art. 22, como forma de enfrentamento da violência doméstica e familiar. A criação de tais medidas, de cunho nitidamente protetivo, evidenciou a opção legislativa por uma política de não criminalização, voltada para fins preventivos, até mesmo porque a Lei Maria da Penha, em sua versão original, não trouxe nenhum tipo penal em seu texto.

As vítimas de violência doméstica e familiar começaram então a recorrer ao Poder Judiciário, de forma ainda crescente, objetivando a proteção por intermédio da aplicação das medidas protetivas de urgência contra o agressor.

No entanto, a falta de um procedimento previsto em lei começou a gerar insegurança no meio jurídico, já que a natureza jurídica, os requisitos para concessão, o prazo de vigência das medidas e até mesmo o sistema recursal não estão definidos, gerando diversas interpretações e aplicações pelos operadores do Direito.

Além disso, como as medidas protetivas não estão atreladas a um processo criminal e a sua concessão independe da ocorrência de um crime, a sua força coercitiva permaneceu prejudicada por anos. O legislador, sensível aos altos índices de violência contra a mulher e observando a controvérsia existente no âmbito doutrinário e jurisprudencial, com o intuito de garantir uma maior proteção às vítimas, criminalizou a conduta de descumprimento de medida protetiva (art. 24-A da Lei n. 11.340/2006), além de possibilitar que tal fato seja o fundamento para a decretação de prisão preventiva (art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal).

Com isso, apesar de as medidas protetivas continuarem não onerando de forma total a liberdade dos agressores, foi conferida maior autoridade à decisão de concessão, já que, mesmo as vítimas não desejando processar criminalmente o ofensor, o descumprimento

da ordem judicial poderá ensejar a segregação cautelar.

Nesse contexto, também objetivando tutelar com maior eficiência os direitos das mulheres vítimas de violência, recente alteração legislativa possibilitou a concessão de medidas protetivas pela autoridade policial, e até mesmo, em casos específicos, por policiais civis, a serem posteriormente canceladas pelo Poder Judiciário. Trata-se, no entanto, de modificação controversa, que é alvo de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a criminalização e a ampliação das medidas dissuasivas contra os ofensores ainda assim se mostram insuficientes para a proteção efetiva dos direitos das mulheres-vítimas, como visto ao longo do presente estudo.

As peculiaridades do contexto que envolve a violência doméstica e familiar contra a mulher exigem uma abordagem diferenciada no problema, o que justifica a criação do microsistema protetivo já presente na edição da Lei Maria da Penha, ainda no ano de 2006.

A implementação de políticas públicas, tanto de monitoramento do cumprimento das medidas protetivas de urgência quanto de apoio às vítimas e a seus núcleos familiares, notadamente nas situações em que a ofendida retorna ao convívio com o agressor, é necessária para a proteção dos direitos envolvidos.

As delegacias especializadas da mulher, a criação da Rede Catarina e da Patrulha Maria da Penha, aliadas aos programas reflexivos para os autores de violência doméstica, dentre outras políticas públicas, são imprescindíveis para a prevenção e para o combate da violência doméstica e familiar.

Com efeito, as diretrizes estabelecidas no art. 8º da Lei n. 11.340/2006 são um desafio a ser cumprido pelos órgãos da segurança pública, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, além da sociedade em geral, já que as políticas de cunho punitivo são insuficientes para combater os ainda crescentes casos de violência no âmbito familiar.

É indubitoso que as medidas protetivas de urgência seguem como o instrumento mais eficaz previsto na Lei Maria da Penha. No entanto, é necessária a estruturação de novos mecanismos de monitoramento, bem como o fortalecimento dos já existentes, a fim de se alcançar a almejada efetividade das medidas protetivas e, via de consequência, uma tutela satisfatória dos direitos fundamentais das mulheres em situação de violência no âmbito doméstico e familiar.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência: primeiras considerações**. São Paulo: Compromisso e Atitude, 2018. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-novo-crime-de-descumprimento-de-medidas-protetivas-de-urgencia-primeiras-consideracoes-por-thiago-pierobom-de-avila/>. Acesso em: 03 set. 2019.

BECHARA, Julia Maria Seixas. **Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17614>. Acesso em: 06 set. 2019.

BRAGA, Ana Paula Bimbato de Araújo; RUZZI, Marina Carvalho Marcelli. **As medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e aspectos práticos**. Ebook Violência Doméstica, 12 anos da Lei Maria da Penha, 2018. p 120-126.

BRASIL. Convênio 2019/2050. Brasília: **DOU Diário Oficial da União**. Publicado no D.O.U de 19 de junho de 2019.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. TJSC, Terceira Câmara Criminal. Recurso Em Sentido Estrito n. 4013077-04.2019.8.24.0000 da Capital. Relator Luiz Felipe Schuch. Julgado em 07-05-2019.

CAVALVANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.827/2019, que autoriza a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade policial**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/05/comentarios-lei-138272019-que-autoriza.html>. Acesso em: 20 mai. 2019.

CNJ. Portaria n. 15/2017. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_15_08032017_10032017184034.pdf. Acesso em: 03 out. 2019.

_____. Resolução n. 284/2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_284_05062019_13062019144703.pdf. Acesso em: 03 out. 2019.

COPEVID (Comissão Nacional de Promotores de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). Enunciados. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em: 06 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DINIZ, Anailton Mendes de Sá. **Medidas protetivas de urgência: natureza jurídica – Reflexos procedimentais**. Fortaleza: MPCE, 2014. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20-%20Natureza%20Jur%C3%ADdica%20-%20Anailton%20Mendes%20de%20Sa%20Diniz.pdf>. Acesso em: 06 set. 2019.

FONAVID (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). Enunciados. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-fonavid-forum-nacional-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em: 06 set. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: volume único**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

OLIVEIRA, Lorena Araújo de; CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. **Cabimento de recursos nos juizados de violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/opinioao-cabimento-recursos-juizados-violencia-domestica>. Acesso em: 06 set. 2019.

PIRES, Amom Albernaz. **A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha**. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011. Anual.

POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. **Rede Catarina**. Disponível em: <http://www.pm.sc.gov.br/paginas/rede-catarina>. Acesso em: 06 set. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Adotado rito abreviado em ADI contra autorização para autoridade policial aplicar medidas protetivas da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412849> Acesso em: 03 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Mulheres em medida protetiva de urgência ganham aplicativo com botão do pânico em SC**. 2 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/mulheres-em-medida-protetiva-de-urgencia-ganham-aplicativo-com-botao-do-panico-em-sc?inheritRedirect=true>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. **Justiça pela Paz em Casa**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/violencia-contra-a-mulher/justica-pela-paz-em-casa>. Acesso em: 06 set. 2019.

A GOVERNANÇA AMBIENTAL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE DE RISCO

Michele Vargas



A GOVERNANÇA AMBIENTAL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE DE RISCO

ENVIRONMENTAL GOVERNANCE AND THE ACTION OF JUDICIARY IN THE RISK SOCIETY

Michele Vargas¹

RESUMO

A complexidade da sociedade de risco, instalada a partir da Revolução Industrial, levou o meio ambiente a um cenário de esgotamento, de iminentes catástrofes ambientais e de irreversibilidade, o que demanda novos instrumentos para enfrentamento da questão ambiental. Nessa perspectiva, o presente artigo aborda, a partir da compreensão acerca das características da sociedade de risco e da importância do desenvolvimento sustentável, o mecanismo da governança ambiental como instrumento para a gestão democrática e participativa do meio ambiente, considerando-se que o modelo que se limita à participação do Estado já não mais se mostra suficiente à sua proteção, notadamente tendo em vista o caráter transindividual e transfronteiriço do bem ambiental. Ao cabo, considerando-se o atual papel de destaque do Poder Judiciário no deslinde de conflitos ambientais submetidos, não raras vezes, a seu crivo, importa verificar quais instrumentos – de índole constitucional, legal e processual - de que dispõe referido Poder para atuar como instância de governança ambiental e, dessa forma, garantir a preservação do meio ambiente às presentes e futuras gerações.

Palavras-chave: Meio ambiente. Sociedade de risco. Governança ambiental. Poder Judiciário. Instrumentos.

ABSTRACT

The complexity of the risk society, established since the Industrial Revolution, led the environment to the scenario of exhaustion and imminent environmental catastrophes, which demands new instruments to face the environmental issue. From this perspective, the present

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Juíza Substituta do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ex-Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. E-mail: michelevargas@tjsc.jus.br.

paper approaches, based on the understanding of risk society resources and the importance of sustainable development, the environmental governance mechanism, as an instrument of democratic and participatory management of the environment, considering that a model that limits State participation no longer provides adequate protection, given the transindividual and transboundary character of the environmental good. Considering the current prominent role of the Judiciary in the context of environmental conflicts, frequently submitted to judgment, it is important to verify what are the instruments - constitutional, legal and procedural – that the Judiciary has to ensuring the preservation of the environment for present and future.

Keywords: Environment. Risk society. Environmental governance. Judiciary. Instruments. Environmental law.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, atualmente, possui relevante protagonismo em matéria ambiental, considerando-se que atua como última instância diante de conflitos ambientais e que as decisões políticas são, não raras vezes, submetidas ao crivo judicial.

A propósito, a partir da Revolução Industrial, adentrou-se na chamada sociedade de risco, caracterizada pela complexidade decorrente de seu modelo de produção e consumo, que tem levado o meio ambiente a um cenário de esgotamento e de iminência de catástrofes ambientais, em evidente comprometimento ao seu usufruto pelas presentes e futuras gerações.

Diante disso, o presente trabalho abordará, inicialmente, os principais aspectos da sociedade de risco, a fim de compreender suas peculiaridades e as novas demandas decorrentes, contexto em que adquire relevância o conceito de desenvolvimento sustentável.

Ocorre que a concretização e a garantia do desenvolvimento sustentável impõem sérios desafios e exigem novos modelos de gestão da problemática ambiental na sociedade de risco, capazes, ao menos em maior medida, de enfrentar a sua complexidade.

Nesse cenário, ganha relevo o termo governança, que é voltada, precisamente, para a gestão de coisas complexas, porquanto envolve a participação dos múltiplos atores interessados e envolvidos, que, vale dizer, não se restringe meramente à esfera estatal. Esse processo participativo e inclusivo, a inserir os diversos interessados, como a sociedade, o mercado, o Estado, entre outros, tem especial importância na seara ambiental, notadamente pelo caráter transindividual do meio ambiente, razão pela qual a governança ambiental será a

temática abordada no segundo tópico do presente artigo.

Ao cabo, por identificar o Poder Judiciário como instância de governança ambiental, pretende-se investigar e explicitar quais instrumentos, legais e processuais, de que dispõe referido Poder para que a consecução de sua função se dê em conformidade com as novas demandas da sociedade de risco e voltada à preservação do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Com efeito, tem o magistrado à sua disposição um notável acervo principiológico, além de instrumentos de interpretação e processuais alinhados ao conceito de governança ambiental e às atuais demandas ambientais, tudo sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável, conforme será explicitado no último tópico do trabalho.

Após a revisão da literatura acerca do tema, o método a ser utilizado é o dedutivo.

2 SOCIEDADE DE RISCO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O modelo econômico da sociedade industrial, iniciada com a Revolução Industrial, levou à sociedade de risco - assim denominada por Ulrich Beck -, marcada, notadamente, pelo esgotamento do modelo de produção, pela utilização ilimitada do bem ambiental, pela expansão demográfica, pela mercantilização e, dentre outros, pelo capitalismo predatório (CANOTILHO; LEITE, 2015, p. 157-158).

Com efeito, a complexidade da sociedade de risco e o seu modelo econômico de produção e consumo, acentuado pelo avanço tecnológico e pela busca contínua por lucro, aliados à falta de compromisso com a preservação ambiental, têm ocasionado considerável degradação ambiental, que alcança, atualmente, patamares de irreversibilidade.

Esse cenário de iminência de riscos e catástrofes ambientais denota a complexidade da sociedade contemporânea e revela verdadeira crise ambiental, que é global e transfronteiriça, já que seus efeitos não encontram limites geográficos, além de ser caracterizada pela imprevisibilidade e indeterminações, o que faz com que a postura do Estado e o regramento do próprio Direito tenha que ser repensada. A propósito, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2002, p. 20) ponderam:

E não só o direito de regulação mostra suas deficiências diante do problema do risco, mas a própria organização do modelo estadual, constituída ainda debaixo dos padrões de racionalidade e segurança, poucos aptos a lidar com padrões de imprevisibilidade, deve passar pela necessária revisão, que se repete cada vez mais. Tal situação do modelo estatal tende a conduzir o atual Estado de direito a

formas de comunicação cada vez mais difusas e multiplicativas com os diversos sistemas de diferenciação, para que esse Estado possa lidar de forma mais eficiente com um problema que é duplo.

Destarte, esse novo contexto da sociedade de risco demanda um novo olhar acerca dos direitos fundamentais e personalíssimos, que deve superar a perspectiva meramente individualista para alcançar uma acepção transindividual, de modo que o exercício de tais direitos pela geração atual não impeça o mesmo exercício pelas futuras gerações. Vale dizer, embora não se negue a existência de direitos individuais, até porque constitucionalmente garantidos, o seu exercício não pode ser assegurado quando comprometer outros direitos fundamentais - como é o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado -, nem tampouco os direitos das futuras gerações. Nesse sentido, CARVALHO (2008, p. 33):

O surgimento da Sociedade de Risco emana, face à invisibilidade, globalidade e à irreversibilidade de seus riscos, a atribuição de profunda relevância aos interesses das futuras gerações e sua tutela. Assim, os direitos à vida, ao usufruto da propriedade e à saúde, em suas condições pessoais e ambientais, devem ser assegurados não apenas às gerações presentes (como direitos personalíssimos intergeracionais), mas também às futuras gerações de pessoas humanas (direitos personalíssimos intergeracionais). Essa equação exige que os direitos personalíssimos das gerações atuais sejam usufruídos de forma compatível com as necessidades das futuras gerações.”

Assim é que, a despeito dos desafios que ainda demandam enfrentamento, os ordenamentos jurídicos têm incorporado relevantes conceitos em seus textos a fim de harmonizá-los com essa nova perspectiva, o que reflete a constitucionalização do meio ambiente e o fortalecimento das bases ambientais no âmbito infraconstitucional (LEITE; IGLECIAS, 2015, p. 124).

É o que ocorre na Constituição Federal, que prevê, em seu art. 225, que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Nesse passo, adquire notório relevo o conceito de desenvolvimento sustentável, princípio implícito na Constituição, que alia a concepção de sustentabilidade à ideia de desenvolvimento econômico e social, e que passou a ser foco dos esforços dos organismos internacionais a partir da década de 80 (MARCOS, 2018, p. 76-77).

Paulo de Bessa Antunes (2015, p. 25-26), ao tratar de tal princípio, esclarece a relação direta entre o grau de proteção ambiental e o bem-estar social e renda da população,

razão pela qual o aspecto do desenvolvimento não pode ser ignorado, por necessário, mas deve ocorrer de forma sustentável. Prossegue, ainda, com trecho do Relatório Brundtland:

Meio ambiente e desenvolvimento impõem sérios problemas a todos os países. Meio ambiente e desenvolvimento não constituem desafios separados; estão inevitavelmente interligados. O desenvolvimento não se mantém se a base de recursos ambientais se deteriora; o meio ambiente não pode ser protegido se o crescimento não leva em conta as consequências da destruição ambiental. Esses problemas não podem ser tratados separadamente por instituições e políticas fragmentadas. Eles fazem parte de um sistema complexo de causa e efeito.

Está atrelada ao conceito de desenvolvimento sustentável, na toada da previsão constitucional, a ideia de equidade intergeracional, no sentido de que a natureza não está à inteira disposição humana, que deve limitar o seu impacto e agir de forma não destrutiva, de modo que as futuras gerações possam ter igual acesso aos recursos e às oportunidades (CANOTILHO; LEITE, 2015, p. 198).

A concretização e a garantia do desenvolvimento sustentável, todavia, impõe sérios desafios e exige novos modelos de gestão da problemática ambiental na complexidade da sociedade de risco, capaz, ao menos em maior medida, de enfrentar a sua complexidade.

Nesse contexto, a propósito, é pertinente tratar da governança ambiental.

3 GOVERNANÇA AMBIENTAL

A sociedade de risco, com a sua complexidade inerente, os riscos iminentes, de caráter transfronteiriço e transnacional, demanda, por certo, um novo modelo de gestão, já que aquele tradicional, exclusivamente circunscrito à esfera estatal, não tem se mostrado eficiente no enfrentamento das questões ambientais.

Destarte, além da consciência a respeito da crise ambiental atual, impõe-se, também, a participação dos cidadãos, de modo informado, proativo e solidário, que não se circunscreve às ideias relativas ao clássico conceito de cidadania. Relevantes, a esse respeito, as reflexões de Canotilho e Leite (2015, p. 187), a saber:

De fato, conforme já salientado, a concretização do Estado de Direito Ambiental converge, obrigatoriamente, para mudanças radicais nas estruturas existentes da sociedade organizada. Não há como negar, além disso, que a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende a

ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental. Não se pode adotar uma visão individualista sobre a proteção ambiental sem solidariedade e desprovida de responsabilidades difusas globais. Trata-se de pensamento equivocado dizer que os custos da degradação ambiental devem ser repartidos por todos, em uma escala global que ninguém sabe calcular. Essa visão é distorcida e leva ao esgotamento total dos recursos ambientais e a previsões catastróficas. Portanto, somente com a mudança para a responsabilização solidária e participativa dos Estados e dos cidadãos, com os ideais de preservação ecológica, é que será possível encontrar solução ideal para a crise ambiental.

Trata-se, então, de uma questão relativa à legitimidade para a tomada de decisões acerca da temática, considerando-se que as próprias decisões tomadas possuem potencial para gerar riscos e, por conseguinte, afetar as vidas atuais e futuras, de diversas formas, seja positiva ou negativa, superficial ou permanente. Por conta disso, Henkes (2014, p. 87) entende que “a tomada de decisão deve ser fruto de ampla deliberação por múltiplos atores (Estado, cidadão, sociedade civil e setor privado) e não somente por pequena parcela de sujeitos, representantes de alguns setores (Estado, Usuários, Entidades representativas, etc.)”

Nesse contexto ganha revelo o termo governança, que, nas palavras de Henkes (2014, p. 89), é utilizado em diversos contextos e em todos “com o intuito de caracterizar a gestão de coisas complexas, na qual múltiplos atores (públicos, privados e cidadãos), encontram-se no mesmo plano, sem relação de subordinação hierárquica (vertical) aos Estados e seus representantes (Hermet, 2005)”. Celant (2018, p. 199), a propósito, pondera que é justamente a “dimensão não-estatal o traço proeminente e de certa forma inédito trazido pela governança ao debate e à formulação de políticas e de ações nos planos nacional e internacional.”

Chevallier *apud* Henkes (2014, p. 89) defende, apropriadamente, que a crise de governabilidade requer a adoção de novos mecanismos de ação e decisão a fim de substituir os procedimentos clássicos do governo da Modernidade e, assim, nos seus dizeres, “a governança se apresenta como um método de regulação para uma série de problemas e conflitos, no qual os atores participam regularmente da tomada de decisão através da negociação e cooperação”.

A respeito do termo, Marcos (2018, p. 68-70) esclarece que a categoria se originou na década de 90 em documentos do Banco Mundial voltados a indicar as condições que estimulam a eficiência estatal. Pontua o autor, outrossim, que, embora inicialmente restrita ao aspecto econômico, passou posteriormente a abarcar também os aspectos sociais e políticos, mas alerta que “a Governança não se restringe aos aspectos gerenciais e administrativos da

atividade estatal e nem se relaciona ao funcionamento eficaz do aparelho estatal, do ponto de vista do alcance dos resultados propostos”.

Marcos (2018, p. 70-71), ainda, distingue os termos governança e governabilidade da seguinte forma:

Assim, enquanto a governabilidade é notabilizada pela sua dimensão essencialmente formal, relacionada ao sistema político-institucional, a Governança, por outro lado, opera numa dimensão materialmente mais ampla, porquanto envolve o sistema político-institucional, e vai além, para o fim de englobar, também, a Sociedade que compõe cada Estado.

Em matéria ambiental, de forma específica, Flores (2016, p. 16-17), utilizando-se da lição de Jacobi e Sinisgalli, conceitua governança ambiental da seguinte forma:

Governança Ambiental se refere ao envolvimento de todos e cada um nas decisões sobre o meio ambiente, por meio das organizações civis e governamentais, numa ideia de complementaridade da relação sociedade e poder repartindo responsabilidades para um ambiente saudável. Trata-se de um processo que decorre da articulação entre formas clássicas de autoridade existentes no Estado (organização hierárquica) com aquelas características do setor privado (direcionado pela competição do mercado) e o setor voluntário ou sociedade civil (caracterizado pela ação voluntária, recíproca e solidária dos cidadãos). O conceito leva em conta um processo participativo e inclusivo que reproduza a visão da sociedade em matéria ambiental e que envolva Sociedade, Estado, mercados, Direito, instituições, políticas e ações governamentais, articulados através de parcerias, coalizões, alianças entre diferentes atores em iniciativas coletivas; promovendo interações entre si e que estejam associadas à qualidade de vida e bem-estar, notadamente os aspectos relacionados com a saúde ambiental.

Busca-se, através de um sistema participativo e plural, garantia da sustentabilidade, assim compreendida como “um processo por meio do qual a sociedade global é capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana.” (CRUZ; FERER *apud* SIEGEL, p. 30).

A governança ambiental, ademais, está em consonância com a previsão constitucional inserta no art. 225 da Constituição Federal, que prevê não somente que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também impõe ao Poder Público e à coletividade a sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações. Trata-se, assim, do direito-dever de participação (Henkes, 2014, p. 90).

Aliás, a participação pública como princípio jurídico, em especial ambiental, passou

a ser mencionada, no âmbito internacional, na Declaração de Estocolmo, de 1972, (HENKES, 2014, p. 92), mas foi sobretudo na Declaração do Rio 92 que restou estampado no Princípio 10, a saber:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

O processo de tomada de decisões que incorpore os diversos grupos envolvidos e interessados, como grupos de cidadãos, administradores públicos, ONGs, técnicos e cientistas, empresários e investidores, entre outros, certamente tem por consequência conferir maior consenso e atribuir maior responsabilidade aos envolvidos, cientes que se tornam de todo o processo, de suas causas e efeitos, bem ainda por serem aqueles que, invariavelmente, serão também os atingidos. Afasta-se, com isso, o autoritarismo estatal, por vezes distanciado da sociedade, e se alcança uma forma cooperativa e responsável da gestão e tomada de decisão em matéria ambiental.

Não se deve ignorar, no entanto, a crítica que se faz ao modelo atual de participação popular, já que, não raras vezes, embora possa participar, não tem o cidadão o poder de efetivamente influenciar a tomada de decisão ou mesmo de vetar alguma decisão tomada, o que pode fazer com que essa abertura seja também utilizada como estratégia somente para legitimar decisões tomadas por quem efetivamente detém o poder de decisão.

Demais disso, também não se pode ignorar que, sobretudo no Brasil, não há um histórico de participação popular, de modo que não se pode esperar que o cenário se altere de forma imediata. Todavia, ainda que não seja desde logo possível a participação em todo e qualquer processo de tomada de decisão, é viável pensar em oportunizá-la em certas hipóteses, como, por exemplo, em casos com grande potencial de geração de riscos e de afetar a vida comunitária, bem ainda na hipótese de grandes obras ou quando a própria sociedade manifesta interesse em tomar parte.

Seja como for, a complexidade e as características da sociedade de risco, bem como a falha no modelo de gestão atual no que diz respeito à sustentabilidade fazem com que diversos conflitos aportem ao Poder Judiciário, o qual, para Rudson Marcos (2018, p.

85), é importante instância de governança para a garantia da sustentabilidade, tal qual o é o processo judicial.

Ademais, o direito ambiental possui destacado papel na gestão dos riscos, seja pelos instrumentos jurídicos acautelatórios, como o licenciamento ambiental, a responsabilidade civil por danos, bem como por estarem as decisões políticas sendo submetidas com frequência ao controle jurisdicional (HENKES, 2014, p. 112-113), o que faz com que seja relevante verificar quais os instrumentos de que efetivamente dispõe o Poder Judiciário para concretizar a governança ambiental e garantir o desenvolvimento sustentável.

4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Atualmente, o Poder Judiciário tem adquirido protagonismo em matéria ambiental, seja pela frequência dos conflitos, seja porque as decisões políticas têm sido submetidas constantemente ao crivo judicial. Isso faz com que o papel do Poder Judiciário e do magistrado possua relevo na consecução dos ditames da governança ambiental, de forma a viabilizar a participação democrática e a análise dos direitos fundamentais sob uma nova perspectiva, tudo com o escopo de garantir a sustentabilidade às presentes e às futuras gerações.

A tutela jurisdicional ambiental, ou o acesso à Justiça, representa, em verdade, mais um mecanismo do Estado democrático do ambiente e serve, no aspecto fático, como o último recurso contra a ameaça e a degradação ambiental concretamente. Imprescindível, nesse contexto, que os instrumentos legais e processuais sejam adaptados às peculiaridades do conflito ambiental, notadamente à sua dimensão horizontal (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 195).

Parece primordial, destarte, que se compreenda que o Direito Ambiental compõe um microsistema específico, decorrente da essencialidade do bem ambiental e da irreversibilidade dos danos porventura causados, dos princípios que fundamentam o Direito Ambiental e que impõem um novo padrão ético, de responsabilidade e prudência, além da insuficiência do modelo tradicional de regulação.

Esclarecido esse aspecto, convém recordar que a participação do indivíduo e da sociedade pode ocorrer através da ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), esta através de associações, da ação popular (Lei n. 4.717/1965) e de ações de direito de vizinhança (Código Civil), estas pelos próprios particulares. Além disso, conforme prevê a Constituição Federal, ao Ministério Público incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis,

coletivos e difusos, tal como é o direito ao meio ambiente.

Desde logo, convém salientar que não se desconhece que há certos entraves e questionamentos que a tutela jurisdicional ambiental atrai, como a duração do processo, a legitimidade *ad causam*, a coisa julgada, os aspectos processuais, as relações poligonais, entre outros (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 195). Todavia, os referidos autores bem esclarecem, em termos práticos, como se pode dar a conformação de tais aspectos:

Não obstante, é só com a prática que se poderão sedimentar as questões surgidas e adaptá-las ao contexto do acesso à justiça das demandas ambientais. Nesse sentido, têm importante missão a doutrina e a jurisprudência, pois é só através delas que as reflexões se cristalizam. A experiência da *class action* dos Estados Unidos da América, a *ação civil pública* e a *ação popular* brasileiras, assim como a *ação popular portuguesa*, são os instrumentos mais atuais da tutela jurisdicional ambiental e têm incentivado os operadores jurídicos a discutir e refletir sobre as questões emergentes.

Não se pode ignorar que as peculiaridades do conflito ambiental implicam dificuldades e desafios ao julgador, notadamente pela incerteza que lhe é inerente, seja a respeito do descumprimento de normas, seja quanto ao atendimento de padrões sustentáveis e da possibilidade concreta de ocorrência de danos. Pertinentes, a respeito, as ponderações de Carvalho (2014, p. 48):

A inserção da incerteza nos contextos de decisão dificulta a imposição de medidas preventivas adequadas, pois não há como gerenciar riscos adequadamente se você não consegue medir estes adequadamente. Neste sentido, mesmo o seu desconhecimento deve ser ponderado, construindo tais descrições sustentadas sobre padrões e programas de decisão principiológicos, tais como a Prevenção (para a qual há a necessidade de descrição quantificável do risco, quer em suas probabilidades e/ou magnitudes) e a Precaução (que gerencia decisões em contextos de dúvida e incerteza científicas a partir de hipóteses cientificamente ponderáveis).

Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 47), nesse passo, afirmam que o princípio (e dever) da precaução impõe uma nova ética para o agir humano, que anda lado a lado ao princípio da responsabilidade e que, na esfera jurídica, serve para limitar a própria autonomia da vontade e os demais direitos fundamentais do ser humano sempre que se afigurar necessário para assegurar uma vida digna e saudável para as gerações presentes e futuras.

Importa registrar que o princípio da precaução, ferramenta importante de gestão de risco, não pode ser aplicado, como alerta Bessa Antunes, quando as alegações referentes

aos riscos são meramente hipotéticas, sem qualquer base fática ou científica sólida. Vale dizer, não se exige, sob pena do seu esvaziamento, demonstração plena a partir de dados concludentes, mas deve estar suficientemente documentado a partir de dados científicos existentes quando da medida (2015, p. 42).

Na resolução de conflitos ambientais e certo de que o modelo atual da sociedade de risco não se mostra sustentável e implica sérias e concretas ameaças ao direito fundamental ao meio ambiente, dispõe o magistrado, além do acervo principiológico acima referido, de alguns outros instrumentos, que serão a seguir detalhados.

Na visão de Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 383), é necessária, em primeiro lugar, uma postura mais ativa do magistrado, que se consubstancia em verdadeiro dever a partir do art. 225 da Constituição Federal e da relevância do tema, que envolve direito indisponível e irreversível.

Um dos primeiros aspectos destacados pelos referidos autores é a inversão do ônus da prova a fim de privilegiar a paridade de armas, considerando-se, em regra, a desigualdade entre as partes.

Nesse aspecto, convém recordar que o Código de Processo Civil atual prevê no § 1º do art. 373, especificamente, a distribuição dinâmica do ônus da prova para permitir que o juiz distribua o ônus probatório de modo diverso, por decisão fundamentada, quando as peculiaridades da causa revelarem que o sistema estático (incisos I e II) acarreta impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo. Trata-se, como se vê, de importante instrumento aplicável às lides ambientais e que se coaduna, ademais, com o princípio da precaução, de modo a impor ao interessado na atividade a incumbência de demonstrar que não é capaz de gerar riscos ou causar danos.

Acrescenta Rudson Marcos (2018, p. 80-84), também quanto ao aspecto probatório, que deve o magistrado compreender que na seara ambiental a busca pela verdade real é inatingível e que é suficiente, notadamente quando diante de tutelas de urgência, a verdade formal. Efetivamente, tais demandas, em regra, aportam ao Poder Judiciário acompanhadas de pedido de tutela de urgência e, nessa fase de cognição sumária, exigir elementos exaurientes de prova poderia acarretar danos irreversíveis ao meio ambiente.

De outro lado, a fim de abrandar as incertezas e angariar mais elementos de informação, ainda que não se alcance a verdade real, é dado ao magistrado determinar, desde o início, antes da análise do pleito antecipatório - quando a urgência permitir -, a realização da perícia técnica na área específica, a fim de conferir, mesmo antes do contraditório, mas com a participação da parte ré, que poderá apresentar quesitos e acompanhar, querendo, o exame técnico.

A interpretação conforme a Constituição é outro instrumento de que dispõe o Estado-juiz, assim como a declaração de inconstitucionalidade de certas normas e procederes que afrontam os preceitos da Carta Magna.

Ademais, impende refletir sobre os efeitos que o largo trâmite processual pode ocasionar no sensível bem ambiental, cujos danos são irreparáveis. Nesse sentido, deve-se envidar esforços para estabelecer um tratamento célere aos feitos que veiculam tal matéria, seja peculiaridade do bem jurídico envolvido, seja pelo seu caráter transindividual, coletivo e difuso.

Há, ainda, que se considerar a vedação ao retrocesso ambiental, assim como o fato de serem as normas ambientais de eficácia plena e que o direito ao ambiente compõe o rol de direitos e garantias fundamentais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 393-394), de forma a fazer frente a outros direitos e garantias fundamentais, como a propriedade – a qual, ainda, deve ser examinada sob a ótica do atendimento à sua função social.

Rudson Marcos (2018, p. 80-84), com propriedade, apresenta pertinentes proposições acerca do tema: a dúvida em matéria probatória deve ser favorável ao meio ambiente, notadamente ante a sua irreversibilidade; o contraditório deve ser encarado como estrutura dialética, de forma a admitir a participação não só de seus atores, mas também dos destinatários dos efeitos decorrentes; ante a irreparabilidade dos danos ambientais, incumbe a adoção de técnicas processuais preventivas, como a tutela inibitória, para a qual basta a mera probabilidade de ocorrência do dano.

Acerca da tutela inibitória, bem pontuada a sua relevância na tutela ambiental, já que o Código de Processo Civil, em seu art. 497, parágrafo único, expressamente, prevê que “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

No âmbito da responsabilidade civil também há mudança de perspectiva, considerando-se que o modelo tradicional exige, como pressuposto, o dano. Todavia, as especificidades do bem ambiental, notadamente a sua irreversibilidade, não permitem que a análise demande tal pressuposto, pelo que, forte no princípio da precaução, deve o juiz se afastar desse modelo para exigir apenas a demonstração dos riscos e atuar, assim, de forma preventiva para antecipar a ocorrência de danos ou desastres.

Acerca dessa temática, Hutchinson, citado por Arruda (2006, p. 41), pondera:

Ambientalmente não se pode entender o conceito de responsabilidade unicamente como resposta ao dano, ligando responsabilidade com dano e indenização.

Também devemos entender a responsabilidade como resposta ao risco, unindo responsabilidade com risco e prevenção. Esta responsabilidade é pelo risco da coisa ou atividade perigosa em si mesma. Se trata de diminuir o risco (prevenção) para que o dano (indenização) não se produza.

Além da já referida possibilidade de designar, desde o início do processo judicial, perícia realizada por técnico, também é possível realizar audiência com a participação dos diversos atores envolvidos, o que não está restrito às partes, mas a todos aqueles que possam contribuir para a temática (como organizações que tratam de determinado tema) e também aqueles que podem ser diretamente afetados pela decisão (como associação de moradores de determinada localidade), a fim de que demonstrem diretamente ao juiz os seus argumentos e tragam mais elementos de convicção, sem olvidar que, assim, podem de forma concreta influenciar na decisão, de modo democrático e participativo.

A respeito, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou relevante inovação ao ampliar, para além dos limites das ações constitucionais, as hipóteses do instituto do *amicus curiae*, que pode ser utilizado em qualquer ação e grau de jurisdição, contanto que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 138 do referido Estatuto Processual. Com isso, tem o juiz à sua disposição importante ferramenta capaz de trazer luzes e, por conseguinte, legitimidade ao debate e à decisão judicial com a intervenção de determinados atores, como entidades técnicas, ambientalistas, entidades organizadas da sociedade civil, etc.

Um exemplo prático que já vem sendo adotado pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, é a realização de audiências públicas, o que, no entender de Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 373) deveria ser seguido também pelas demais instâncias judiciais, notadamente em ações coletivas e aquelas voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, como se vê, o adequado exame em matéria ambiental perpassa uma necessária mudança de perspectiva e demanda, sobretudo, atenção às suas peculiaridades, já que o modelo tradicional, à evidência, não se mostra suficiente à tutela do meio ambiente. De todo modo, vê-se que há diversos instrumentos à disposição do Poder Judiciário, para, na maior medida possível, concretizar a governança ambiental e garantir a sustentabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificado o histórico e as características da atual sociedade, permeada pelo risco e pela crise ambiental que alcança patamares de irreversibilidade, com danos transfronteiriços e com característica de imprevisibilidade e indeterminação, tornou-se evidente a necessidade de alteração na postura estatal, do regramento jurídico e, especialmente quanto ao foco do presente artigo, do Poder Judiciário no enfrentamento da questão ambiental.

A propósito, é inafastável concluir que esse novo cenário exige a superação do olhar individualista dos direitos e garantias fundamentais, que devem se conformar com a previsão constitucional que impõe, embora implicitamente, que o desenvolvimento se dê de forma sustentável e, ainda, com garantia de ambiente saudável às presentes e futuras gerações.

A partir do regramento constitucional, notadamente o art. 225, que prevê que o meio ambiente é, também, direito fundamental, os ordenamentos jurídicos têm incorporado relevantes conceitos em seus textos, de modo a harmonizá-los com a nova perspectiva e fortalecer as bases ambientais no âmbito infraconstitucional.

Tal previsão constitucional, ademais, fundamenta a governança ambiental, pois prevê que é dever de todos, Poder Público e coletividade, a preservação ambiental, o que, de forma inegável, tem estreita relação com a própria legitimidade das decisões tomadas a respeito da matéria.

A governança ambiental, destarte, além de conferir legitimidade às decisões, auxilia, na medida em que atrai para o debate e deliberação os múltiplos atores (Estado, cidadão, sociedade civil e setor privado), a gestão dessas questões que guardam notória complexidade, seja pelos interesses envolvidos, seja pela sensibilidade do bem e irreversibilidade dos danos porventura ocasionados. Vale dizer, é a governança, assim, um método que se afasta do modelo tradicional para solucionar os conflitos de forma democrática e inclusiva.

Além disso, ao incorporar os diversos grupos envolvidos e interessados, a governança confere ao processo decisório maior consenso, maior efetividade e senso de responsabilidade.

E considerando-se a falha no modelo de gestão atual no que diz respeito à sustentabilidade, bem ainda o fato de que as decisões políticas têm sido alvo de judicialização constante, os diversos conflitos aportam ao Poder Judiciário, que, por consequência, torna-se relevante instância de governança para a garantia da sustentabilidade, assim como o processo judicial.

O Poder Judiciário, como visto, detém diversos instrumentos para lançar um olhar

e soluções mais adequados às questões ambientais na sociedade de risco. Nesse sentido, o atual cenário demanda uma postura mais ativa do juiz e ainda a compreensão de que a temática ambiental atrai dificuldades e desafios em razão da incerteza que lhe é inerente, o que faz com que tenha que atuar de forma preventiva, a exigir a mera caracterização dos riscos, e não do dano, sobretudo pelo caráter da irreversibilidade do bem, bem como lançar mão dos diversos instrumentos de que dispõe, como detidamente explicitado.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Mariell Antonini Dias. **Governança ambiental global mais efetiva, tendo a conservação regional de Aarhus como paradigma.** Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul/RS, v.2, n.4, p. 225-239, jan./abr. 2013.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. 1015 p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xxxiii, 1422 p.

ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. **A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental.** Revista de Direito Ambiental - RDA. São Paulo, RT, v.42, p. 25-69, abr. 2006.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A governança transnacional ambiental na Rio+20.** Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul/RS, v.2, n.4, p. 309-331, jan./abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. 532 p.

CARVALHO, Délton Winter de. **A sociedade do risco global e o meio ambiente como um direito personalíssimo intergeracional.** Revista de Direito Ambiental - RDA. São Paulo, v.13, n.52, p. 27-36, out./dez. 2008.

_____. **O papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres.** Revista de Direito Ambiental - RDA. São Paulo, v.19, n.75, p. 45-74, jul./set. 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 912 p.

_____. **Direito processual ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 328 p.

GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Estado e sociedade nos espaços de governança ambiental transnacional**. Revista Bonijuris, Curitiba, v.24, n.585, p. 6-12, ago./2012.

HENKES, Silvana Lúcia. **Governança ambiental: reflexões para a efetiva democratização da tomada de decisão frente aos riscos ambientais**. Revista de Direito Ambiental - RDA. São Paulo, v.19, n.76, p. 85-117, out./dez. 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. 290 p.

LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.); MIRRA, Álvaro Luiz Valery, *et al.* **Aspectos processuais do direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. xvi, 309 p.

LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (Org.). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 240 p.

LEITE, Rubens Morato. **O dano moral ambiental na perspectiva da jurisprudência do STJ: uma nova hermenêutica ambiental na sociedade de risco**. Revista de Direito Ambiental - RDA. São Paulo, v.19, n.75, p. 115-137, jul./set. 2014.

LOPES, Cláudio Ribeiro. **Exigências de proteção do ambiente na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.20, n.96, p. 251-276, maio/jun. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 26. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. 1430 p.

MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Ambiental**. v. IV - tutela do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1370 p.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Curso de direito processual ambiental**. 2. ed. rev., atual., ampl. e de acordo com o novo CPC. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. 670 p.

RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. **A filosofia da precaução como meio para o desenvolvimento sustentável**. Revista Síntese Direito Ambiental, São Paulo, v.7, n.39, p. 80-100, out./dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 457 p.

SASS, Liz Beatriz. **Governança global ambiental: omissões e contradições no regime internacional de proteção da biodiversidade**. Revista de Direito Ambiental - RDA. São Paulo, v.19, n.74, p. 337-366, abr./jun. 2014.

SERRA, Tatiana Barreto. **Tutela inibitória coletiva do meio ambiente face ao risco ambiental**. Revista de Direito Ambiental - RDA. São Paulo, v.17, n.66, p. 183-206, abr./jun. 2012.

SILVA, Cláudia Simone Lobo Ávila da. **Precaução e prevenção na ótica da defesa civil**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v.12, n.90, p. 82-106, jul./ago. 2014.

SILVEIRA, Paula Galbiatti. **Melhor tecnologia disponível, redução de riscos e Direito: adoção no licenciamento ambiental brasileiro na perspectiva do Estado ambiental**. 1. ed. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2016. 314 p.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Democracia deliberativa e justiça ambiental**. Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul/RS, v.3, n.8, p. 187-204, maio/ago. 2014.

WUNDERLICH, Carlos E. C. **Problemas ambientais recorrentes: como administrar os riscos que comprometem a qualidade de vida em um cenário de hipercomplexidade urbana**. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, Porto Alegre, v.7, n.39, p. 5-32, dez. 2011/jan. 2012.

ISENÇÃO DE CUSTAS E HONORÁRIOS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E FAZENDÁRIOS: SEUS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA

Nicolle Feller



ISENÇÃO DE CUSTAS E HONORÁRIOS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E FAZENDÁRIOS: SEUS REFLEXOS NO ACESSO À JUSTIÇA

EXEMPTION FROM COSTS AND FEES IN THE SPECIAL CIVIL AND TREASURY COURTS: THEIR REFLECTIONS ON ACCESS TO JUSTICE

Nicolle Feller¹

RESUMO

O presente artigo tem como tema a análise da isenção de custas e honorários nos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários e seus reflexos no acesso à Justiça. O trabalho em foco objetiva analisar a compatibilidade dessa isenção, prevista na Lei n. 9.099/1995, frente às normas da Constituição da República de 1988, bem como a possibilidade de aplicação do regramento geral previsto no Código de Processo Civil de 2015 para o deferimento da gratuidade da justiça aos litigantes hipossuficientes no âmbito dos Juizados Especiais. Propõe-se a averiguar, por fim, se a revogação da isenção legal em comento ofende o direito de acesso à Justiça e desvirtua a finalidade dos Juizados Especiais ou contribui para enaltecê-los e efetivá-los. Para tanto, serão feitas considerações acerca do direito de acesso à Justiça e ao amplo acesso à Justiça estabelecido pela Lei n. 9.099/1995. Na sequência, apresentar-se-ão dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do ingresso de novas ações no âmbito da Justiça Estadual e especificamente na seara do microssistema dos Juizados, que comprovam quadro já constatado na prática forense: o excesso de demandas nos Juizados e o desvirtuamento de seus critérios, dentre os quais o da celeridade. Serão realizadas ponderações sobre a repercussão da isenção legal de despesas processuais no aumento das ações processadas sob o rito sumaríssimo, propondo-se, ao final, alternativa prática a esse benefício legal, com vistas à melhoria do funcionamento desse sistema e ao acesso efetivo à Justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Juizados Especiais. Despesas processuais. Isenção legal. Litigiosidade excessiva. Gratuidade da justiça.

¹ Nicolle Feller: Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); E-mail: nfeller@tjsc.jus.br.

ABSTRACT

This article has as its theme the analysis of the exemption from costs and fees in the Special Civil and Treasury Courts and their impact on access to justice. The paper aims to analyze the compatibility of this exemption, provided for in Law no. 9.099/1995, against the norms of the 1988 Constitution, as well the possibility of applying the general rule provided for in the 2015 Code of Civil Procedure for the granting of gratuitous justice to hyposufficient litigants under Special Courts. Finally, it proposes to investigate if the revocation of the legal exemption in question offends the right of access to Justice and distorts the purpose of the Special Courts or contributes to enhance and enforce them. To this end, considerations will be made about the right of access to justice and the broad access to justice established by Law no. 9.099/1995. Following, will be presented data collected by the National Council of Justice about the entrance of new lawsuits in the State Justice scope and specifically in the area of the microsystem of the Special Courts, which proves picture already verified in practice: the excessive demands on the Special Courts and the distortion of its criteria, among which the celerity. Consideration will be given to the repercussions of the legal exemption from procedural expenses on the increase of lawsuits processed under the shortened rite, proposing, in the end, a practical alternative to this legal benefit, in order to improving the functioning of this system and effective access to justice.

Keywords: Access to justice. Special Courts. Procedural expenses. Legal exemption. Excessive litigation. Gratuity of justice.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir do delineamento normativo advindo da Constituição da República de 1988, prevê o acesso à Justiça como direito fundamental destinado a garantir o acesso amplo ao Poder Judiciário, para o enfrentamento de lesão ou ameaça a qualquer direito, de forma célere e efetiva.

O cenário atual do Poder Judiciário brasileiro revela um crescimento na propositura de novas demandas, muitas das quais ajuizadas perante os Juizados Especiais, microsistema processual previsto na Constituição Cidadã como forma de efetivação do acesso à Justiça e

implementado pela Lei n. 9.099/1995 para o julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade.

Não obstante a inegável finalidade dos Juizados – efetivação do acesso à Justiça – constata-se que o aumento expressivo dos feitos processados sob o rito dos Juizados constitui fato contrário ao critério da celeridade, que orienta a tramitação dos processos nesse procedimento, gerando descontentamento dos jurisdicionados e dos advogados atuantes nessa seara e, ainda, significativo volume de trabalho aos órgãos do Poder Judiciário.

O acréscimo de demandas em termos numéricos, ademais, é acompanhado do ingresso recorrente de causas com ínfima probabilidade de sucesso ou desprovidas de base fático-jurídica relevante, muitas vezes, fruto de futilidades dos próprios litigantes, que poderiam solucionar seu caso ou obter uma resposta a determinada questão por outras vias. Tal quadro tende a incrementar os gastos públicos com apenas parcela da sociedade e prejudicar a análise ágil de casos graves, urgentes ou dotados de grande relevância que aguardam decisão judicial.

Nesse contexto, surge a necessidade de se pensar soluções e mecanismos de aprimoramento do funcionamento dos Juizados Especiais, visando garantir acesso à Justiça e celeridade processual àqueles que efetivamente necessitam. Aqui se revela apropriada a discussão da adequação ou não do deferimento legal da isenção de custas e honorários de forma irrestrita a todos – pessoas físicas e jurídicas – que demandam nos Juizados.

Desse modo, o presente trabalho destina-se a analisar a isenção de custas e honorários nos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários e seus reflexos no acesso à Justiça e, ainda, verificar se tal isenção pode ser substituída pela concessão do benefício da gratuidade da justiça, previsto no atual Código de Processo Civil, nos casos em que evidenciada a insuficiência de recursos, sem que haja ofensa à finalidade dos Juizados e ao direito fundamental de acesso à Justiça.

Para tanto, serão feitas, inicialmente, considerações acerca do direito de acesso à Justiça e ao amplo acesso à Justiça estabelecido pela Lei n. 9.099/1995. Na sequência, serão apresentados dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do ingresso de novas ações no âmbito da Justiça Estadual e especificamente na seara do microsistema processual dos Juizados, que comprovam, em termos numéricos precisos, quadro já constatado na prática forense: o excesso de demandas nos Juizados e o desvirtuamento de seus critérios, dentre os quais o da celeridade. Adiante, tratar-se-á acerca da contribuição da isenção legal do pagamento de custas e honorários nos Juizados Especiais para tal cenário, apresentando-se, por fim, alternativa prática para melhoria do funcionamento desse sistema processual.

Para o trabalho ora proposto foi utilizado o método de estudo bibliográfico sobre o tema. As técnicas de investigação ocorreram mediante análise quantitativa de dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, bem como por meio de pesquisas em obras disponíveis na rede mundial de computadores e em obras impressas.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

No presente tópico, adianta-se, será abordado, em linhas doutrinária e legislativa, o conceito de acesso à Justiça – explanação de base necessária ao desenvolvimento do trabalho proposto.

O acesso à Justiça, segundo a clássica definição de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 12), constitui “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Ponderam os aludidos estudiosos (1998, p. 8):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Vê-se que, pela concepção de Cappelletti e Garth, o acesso à Justiça não pode ser reduzido a uma concepção meramente formal – de acesso ao sistema jurídico por todos –, mas deve ser compreendido também sob o prisma da efetividade – de produção de resultados individuais e sociais justos.

Tal tema ganha espaço no âmbito do direito processual civil, a partir da visão instrumentalista do processo, segundo a qual o processo não constitui um fim em si mesmo, mas um conjunto de atos e instrumentos destinados à declaração e à efetivação de direitos, bem como à pacificação social.

Nesse rumo, conforme observa Marinoni (1993, p. 22), “o acesso à justiça é o tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social”.

De acordo com Horácio Rodrigues e Eduardo Lamy (2018, p. 103):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como

de importância capital, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. [...]

Assim, adotando-se uma visão instrumentalista do Direito Processual, pode-se afirmar que todas as suas normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas sob o prisma da efetividade e do acesso à Justiça, para que a jurisdição possa atingir seus escopos dentro do Estado Contemporâneo.

Nessa linha, a Constituição da República Federativa de 1988 trata do acesso à Justiça especialmente no art. 5º, XXXV, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Referido dispositivo explicita o monopólio estatal (exercido pelo Poder Judiciário) da jurisdição e, ainda, define que a atuação jurisdicional terá caráter repressivo ou mesmo preventivo, pois se ocupará tanto da lesão quanto da mera ameaça a direito.

Note-se que o aludido preceito não delimita ou especifica qual o direito lesado ou ameaçado a ser apreciado pelo Poder Judiciário, ponto no qual a Constituição, para José Afonso da Silva (2010, p. 431), “[...] andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também”.

Segundo José Afonso da Silva (2010, p. 430):

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo insito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV.

De acordo com Cappelletti e Garth (1998, p. 15-29), o acesso efetivo à Justiça – direito social básico nas modernas sociedades – depende da transposição das seguintes barreiras, identificadas por eles pelos seguintes “obstáculos”: a) as custas judiciais; b) a possibilidade das partes; c) os problemas especiais dos interesses difusos e d) o inter-relacionamento entre as referidas barreiras.

Na mesma linha, Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Avelar Lamy (2018, p. 103-109) denominam diversas situações como entraves ao acesso à Justiça, categorizando-os em “entraves jurídicos” e “entraves não jurídicos”. No primeiro grupo, listam a pobreza de grande parte da população, a ausência de informação dos direitos pelo cidadão e sociedade

em geral e os fatores simbólicos (axiológicos, psicológicos e ideológicos) que afastam da Justiça uma parcela da sociedade.

No segundo grupo, por sua vez, os aludidos estudiosos (2018, p. 110-122) arrolam as custas e despesas processuais, a necessidade de advogado e insuficiência ou inexistência da Defensoria Pública, a ausência de assistência jurídica preventiva e extrajudicial, a estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, as limitações na legitimidade para agir, a inexistência ou ilegitimidade do direito, a duração dos feitos e o próprio formalismo processual.

Especificamente no tocante aos custos do acesso à Justiça, cabe observar que a Constituição de 1988 elencou, dentre o rol de direitos fundamentais, a assistência jurídica integral, consoante art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Registra-se que tal direito ostenta caráter amplo, porque abrange não apenas a assistência jurisdicional aos necessitados, isto é, o auxílio no âmbito de um processo em curso no Poder Judiciário, mas a assistência jurídica de uma forma geral, o que engloba, inclusive, a atuação preventiva de litígios, a promoção de direitos e a orientação jurídica, etc. – mister conferido à Defensoria Pública, nos moldes do art. 134 da Constituição.

No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 1.060/1950, antes mesmo da vigência da Constituição de 1988, previu, em seu art. 1º, que “Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados [...]”.

Aprimorando o referido regramento no que concerne especificamente à concessão da gratuidade da justiça, o Código de Processo Civil, editado em 2015 e vigente desde 18 de março de 2016, dispôs em seu art. 98, de forma ampla, que “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça [...]”.

A justiça gratuita, em suma, garante ao beneficiário, se for vencido no feito, a suspensão da exigibilidade de tais verbas pelo credor, todavia poderão ser exigidas somente “[...] se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”, consoante art. 98, § 3º, do aludido Código.

Referido diploma processual, importante ressaltar, dispõe que o magistrado, em cada caso concreto e vislumbrando a presença de elementos que denotem a falta dos pressupostos legais para sua concessão, deverá possibilitar à parte que comprove o atendimento desses

pressupostos, antes de indeferir a benesse, consoante §2º do seu art. 99.

Nessa toada, fácil constatar que a gratuidade da justiça constitui um dos mecanismos que compõe a assistência jurídica aos necessitados estampada na Constituição de 1988 e que objetiva, no plano concreto, realizar o acesso à Justiça, passando por recentes adaptações a fim de incrementar sua aplicabilidade no bojo dos processos judiciais.

Assim, realizado um panorama global do acesso à Justiça, tratar-se-á, adiante, da sua estreita relação com os Juizados Especiais.

3 OS JUIZADOS ESPECIAIS E O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

A Lei n. 9.099/1995 regulamentou o comando constitucional previsto no art. 98, I, da Constituição, que determinou aos Estados a criação dos Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade. Após, surgiram, ainda, a Lei n. 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais e, mais recentemente, a Lei n. 12.153/2009, que disciplina os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A determinação de criação dos Juizados Especiais objetiva, segundo a doutrina, dar efetividade ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB) e ao acesso à Justiça de uma forma geral.

Conforme Bulos (2018, p. 1.413):

Os juizados, sejam especiais, sejam de pequenas causas, consignam o prenúncio de uma nova mentalidade que se vem implantando aos poucos. Têm como meta a simplificação do processo, a ausência de custos e a distribuição célere da justiça, através da brevidade na conclusão das causas. Daí a Carta de 1988 ter erigido esses mecanismos para ampliar o acesso ao Poder Judiciário, possibilitando ao lesado defender direitos de pequena monta ou de reduzido valor econômico, bem como as infrações de menor potencial ofensivo, quais sejam, na redação primitiva da Lei n. 9.099/95, as contravenções e os crimes apenados no seu grau máximo com pena privativa de liberdade até um ano, não sujeitos a procedimento especial.

Imperioso destacar que o diploma editado em 1995 apresenta caráter geral e tem aplicação subsidiária aos demais, consoante expressamente dispõem o art. 1º da Lei n. 10.259/2001 e o art. 27 da Lei n. 12.153/2009.

Nessa linha, os processos judiciais no âmbito do microsistema dos Juizados seguem os critérios orientadores previstos no art. 2º da Lei n. 9.099/1995, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Consoante leciona Joel Dias Figueira Júnior (2017, p. 90), “em que pese o legislador ter-se utilizado da expressão ‘critérios’ orientadores do processo nos Juizados Especiais, estamos diante de verdadeiros princípios gerais”, constitutivos de “preceitos ideais que representam uma aspiração de melhoria do mecanismo processual”.

Especificamente em relação aos custos do processo em trâmite sob o rito sumaríssimo, a Lei n. 9.099/1995, em seu art. 54, estabeleceu que “O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas” e consignou, em seu parágrafo único, que “O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita”.

No mesmo rumo, previu no art. 55 que, ressalvados os casos de litigância de má-fé, a sentença proferida na primeira instância não condenará o vencido ao pagamento de custas e honorários advocatícios; ao passo que a parte vencida, em segundo grau, pagará custas e honorários de advogado.

Trata-se de normas, evidentemente, que visam retirar eventual entrave econômico-financeiro ao acesso ao Judiciário. São fruto, ressalte-se, de opção do legislador infraconstitucional, o qual simplesmente transportou as normas previstas na antiga Lei n. 7.244/1984 (art. 51 a 53), que tratava do Juizado Especial de Pequenas Causas, para a Lei n. 9.099/1995.

Estabeleceu-se, assim, o acesso aos Juizados Especiais de Causas Cíveis, em primeiro grau, sem ônus às partes, independentemente do resultado do feito, com o desiderato de se alcançar o chamado “amplo e irrestrito acesso à ordem jurídica justa” (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 467).

4 O EXCESSO DE DEMANDAS NOS JUIZADOS E O DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE DESTE MICROSSISTEMA: A CONTRIBUIÇÃO DA ISENÇÃO DE CUSTAS E HONORÁRIOS PARA TAL CENÁRIO

O Relatório Justiça em Números de 2012, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, indicou que, no âmbito da Justiça Estadual, no exercício de 2011, ingressaram 18.688.234 (dezoito milhões seiscentos e oitenta e oito mil e duzentos e trinta e quatro) casos novos (2012, p. 139), dos quais 4.199.870 (quatro milhões cento e noventa e nove mil e oitocentos e setenta) referem-se a processos iniciados nos Juizados Especiais e 447.317 (quatrocentos e quarenta e sete mil trezentos e dezessete) a feitos que alçaram as Turmas Recursais (2012, p. 81).

Já o mesmo relatório em 2019 apontou que, igualmente na esfera da Justiça Estadual, no ano-base de 2018, ingressaram 19.579.314 (dezenove milhões quinhentos e setenta e nove mil e trezentos e quatorze) casos novos. Desse total, 4.834.977 (quatro milhões oitocentos e trinta e quatro mil e novecentos e setenta e sete) referem-se a processos iniciados nos Juizados Especiais e 805.405 (oitocentos e cinco mil quatrocentos e cinco) a feitos que alçaram as Turmas Recursais (colegiados de juízes para os quais são remetidos os recursos das sentenças proferidas no procedimento sumaríssimo dos Juizados) (2019, p. 40).

O volume das novas demandas nos Juizados Especiais no último ano, portanto, corresponde a 28,81%, do total de todas as novas ações instauradas na Justiça Estadual no mesmo período – cifra expressiva, sobretudo se considerada a competência restrita dos Juizados, limitada a causas de menor complexidade e com uma série de contenções determinadas pelas leis de regência (o valor da ação é uma delas).

Tais dados permitem constatar, em termos matemáticos e precisos, o que a prática forense já nota há muito: o Judiciário Estadual e especificamente os Juizados Especiais recebem significativo número de casos a serem processados e julgados, os quais têm aumentado com o passar do tempo.

Nesse cenário, a primeira observação a fazer é a lógica constatação de que o aumento dos feitos, entre os quais aqueles processados sob o rito dos Juizados, gera significativo volume de trabalho aos órgãos do Poder Judiciário, constituindo fator contrário ao critério da celeridade, que, por previsão legal expressa, orienta a tramitação dos processos pelo procedimento sumaríssimo.

Para além da análise quantitativa, no entanto, tem-se que o acréscimo de demandas em termos numéricos é acompanhado do ingresso recorrente de causas com baixa probabilidade de sucesso ou, ainda, desprovidas de base fático-jurídica relevante, muitas vezes, fruto de futilidades dos próprios litigantes, que poderiam solucionar seu caso ou obter uma resposta a determinada questão por outras vias.

Nesse particular, Mancuso (2018, p. 76) adverte para a necessidade de se compreender o direito de acesso à Justiça sem excessos de interpretação, sob pena de transmudá-lo de “direito de ação” para um verdadeiro “dever de ação”, potencializando a cultura demandista já existente no País.

Sem embargo, é preciso compreender nos seus devidos termos a garantia de acesso à Justiça, sem excessos interpretativos ou arroubos conceituais, porque, do contrário, pode-se *tomar a nuvem por Juno*, ao risco de se converter o direito de ação em *dever de ação*, com isso se retrocedendo à concepção monopolística da Justiça estatal, a par de insuflar a contenciosidade social, já de per si fomentada pela *cultura demandista*, que está à base da notória *crise numérica de processos*.

Dessa forma, escrevemos em outra sede: “Urge, pois, *dessacralizar o acesso à Justiça*, despojando-o da aura que o tem erigido numa sorte de cláusula pétrea, contexto ainda agravado pelas limitações da capacidade financeiro-orçamentária do Estado, para prover os investimentos que seriam necessários ao ‘acompanhamento’ do vertiginoso crescimento da demanda. O acesso à Justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso ‘convite à demanda’ para, realisticamente, reduzir-se a uma *cláusula de reserva*, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas:

(i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário;

(ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas *não necessariamente pela via judicial*, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados *equivalentes jurisdicionais*, tais as formas alternativas de solução de conflitos nas várias modalidades auto e heterocompositivas.

Em linha semelhante, observa Marcellino Jr. (2018, p. 187):

Há um gigantesco número de ações judiciais que são propostas, bem sabem os requerentes, com baixíssima ou quase nula chance de obterem êxito. São ações judiciais que tratam de questões já reiteradamente decididas, manejadas

por ações individuais quando deveriam e poderiam ser manejadas em ações coletivas, ações propostas com vícios processuais já conhecidos e rechaçados pelo Judiciário, etc. Existe um nítido abuso do direito de ação nesses casos, mas infelizmente os magistrados não dispõem de mecanismo efetivo de controle de ingresso dessas demandas.

Ao ajuizar uma ação, como regra, o interessado pondera a relação custo-benefício de tal medida, a fim de perquirir se os ganhos a serem obtidos com o acionamento do Poder Judiciário e com a decisão judicial superam os riscos e custos, ainda que, em um primeiro momento, à luz de interesses meramente individuais.

Sobre o tema, dispõe Marcellino Jr. (2018, p. 183-184) que “[...] o indivíduo, em qualquer circunstância, levará sempre em consideração a relação custo *versus* benefício na hora em que for tomar alguma decisão, optando, conseqüentemente, pela hipótese que lhe ofereça maior vantagem”, explicitando que, nas causas judiciais, tal quadro não seria distinto.

Ocorre que, em se tratando dos Juizados Especiais, a realização dessa análise pelo futuro litigante é enfraquecida ou mesmo deixada de lado em razão das próprias regras deste microssistema processual, a iniciar pela gratuidade irrestrita da justiça, que libera integralmente as partes do pagamento das despesas processuais e dos honorários em primeiro grau de jurisdição.

A prática aponta para um quadro ainda mais grave, no sentido de que a isenção total de gastos com despesas processuais nos Juizados gera, em realidade, um estímulo à propositura das demandas e à litigiosidade, porque o risco econômico, sob a óptica individual, de eventual improcedência do pedido é nulo ou muito reduzido (se considerado que houve gasto com a contratação de advogado, patrocínio exigido apenas para causas superiores a vinte salários-mínimos).

Sobre a repercussão prática da isenção de custas e honorários, tanto no acesso ao Juizado quanto no momento da sentença proferida, pertinentes as ponderações feitas por Rocha (2018, p. 157):

O problema é que, se a parte ré tiver que contratar um advogado para se defender, mesmo que saia vencedora, não será ressarcida, tendo que suportar o gasto feito. Mais do que uma “cortesia com o chapéu alheio”, a Lei abriu as portas para uma série de situações que podem macular seu nobre propósito. Basta pensar na pessoa que pede, sem advogado, uma indenização de 300 reais em face de uma empresa, por um aborrecimento banal. Para essa empresa será mais interessante fazer um acordo, mesmo entendendo sê-lo injusto, ou simplesmente não se defender, do que contratar um advogado para atuar na causa. Como assinala

Alexandre Câmara, “a total gratuidade do acesso ao Juizado Especial em primeiro grau de jurisdição é um verdadeiro incentivo à litigiosidade. Muitas pessoas têm se lançado em verdadeiras ‘aventuras processuais’, incentivadas pelo fato de que nada gastarão, ainda que saiam vencidas”. Com efeito, fazendo coro ao mestre carioca, passamos a defender que a Lei deva ser alterada, para prever a imposição de ônus sucumbenciais ao vencido (não apenas nas hipóteses de litigância de má-fé), como forma de responsabilizar a parte pelos processos de que deu causa e saiu derrotada.

Outrossim, além do incremento das demandas dotadas de pouca relevância ou de pouca chance de êxito, verifica-se um acréscimo das ações ajuizadas por pessoas jurídicas, notadamente aquelas que têm por escopo o recebimento de um crédito, que aparentemente fogem do escopo primário dos Juizados – o de garantir o acesso à Justiça às pessoas de baixa renda.

Conforme pesquisa intitulada “Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis”, realizada em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, identificou-se em praticamente todos os Juizados estudados demandas propostas por pessoa jurídica contra pessoas físicas.

Constatou-se em tal estudo (2015, p. 29), por exemplo, que no Juizado de Campo Grande (MS) localizado no bairro Moreninhas, “que atende a bairros de periferia e renda média baixa, 42,22% dos processos analisados fogem ao padrão ‘pessoa física contra pessoa jurídica’ e trazem em seu polo ativo pessoas jurídicas”.

Segundo o aludido estudo (2015, p. 29):

Este dado é notável e pode sugerir presença marcante, por hipótese, de demandas de cobrança formuladas por pessoas jurídicas contra pessoas físicas. Embora o acesso de pessoas jurídicas aos juizados especiais tenha hoje amparo legal – o que, vale dizer, não era possível no texto original da lei – o seu uso como mecanismo de cobrança dirigido por empresas contra os cidadãos parece fugir aos ideais inicialmente traçados para os juizados.

Nessa linha, embora o escopo das regras previstas na Lei dos Juizados Especiais seja garantir o acesso amplo à Justiça, a realidade demonstra que, em diversos casos, a isenção irrestrita de custos ao litigante acaba por conceder a prestação de um serviço a quem poderia desembolsar contraprestação mínima ao seu funcionamento.

Sobre o tema, assevera Figueira Júnior (2017, p. 467-468):

Todavia, se o benefício adequava-se perfeitamente às expectativas da Lei das

Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984, art. 51), o mesmo já não ocorre, na mesma proporção, quando transportado para a Lei n. 9.099/1995.

Justificava-se a isenção geral das despesas no primeiro grau de jurisdição no sistema revogado porque se partia da premissa de que estaríamos diante de uma justiça criada para atender à população mais carente, sobretudo pela limitação do valor da causa em vinte salários mínimos. Dizia-se, inclusive, que nas pequenas causas a gratuidade não dependia de requerimento, porque havia presunção de pobreza, a qual decorria da própria lei.

Diverso é o microssistema atual, com valor de alçada ampliado para quarenta vezes o salário mínimo, que ainda chamou para si, em caráter opcional, a competência para as causas enumeradas no art. 3º, no qual se inclui, entre tantas demandas, a execução de títulos extrajudiciais. Hoje, a justiça especializada atende também à classe menos abastada da população, como aos inúmeros interesses da chamada classe média (baixa, intermediária e alta); para chegarmos a esse resultado, basta considerar que o salário mínimo do povo brasileiro gira em torno de US\$ 260,00 (duzentos e sessenta dólares).

Tal quadro tende a incrementar os gastos públicos com apenas parcela da sociedade e prejudicar a análise ágil de casos que versem sobre direitos sensíveis, urgentes ou dotados de grande relevância que aguardam decisão judicial, a colocar em xeque, em última análise, o critério norteador ou, na linha doutrinária acima citada, o princípio da celeridade.

Acerca da questão, pertinente a lição de Marcellino Jr. (2018, p. 177):

Os recursos públicos investidos no Poder Judiciário são limitados e finitos. O excesso de demandas judiciais impróprias em relação à forma de propositura acarreta um volume que não pode ser assimilado pela estrutura do Judiciário, o que gera lentidão e inefetividade. Toda a coletividade acaba sendo prejudicada pelas ações individuais ou de pequenos grupos que não podem ser filtradas pelo sistema. Por consequência, prejudica-se o acesso à justiça, e inviabiliza-se sua concretização plena.

Do cenário exposto, inegável que o desvirtuamento da finalidade dos Juizados Especiais – compreendida como o atendimento, de forma célere, à população em geral, especialmente a mais carente –, pode ser atribuído, em certa medida, pelo abuso cultural do direito de ação, estimulado pela isenção legal de custas e honorários, conferida como benefício a todo e qualquer litigante desse microssistema processual.

5 ALTERNATIVA À ISENÇÃO LEGAL DE CUSTAS E HONORÁRIOS E SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Como alternativa a essa dualidade gerada pela isenção total das despesas processuais no âmbito dos Juizados Especiais apresentada nos tópicos precedentes, tem-se por viável a utilização do instituto jurídico da gratuidade da justiça (art. 98 do CPC) como substituto da isenção legal, objetivando-se a consequente adequação do funcionamento dos Juizados Especiais com seus princípios já mencionados.

Aliás, é perceptível que a propositura de demandas por pessoas jurídicas contra pessoas físicas, fundadas em cobrança de débitos, consoante apresentado no tópico anterior, constitui exemplo flagrante de que há uma anomalia no sistema ora debatido.

Imperioso observar que o texto constitucional aponta justamente no sentido do que é exposto. Não há, ressalte-se, um mandamento da Constituição que determine a isenção legal de custas e honorários no âmbito dos Juizados Especiais.

A Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição e determina a criação dos Juizados Especiais e, em relação ao acesso à Justiça, contempla a análise casuística de assistência àqueles que demonstrarem a carência financeira, conforme art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Nessa linha, a adoção do sistema da gratuidade da justiça, mediante análise do caso concreto e da situação de hipossuficiência financeira de cada litigante, permite conceder o benefício àqueles que realmente necessitam, impondo, de outro lado, o custeamento das despesas processuais, como custas e honorários, por parte dos indivíduos que detêm condições econômico-financeiras para tanto.

Sobre o tema, destaca-se a lição de Humberto Teodoro Júnior (2018, p. 326):

Como regra geral, a parte tem o ônus de custear as despesas das atividades processuais, antecipando-lhe o respectivo pagamento, à medida que o processo realiza sua marcha. Exigir, porém, esse ônus como pressuposto indeclinável de acesso ao processo seria privar os economicamente fracos da tutela jurisdicional do Estado.

Daí garantir a Constituição a assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei, assistência essa que também é conhecida como Justiça gratuita (Constituição Federal, art. 5º, LXXIV). Acha-se a assistência judiciária regulada, ordinariamente,

pela Lei 1.060, de 05.02.1950, parcialmente revogada pelo novo Código (art. 1.072, III), que passou a tratar, expressamente, da gratuidade da justiça, nos arts. 98 a 102. [...]

Trata-se de direito personalíssimo, que não se transfere aos herdeiros, sucessores ou litisconsorte do beneficiário e é concedido em caráter particular para cada causa (Lei 1.060/1950, art. 10; NCPC, art. 99, § 6º) [...].

Quanto à pessoa física, sua afirmação de pobreza goza de presunção de veracidade, mas trata-se de presunção relativa. Por isso, existindo indícios de haver suficiência de recursos para fazer frente às despesas processuais, o magistrado deverá “determinar seja demonstrada a hipossuficiência”. O indeferimento da assistência judiciária pode ser pronunciado, inclusive, de ofício pelo juiz, se houver fundada razão para tanto, desde que “propicie previamente à parte demonstrar sua incapacidade econômico-financeira”.

Nesse rumo, a adoção dessa nova sistemática nos Juizados Especiais, além de permitir a entrada de recursos aos cofres públicos, a título de contraprestação pecuniária pelo serviço judiciário prestado, desestimularia a litigiosidade e o abuso do direito de demandar, conforme explicitados no tópico anterior, mormente porque estaria presente, com maior significância, o elemento “custo” na análise da relação custo *versus* benefício a ser feita por cada parte quando da decisão pela judicialização ou não de determinado caso.

Desse modo, a modificação do atual sistema, com a revogação da isenção legal irrestrita das custas e honorários nos Juizados Especiais, não ofende os preceitos constitucionais; mas, ao revés, parece alinhar-se melhor às suas disposições, já que o próprio texto da Constituição de 1988 dispõe que a concessão da assistência gratuita é devida àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos e, certamente, ao prever a regra da inafastabilidade da jurisdição e do direito de ação, não pretendeu um acesso meramente parcial e inefetivo à Justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, verifica-se um cenário atual dos Juizados Especiais que, marcado por um número excessivo de demandas, exige a adoção de medidas destinadas a resguardar e enaltecere a finalidade desse microsistema processual: a resolução, sem barreiras de acesso e com celeridade, de casos de menor complexidade.

Desse modo, revela-se pertinente a revisão do sistema posto, notadamente

no que pertine à isenção irrestrita das despesas processuais. Embora este tenha sido um benefício previsto na legislação infraconstitucional com o objetivo de retirar eventual entrave econômico ao acesso à Justiça, tem funcionado, na prática, como um incentivo à litigiosidade e ao chamado demandismo, sobretudo porque enfraquecida ou ignorada, pelo interessado, a essencial análise entre custo e benefício quando da tomada de decisão acerca da propositura da ação.

A aferição, em cada caso concreto, acerca da insuficiência ou não de recursos para o custeamento das atividades judiciárias pelo interessado, tal qual prevista no novo diploma processual civil, afigura-se prática mais consentânea aos preceitos da Constituição Federal, porque permite, a um só tempo, melhor aproveitamento dos recursos públicos e um acesso mais efetivo à Justiça por parte de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10259.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 1.060/1950 de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060.htm. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12153.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.105/2015 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 7.244/1984 de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.099/1995 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2012**. Brasília: 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 3 set. 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais da Fazenda Pública – Comentários à Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Teoria Geral do Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais – Teoria e Prática**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES, Horário Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DO
CONSEQUENCIALISMO ÉTICO: FILTROS JUDICIAIS
DESTINADOS À SALVAGUARDA DO SERVIÇO
PÚBLICO DE SAÚDE

Rafaela Volpato Viaro



JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DO CONSEQUENCIALISMO ÉTICO: FILTROS JUDICIAIS DESTINADOS À SALVAGUARDA DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

HEALTH JUDICIALIZATION IN THE LIGHT OF ETHICAL CONSEQUENTIALISM: JUDICIAL FILTERS FOR THE SAFETY OF THE PUBLIC HEALTH SERVICE

Rafaela Volpato Viaro¹

RESUMO

O presente artigo procura demonstrar a importância de se examinar o fenômeno da judicialização da saúde à luz da concepção filosófica denominada de consequencialismo. A utilização desenfreada do Poder Judiciário como porta de entrada para canalizar a salvaguarda de um suposto direito absoluto merece exame acuidado. A aplicação irrestrita da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico para lastrear decisões judiciais que acabam compelindo o Poder Público a fornecer medicamentos fora da lista do SUS tem o potencial de causar problemas ao sistema de saúde, visto sob uma perspectiva macro. Por isso, afigura-se imprescindível a criação de filtros por parte dos Tribunais Superiores cujo objetivo reside na própria tutela do sistema de saúde como o todo. Decisões judiciais concessivas de fármacos, não raro, violam o princípio da isonomia, já que pequena parte da população tem a possibilidade de acionar o Poder Judiciário. Além disso, a operacionalização de decisões judiciais sem antever as consequências que podem gerar no seio social, especialmente no orçamento público, acaba provocando dificuldades para o gestor público, o qual foi eleito pelo povo e, portanto, a quem compete a realização das chamadas escolhas trágicas.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à saúde. Consequencialismo. Filtros judiciais.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the importance of examining the phenomenon of judicialization of health in light of the philosophical conception called consequentialism. The unbridled use of

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Anhanguera; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; E-mail: rafaelaviaro@tjsc.jus.br.

the judiciary as a gateway to channel safeguarding an alleged absolute right deserves careful consideration. The unrestricted application of human dignity as a legal basis to back judicial decisions that eventually compel the government to provide medicines off the SUS list has caused serious problems for the health system from a macro perspective. For this reason, the creation of filters by the Superior Courts, whose objective lies in the proper protection of the health system as a whole, is indispensable. Drug-granting judgments often violate the principle of isonomy, as a small part of the population has the possibility of bringing the judiciary to power. Moreover, the operationalization of judicial decisions without anticipating the consequences that can generate in the social environment, especially in the public budget, end up causing difficulties for the public manager, who was elected by the people and, therefore, who is responsible for making the so-called choices tragic.

Keywords: Judicialization. Right to health. Consequentialism. Judicial filters.

1 INTRODUÇÃO

O direito subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas públicas que visem a garantir o acesso universal e gratuito à assistência médico-hospitalar e demais insumos.

É o que prevê o art. 196 da Constituição da República de 1988, que estabelece que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ocorre que a interpretação literal e apressada do dispositivo constitucional aloca a saúde como um direito absoluto. E, como é ressabido, direitos fundamentais são direitos submetidos a limites e suscetíveis de restrições. Concepções abstratas sobre direitos fundamentais baseadas no denominado *mínimo existencial* acabam entorpecendo o intérprete e, em especial, o juiz, de modo a levá-los ao entendimento de que a tutela do direito à saúde é ilimitada.

Não raro, o Estado-Juiz, em demandas envolvendo a judicialização da saúde, deixa de enfrentar a questão do impacto das decisões judiciais no seio social. Com base na carta branca da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário tem compelido o Estado a fornecer

a indivíduos um número ilimitado de medicamentos, tratamentos, órteses, próteses, etc.

Ocorre que a chamada judicialização da saúde tem experimentado números alarmantes, que exigem reflexão sobre as consequências que as decisões judiciais podem provocar no seio social.

A partir de uma perspectiva consequencialista, o presente artigo procurará realçar a necessidade de o Estado-Juiz avaliar a tutela do direito fundamental à saúde a partir de uma dimensão macro. Ou seja, sem olvidar a importância de tutelar direitos fundamentais individuais, é preciso pensar o sistema de forma coletiva, já que poucas pessoas têm a capacidade de acessar ao Poder Judiciário. E o uso por poucos, gerando custos excessivos para o Estado, acaba por retirar da população verba destinada à realização de escolhas sociais.

Partir-se-á de uma análise sobre a interpretação constitucionalmente adequada a ser dada ao direito fundamental à saúde, de modo a garantir o princípio da isonomia.

Na sequência, o presente ensaio abordará o atual quadro de judicialização da saúde para, então, tecer considerações sobre a proposta hermenêutica do consequencialismo ético e possíveis filtros judiciais destinados à proteção do sistema de saúde público.

Para tanto, se valerá do método dedutivo com aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos científicos e jurisprudência.

Tudo de modo a evitar que casuísmos impeçam que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, não sejam devidamente implementadas, o que, ao final, esbarra na realização da Constituição da República.

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO DIREITO À SAÚDE

A Organização Mundial de Saúde trabalha o conceito de saúde como o *estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças*².

Tal concepção, embora arraigada na comunidade científica, sob a perspectiva do consequencialismo, é passível de críticas.

Isso porque afirmar que a saúde é um estado de *completo* bem-estar torna-a idealizada, inatingível e, por isso, a definição não pode ser usada como meta pelos serviços de saúde. Há, ainda, quem entenda que a definição teria possibilitado uma medicalização da

² <https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>

existência humana e abusos por parte do Estado a título de promoção de saúde.

Independentemente das críticas, insuscetíveis de serem examinadas neste pequeno ensaio, fato é que essa é a definição mais difundida do termo, que também aqui será adotada.

Durante décadas, a jurisprudência dos Tribunais filiou-se ao entendimento paternalista de que o direito à saúde se trata de um direito absoluto.

As decisões judiciais, em geral, se embasavam no supraprincípio e fundamento da República da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88). Sobressaíam fundamentações genéricas de que o direito à saúde está previsto na Constituição e que, por isso, caberia ao Estado prestar toda e qualquer política a fim de concretizá-lo, condenando o ente público a prestar tratamentos e fornecer produtos, medicamentos e novas tecnologias. Deixavam, entretanto, de enfrentar a questão do impacto orçamentário e a cientificidade inerente à incorporação de um dado fármaco na lista do SUS.

Não obstante, a premissa argumentativa que sustenta ser o direito à saúde absoluto está equivocada. “Há relativo consenso no sentido de que os direitos, ou ao menos boa parte deles, não são absolutos, não se admitindo o exercício ilimitado das prerrogativas que cada direito pode facultar, principalmente quando se cuide de direitos veiculados sob a forma de normas-princípios”. (BARCELLOS, 2018, p. 189).

A conclusão se dá pelo próprio texto da Constituição da República, que restringe até mesmo o direito à vida em situações específicas (art. 5º, XLVII, *a*³). Se a vida pode ser limitada, a saúde também. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

De igual forma, não existe um direito subjetivo de acesso universal, irrestrito, gratuito, incondicional e a qualquer custo a todo instrumento de proteção à saúde.

E não só.

É usual e pertinente, quando do estudo de direitos inerentes ao homem, rememorar a concepção de Immanuel Kant idealizadora de que as coisas têm preço e as pessoas dignidade (KANT, 2007, p. 77).

Dignidade é uma daquelas expressões cuja abertura conceitual permite a construção e o preenchimento do respectivo conteúdo pelo intérprete de acordo com as suas próprias

³ 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:

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

paixões, pré-compreensões, visões de mundo e propósitos (elogiáveis ou não). Reveste-se de acerto a metáfora de Luís Roberto Barroso (2014, p. 10), ao alinhar que a dignidade, como conceito jurídico, estaria a funcionar habitualmente como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores.

Na acepção de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 62):

A dignidade humana constitui-se em “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Como valor e princípio, a dignidade da pessoa humana se traduz tanto em justificação moral quanto fundamento normativo para os direitos fundamentais. É, na verdade, *parte do conteúdo* dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais consubstanciam-se em posições jurídicas que visam a assegurar o exercício pleno de uma vida digna.

Ocorre que a utilização indevida e ilimitada do princípio da dignidade, além de gerar seu desgaste, produziu os mais variados problemas hermenêuticos. Toda pretensão em face do Estado, em matéria de saúde, passou a ser acolhida sob o argumento de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, não havendo possibilidade de negar, por exemplo, determinado medicamento.

Reside aí um equívoco de supor que a ponderação que se faz nessa matéria envolve o direito à saúde e à vida, de um lado, e a separação de Poderes e regras orçamentárias, de outro lado.

Como bem averba o Min. Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019), se fosse assim, as soluções seriam mais fáceis. Como os recursos são limitados e precisam ser distribuídos entre fins alternativos, a ponderação terminaria sendo entre vida e saúde de uns *versus* vida e saúde de outros. A vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não têm valor maior do que a dos muitos que são invisíveis para o sistema de justiça.

Não se devem ter ilusões nesta matéria: há limites. Há escolhas trágicas a serem feitas, trágicas, mas inexoráveis. Nessa matéria, como em tudo o mais, o populismo não é solução, mas parte do problema.

É inegável que a concretização dos direitos – de todas as dimensões – exige uma

atuação positiva do Estado, na elaboração, na proteção, na implementação e na efetivação. Significa que a proteção dos direitos sociais tem um custo (custo dos direitos). Se as necessidades humanas são ilimitadas, o mesmo não acontece [...] com os recursos disponíveis. (SCHULZE, 2018, p. 71)

É evidente a escassez de recursos. Não se pode olvidar que o Brasil é um Estado periférico, isto é, não atingiu o eficientismo em matéria de serviço público. Estados Centrais, por outro lado, a exemplo de países europeus, são dotados de serviço público de qualidade. A nossa realidade, todavia, é de recursos escassos e necessidades variadas. Essa realidade deve ser observada pelo intérprete.

Disso se deduz que o direito à saúde deve ser visto com base na lupa da isonomia. A decisão judicial na demanda individual se baseia na justiça comutativa, de modo que se visualiza apenas uma microjustiça do caso concreto. Políticas públicas, por sua vez, destinam-se a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da população, de modo a atender a justiça distributiva.

De todo oportuno rememorar as lições do Min. Gilmar Mendes, em voto proferido na suspensão de tutela antecipada n. 198-MG, no AI n. 2007.01.00.043356-3:

Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc. (BRASIL, 2008)

No momento em que o magistrado determina a desalocação de recursos públicos para garantir o fornecimento de determinado medicamento de alto custo em benefício de uma única pessoa, por exemplo, invariavelmente outros tantos na mesma situação fática não poderão gozar do mesmo benefício, seja porque não tiveram acesso à Justiça, seja porque não lhes restou disponibilidade orçamentária diante da desacomodação promovida pelo Judiciário. O resultado é a violação ao princípio da isonomia.

Ainda assim, outra questão que não pode ser ignorada são os elevados custos de medicamentos no País. Estudo liderado pelo professor da Universidade de Princeton, João Biehl, indica que alguns remédios no Brasil custam, v. g., duas vezes mais do que na Suécia e chegam a ser treze vezes mais elevados que o índice mundial de preços. Tal fato está a indicar que a realização do direito à saúde – no caso, acesso a medicamento – pode realizar-se de diversas formas, associadas a políticas públicas de variada índole (MENDES, 2017, p. 704).

A interpretação constitucionalmente adequada do art. 196 da Constituição da República, portanto, impõe a racionalização do sistema de saúde e exige a compreensão de que:

a) o direito à saúde não traduz direito absoluto; b) a dignidade da pessoa humana não pode servir de salvaguarda para a judicialização desenfreada da saúde; c) a judicialização da saúde está intimamente ligada à isonomia; d) a implementação de direitos possui um custo.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No texto constitucional, a saúde passou a integrar o Sistema de Seguridade Social. Instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS). Um sistema de atenção e cuidados que não consegue ser suficiente para a efetivação do direito à saúde a toda a população. Vai daí que milhões de brasileiros buscam os serviços de planos e seguros de saúde para poder obter o verdadeiro acesso a essa garantia constitucional a um custo compatível com o nível de renda de cada um.

A judicialização, em sentido amplo, representa um fenômeno mundial por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário em vez de serem solucionadas pelo Poder adequado, seja este o Executivo, seja o Legislativo. Há, pois, uma realocação de posições dos Poderes competentes.

O fenômeno da judicialização, por corolário, significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida, como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

Os fatores que deram origem à judicialização são variados. Diz-se, em geral, que, após a 2ª Guerra Mundial, algumas nações notaram que um Judiciário forte e independente traz, naturalmente, um favorecimento à democracia. Paralelamente, vê-se um desencanto generalizado do cidadão com a política e com seus atores.

Especificamente no caso brasileiro, o modelo constitucional aqui adotado é caracterizado pela constitucionalização de diversos temas. Separação dos Poderes, organização do Estado, direitos fundamentais, ordem econômica e tributária, sistema previdenciário, proteção ao meio ambiente, da criança, do adolescente, do idoso, cartórios e serventias judiciais e extrajudiciais, colégio Pedro II etc. Tudo foi levado ao texto constitucional.

É nesse contexto de constitucionalização que emerge a judicialização da vida, pois,

na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. (BARROSO, 2012, p. 24)

Isso foi, em certa medida, resultado da participação da sociedade na formulação da Carta Magna, o que reflete forte processo democrático, mas, de outro lado, resultou na possibilidade de que quase toda questão relevante seja levada ao Poder Judiciário.

A judicialização é, pois, um fato.

Diversa é a compreensão do chamado ativismo judicial.

Conforme ensina o Min. Luís Roberto Barroso (2012, p. 17), o ativismo é uma postura. Uma atitude. Um modo proativo de interpretar a Constituição e as leis, expandindo seu sentido e alcance. Está fortemente ligado a uma maior participação do Judiciário na concretização de valores constitucionais.

Diz-se que o ativismo é um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito* (STRECK, 2015 p. 56)), pelo qual as decisões judiciais se submetem a um critério de desejo, de vontade daquele que julga:

[...] o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar. [...] revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência (GARAPON, 1998, p. 54).

Seja como fato (judicialização) ou como postura (ativismo), o protagonismo judicial tem aptidão para sufocar as típicas funções dos demais poderes – Legislativo e Executivo. É dizer, juízes e tribunais, porque instados a tanto, acabam por formular e implementar políticas que, a princípio, deveriam ser realizadas pelo Executivo. Há uma verdadeira substituição do gestor público nas escolhas trágicas.

A reflexão acima permite concluir que a judicialização da saúde nada mais representa do que a alocação da decisão sobre a necessidade, ou não, do fornecimento de fármacos, próteses, órteses, dentre outros, ao Poder Judiciário, retirando da instância adequada, que seria a do Executivo, tal tarefa de realização de política pública.

4 CONSEQUENCIALISMO COMO DIRETRIZ HERMENÊUTICA DO MAGISTRADO À LUZ DO CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA. FILTROS JUDICIAIS DESTINADOS À SALVAGUARDA DO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICO

Consequencialismo é uma concepção filosófica e sustenta que, ao decidir, devem ser sopesadas as consequências. É termo filosófico criado por Elizabeth Anscombe em “*Modern Moral Philosophy*”, 1958, para defender a tese de que um agente é responsável tanto pelas consequências intencionais de um ato como pelas não intencionais quando previstas e não evitadas. Portanto, as consequências deveriam ser levadas em consideração quando se faz juízos sobre o correto e incorreto.

Segundo esta concepção filosófica, efeitos econômicos, sociais e culturais, sejam prejudiciais, sejam favoráveis à sociedade, devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma em dadas circunstâncias. Depende, portanto, da permanente tensão entre valores e princípios de um lado e facticidade do outro.

Sustenta-se que a argumentação consequencialista deve estar justificada não apenas nos efeitos diretos com o caso individual, mas, antes, deve observar proposições capazes de se tornarem universais (MACCORMICK, 2005 *apud* MORAIS, 2018, p. 497-523). É dizer, o consequencialismo procura se afastar do casuísmo e arbitrariedade, trazendo elementos sociológicos para o debate jurídico, de modo a permitir que a decisão tenha aptidão – em tese – para se tornar universal.

O consequencialismo [...] é aquele estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença. (PIROZI, 2008, p. 2)

O Código de Ética da Magistratura⁴ estabelece que ao magistrado incumbe, especialmente ao proferir decisões, atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar (art. 25).

A diretriz ética imposta aos magistrados brasileiros, sem dúvida, tem de ser contextualizada com o fenômeno da judicialização da saúde. A princípio, poder-se-ia sustentar que é muito improvável que os magistrados, diante do alto volume da carga de trabalho que recebem, possam ter capacidade de antever, por exemplo, sob o ponto de vista orçamentário, as consequências que suas decisões podem gerar.

Ainda que não se possa exigir do magistrado conhecimentos aprofundados sobre orçamento, é intuitivo que tenha a compreensão de que suas decisões não são isoladas no sistema de justiça. Milhares de outras impactam o Poder Público diariamente para compeli-lo a fornecer órteses, prótese, fármaco ou a realizar determinado procedimento cirúrgico. Em seus respectivos juízos decisórios, devem os magistrados ponderar sobre as consequências de suas decisões.

É interessante notar que a concepção filosófica do consequencialismo foi recentemente incorporada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A Lei n. 13.655/2019 encampou, na LINDB, o consequencialismo ao fixar que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (art. 20).

Analisando a nova redação do diploma legal, percebe-se que as novas disposições procuraram apresentar regras para o aprimoramento da gestão pública. Propõe-se um modelo de interpretação realista como um método de compreender as normas e suas variáveis.

A redação do mencionado art. 20 deixa evidente que o objetivo da lei foi evitar decisões baseadas em conceitos com alto grau de indeterminação, em que o “voluntarismo” do aplicador substitui a segurança jurídica.

Não se veda, é preciso dizer, decisões baseadas em princípios jurídicos. Em absoluto que não. Mas, para tanto, é preciso que se compreenda o Direito como sistema coerente e íntegro, isto é: firmando-o na reconstrução histórica; no reconhecimento das pré-compreensões próprias como prejuízos aos envolvidos; na reconstrução do Direito tendo em vista as decisões anteriores aos casos similares; na confrontação da jurisprudência com as práticas sociais (STRECK, 2012).

O que se denota é que houve uma evidente preocupação legislativa com o

⁴ Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337 (BRASIL, 2008).

funcionamento concreto da Administração Pública em face da atuação do Poder Judiciário. E não sem razão, diante do fenômeno já tratado da judicialização da saúde e, não raro, casuísmos e subjetivismos decisórios.

A explicitação dessa compreensão filosófica é importante para o objetivo deste trabalho, na medida em que apenas a diretriz ética consequencialista é capaz de deflagrar no sistema de justiça discussões multidisciplinares envolvendo direito, medicina, orçamento e saúde pública. Discussões que, inclusive, levaram o Superior Tribunal de Justiça a estabelecer certos parâmetros para o fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS.

Imaginemos a situação de determinado indivíduo diagnosticado com glaucoma em que o oftalmologista prescreve determinado colírio indicado para essa enfermidade. Imaginemos que esse remédio não está especificado na lista de medicamentos que o SUS é obrigado a fornecer gratuitamente para a população (Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde).

Indaga-se: o juiz pode obrigar que o Estado forneça esse medicamento? O Poder Judiciário pode determinar que o Poder Público forneça remédios que não estão previstos na lista do SUS?

Sempre se entendeu, com base na abstração da dignidade e no uso ilimitado de sua carga conceitual, que o Estado-Juiz poderia compelir o ente público, em linha de solidariedade (Estado, Município ou União), a fornecer medicamentos fora da lista do SUS. Sustentava-se, de forma abstrata e genérica, que, no papel constitucional de garantidor de direitos fundamentais, não deveria o juiz ficar inerte diante de violações ou ameaças a direitos fundamentais.

A questão, no entanto, mereceu amadurecimento no âmbito dos Tribunais, que se viram compelidos a criar mecanismos para uniformização das decisões, de modo a traçar e estabelecer limites à atuação judicial. E não sem razão.

A chamada judicialização da saúde tem experimentado números alarmantes. Segundo o estudo “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de soluções”, publicação da série “Justiça Pesquisa” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre 2009 e 2017, o número de processos judiciais no 1º grau relacionados à saúde praticamente triplicou. Em 2009 foram distribuídos mais de 32 mil processos e, em 2017, o número passou a cerca de 95 mil demandas de saúde ajuizadas na primeira instância⁵.

Nesse cenário, ganha peso a prolação de recentes precedentes com força vinculante (art. 927 do Código de Processo Civil) que fixam requisitos para análise de demandas que veiculam pretensão de fornecimento de medicamentos ou realização de procedimentos voltados à saúde.

⁵ BRASIL, 2019.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, 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 (BRASIL, 2018).

Especificamente em relação ao Estado de Santa Catarina, é importante citarmos o precedente retratado no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, que assentou:

1. Teses Jurídicas firmadas: 1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis:

(1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

Os parâmetros acima, dentro do contexto do consequencialismo ético, servem de filtros judiciais destinados a evitar um agravamento orçamentário dos entes da federação. Tudo de modo a garantir, em última análise e de forma indistinta, os princípios da isonomia e da eficiência do serviço público.

Mas não é só.

No escopo de uniformização as decisões judiciais e dar maior estabilidade às relações sociais, o Supremo Tribunal Federal analisou um aspecto específico sobre o tema: a possibilidade ou não de fornecimento de medicamentos que ainda não estão registrados na ANVISA.

Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA por decisão judicial. Tal restrição dá-se por conta do registro na ANVISA ser uma proteção à saúde pública. É por meio dele que se atesta a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos comercializados no país. Outrossim, o registro serve também para garantir o devido controle dos preços. O registro sanitário não é, assim, um procedimento meramente burocrático e dispensável, mas processo essencial para a tutela do direito à saúde de toda a coletividade.

Concluir de forma contrária é cancelar experimentos laboratoriais, terapêuticos, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontroláveis pelas autoridades públicas. Em última análise, é autorizar o experimentalismo farmacêutico às expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições. Não podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico, revelado mediante o registro do produto – exigido em preceito legal – no órgão público competente, no caso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (BRASIL, 2019).

Tendo em vista essa preocupação, a Lei n. 6.360/1976 proibiu a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (art. 12 c/c art. 1º), bem como previu requisitos específicos para a obtenção do registro, tais como o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de que o produto seja seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (art. 16, II).

Considerando a importância do bem jurídico tutelado pela atuação da ANVISA (direito à saúde) e tendo em vista o grau de complexidade e de preparação técnica exigido para a tomada de decisão sobre o registro de um medicamento, não é demais sustentar que deve haver uma especial deferência (respeito) em relação às decisões da ANVISA e uma menor intensidade da revisão jurisdicional, a fim de que o Poder Judiciário não se sobreponha à atuação da entidade competente, com evidente violação ao direito à saúde e ao princípio da separação de Poderes.

A regra, entretanto, não é absoluta.

O Supremo Tribunal Federal⁶ entendeu que é possível, excepcionalmente, a

⁶ “A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 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 13.411/2016), quando

concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido e, desde que preenchidos três requisitos cumulativos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

O que extrai, pois, é que a judicialização é um fato. Ao decidir por conceder tutela que garanta o direito à saúde, o magistrado, inexoravelmente, garantirá a concretização da norma constitucional, protegerá o mínimo existencial decorrente da dignidade da pessoa humana e atuará como verdadeiro cumpridor da promessa constitucional de assegurar, a todos, uma existência digna. Mas, de outro lado, provocará impacto no orçamento público e na própria atividade do Poder Judiciário com o aumento vertiginoso do número de processos, em verdadeira afronta ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB/88), e incorrerá em risco de ofensa ao princípio da isonomia.

Daí a importância de serem observados filtros nas decisões judiciais. Filtros que possam evitar subjetivismos e antever as consequências da decisão na realidade social. Filtros que permitam considerar a limitação orçamentária estatal. Filtros que garantam a segurança jurídica e o princípio da igualdade. E, por fim, que permitam pensar no todo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se desconhece a importância da saúde como pressuposto de fruição de todos os direitos fundamentais do homem. Dentro de uma visão interdependente de direitos fundamentais, a propósito, se conclui, por exemplo, que o direito de locomoção é locus vazio se o cidadão que dele pretende fazer uso, não estiver em plenas condições de saúde física, psíquica e emocional.

A Constituição da República de 1988 reformulou o sistema público de saúde e alçou a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Dever este que deve ser garantido em todas as esferas de Poder, mas, como todo direito fundamental, encontra limites. Limites esses que esbarram no princípio da isonomia e na limitação orçamentária estatal.

preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.” (BRASIL, 2019)

Durante este artigo, procurou-se defender que o consequencialismo pode servir de diretriz para o Estado-Juiz. Dizendo de outro modo, quando se está diante da judicialização da saúde, juízes e juízas não podem deixar de antever as consequências que suas decisões podem gerar direta ou indiretamente no meio social.

A priori, pode parecer que a tutela de direitos fundamentais de um cidadão não comporta limitação ou ponderações. Fato é que milhares de decisões judiciais, para além daquela proferida por um determinado julgador, são prolatadas contra o mesmo ente público. A consequência é uma só: redução de disponibilidade orçamentária e do espaço de discricionariedade e de escolha do gestor, que foi, aliás, eleito pelo povo para justamente, em seu nome, proceder às escolhas.

O quadro acima acabou deflagrando, após a aproximação do direito com a economia, dentro de uma visão econômica do direito, filtros destinados a salvaguardar o sistema de saúde como um todo. Precisa-se pensar no todo, e não apenas nas partes.

Em vista disso, abriu-se a possibilidade de redução do impacto das decisões judiciais nos orçamentos públicos por meio de posicionamentos utilitaristas.

A esperança é que essas decisões proferidas no âmbito dos Tribunais passem a influir os julgadores de primeiro grau na busca por um sistema de saúde sustentável ciente de que os recursos são escassos e, portanto, escolhas trágicas devem ser sistematicamente realizadas, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 189.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Rio de Janeiro: Editora Fórum. 2014, p. 10.

_____. **Judicialização da vida, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Thesis, Rio de Janeiro, vol 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html. Acesso em: 19 nov. 2019.

_____. STF. **RE 566.471**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/10/2019.

_____. STF. **RE 657718/MG**, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019.

_____. STF. **STA n. 198-MG** - Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.043356-3. Rel. Min. Pres. Gilmar Mendes, julgado em 22/12/2008.

_____. STJ. **EDcl no REsp 1.657.156-RJ**. Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018.

CNJ. **Código de Ética da Magistratura**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em 19 nov. 2019.

_____. **Relatório analítico: Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%830-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa – Portugal: Edições 70 LDA, 2007, p. 77

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, Fausto Santos de. A consequencialista. **Revista Jurídica**. nova LINDB e os problemas da argumentação Vol. 04, nº 53, Curitiba, 2018, pp. 497-523.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. Belo Horizonte, a. 59, nº 187, p. 19-33, out./dez. 2008. Disponível em <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>. Acesso em 19 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na**

Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHULZE, Clenio. **A judicialização da Saúde no Século XXI.** Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica diante da relação 'regra-princípio' e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma. In: **Revista brasileira de ciências criminais.** v. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 241-266.

_____. Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

PANORAMA ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA
APLICABILIDADE DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Raul Bertani de Campos



PANORAMA ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

ACTUAL PANORAMA OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT JURISPRUDENCE ON THE APLICABILITY OF HUMAN RIGHTS TREATIES

Raul Bertani de Campos¹

RESUMO

Este trabalho possui como objetivo a análise de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente aqueles realizados após 2008, ano em que foi fixada a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro sem o quórum especial e a dupla votação prevista no art. 5º, §3º, da Constituição da República. Busca-se saber se a tese da supralegalidade foi objeto de revisão ou, ao menos, nova discussão entre os magistrados integrantes da Suprema Corte. O artigo está estruturado em duas partes: a primeira destina-se à análise da evolução da jurisprudência do STF sobre a matéria, que abrange diversos entendimentos, desde a equiparação à legislação ordinária, à prevalência dos tratados e à supralegalidade; ao passo que a segunda parte foi reservada para a exposição de trechos relevantes oriundos dos acórdãos publicados na íntegra no sítio eletrônico do Tribunal. Foram analisados oito julgamentos realizados pela Suprema Corte, destacados pela sua relevância atual e pelo resultado da pesquisa de jurisprudência, na ferramenta disponível no site do STF. Esta análise demonstrou, por fim, que o tema ganhou pouca relevância nos julgamentos da Corte, já que não foi objeto de novas discussões pelos Ministros, mas apenas foi mencionado de forma lateral em alguns votos.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Direitos humanos. Internalização. Supralegalidade. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

¹ Graduado em direito pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo Centro Sulamericano de Ensino Superior (CESUL). Magistrado do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze trials by the Brazilian Supreme Court, especially after 2008, year in which the legal status of the human rights treaties internalized without the procedure of the article 5º, §3º, of the Brazilian Constitution, was determined. The aim is to know if the understanding that they are below the Constitution, but above ordinary law, was reviewed or, at least, re-discussed by the Justices. The article is divided in two parts: the first one is dedicated to analyze the evolution of the Brazilian Supreme Court understanding on the matter, which varies from equalizing the treaties to Constitutional rules, to ordinary laws, and in between; and the second part was reserved to the exposition of relevant sections selected from the opinions of the Justices, published in the Court's website. Eight judgments were studied, based on their relevance and the returns on the search realized in the website. The analysis showed that the matter got little relevance in the trials, since it was not discussed again by the Justices, but used only as collateral argument in some opinions.

Keywords: International treaties. Human rights. Internalization. Supralegality. Jurisprudence. Brazilian Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, realizado em 2008, fixou a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro sem a observância do rito previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República, possuem status supralegal.

Antes do julgamento mencionado, a Suprema Corte equiparava os tratados internacionais, sem distinção em relação ao conteúdo, às demais leis ordinárias. A mudança jurisprudencial ocorreu em razão de a Corte ter conferido um regime especial e diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados em geral.

Inicialmente houve divergência quanto à hierarquia a ser atribuída aos tratados que versam sobre direitos humanos, remanescendo a Corte dividida entre as teses da supralegalidade (status supralegal) e da constitucionalidade (status constitucional) dos

tratados internacionais de direitos humanos.

Não obstante vencida a tese da supralegalidade, que autorizaria o descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos que eventualmente estivessem em discordância com a Constituição da República, em julgamentos posteriores alguns ministros defenderam, em votos vencidos, a necessidade de revisitação do tema para conferir-lhe ainda mais relevância e equiparar os tratados internacionais às normas constitucionais, independentemente da observância do rito especial previsto no art. 5º, §3º, da Constituição.

Considerando estes aspectos, em especial as manifestações de alguns integrantes da Corte acerca da necessidade de mudança de entendimento jurisprudencial, este trabalho pretende analisar se houve, efetivamente, esta alteração.

Esta definição envolverá uma breve exposição da evolução do entendimento acerca da aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, avaliar-se-á, especialmente pela análise de julgamentos realizados após 2009 envolvendo o tema, qual o entendimento dominante da Corte e se ainda há tendência de alteração.

A pesquisa realizada é relevante, não apenas porque busca aprofundar estudo realizado na graduação, mas porque o entendimento da Suprema Corte acerca do nível normativo – após a internalização – dos tratados internacionais de direitos humanos possui reflexo imediato no julgamento de casos cíveis, mas especialmente criminais, a cargo das demais instâncias do Poder Judiciário. O debate também contribui para o engajamento da comunidade científica no estudo dos próprios tratados internacionais subscritos pelo Brasil. São muitos, mas poucos utilizados como fundamentos nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias da Justiça. O momento para realização do estudo também é oportuno, especialmente quando se discutem, em âmbito nacional, casos criminais relacionados a figuras políticas importantes e às mais altas autoridades do país.

Além disso, trata-se de aprofundamento da pesquisa realizada para conclusão da graduação. Naquela oportunidade, após estudo da evolução dos direitos humanos e da teoria geral da Constituição, analisou-se a evolução jurisprudencial da Suprema Corte para demonstrar seu entendimento contemporâneo ao trabalho e explicar os métodos aplicáveis para solução de antinomias entre o texto constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos. Também se apontou que, segundo humanistas e internacionalistas, a melhor solução para garantia dos direitos humanos é a prevalência do princípio *pro homine*. Agora, após breve revisitação das fases da jurisprudência do STF acerca do tema, avaliar-se-á se houve alteração.

Esta tarefa será realizada pelo método dedutivo, uma vez que, a partir da análise de julgamentos do STF, definir-se-á se houve alteração jurisprudencial ou se a Corte mantém o entendimento da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Após a análise do panorama atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, observou-se que o tema em questão não foi debatido ou objeto de divergências relevantes entre os integrantes da Corte Suprema.

2 BREVE HISTÓRICO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICABILIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1977, fixou o entendimento de que os tratados internacionais são internalizados no ordenamento jurídico brasileiro equiparados às leis ordinárias. A definição da tese ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80004/SE², que se relacionava à aplicabilidade de tratado internacional sobre direito comercial. Na ocasião, a Corte ponderou que os tratados não podem se sobrepor às leis do país, em atenção à soberania nacional.

A aplicação deste entendimento aos tratados de direitos humanos foi confirmada por julgamentos posteriores, inclusive realizados após a promulgação da Constituição da República de 1988 e da Emenda Constitucional nº 45/2004. Cita-se, por exemplo, o *Habeas Corpus* nº 72131/RJ, publicado em 2003, cujo Relator para Acórdão, Ministro Moreira Alves, consignou que:

[...] inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora deste

² STF, RE nº 80004/SE, Relator(a): Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, DJ 29.12.1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 5 set. 2019.

meio excepcional de coerção processual. [...] Não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição [...] o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica função [...] de legislar (STF, HC 72131, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) para Acórdão: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 01.08.2003. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 5 set. 2019).

Observa-se que, mesmo se tratando do Pacto de São José da Costa Rica, documento central do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a teoria da especial proteção dos direitos humanos e ressaltou a primazia da soberania e da Constituição no ordenamento jurídico interno. A norma internacional, aliás, era mais favorável aos direitos humanos que as previsões constitucional e infraconstitucional, autorizadas da prisão do depositário infiel, mas não foi aplicada no caso em questão.

O entendimento também foi reafirmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 274183/GO, datado de 2001, também da relatoria do Ministro Moreira Alves, que restou ementado da seguinte maneira:

Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. [...] Inconstitucionalidade da interpretação dada ao art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. É de observar-se, por fim, que o §2º do art. 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido (RE 253071, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 29.06.2001. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 5 set. 2019).

Este posicionamento do STF valia-se de uma interpretação restritiva do disposto no art. 5º, §2º, do texto constitucional, segundo a qual referido dispositivo não teria o condão de

prover status de norma especial aos tratados internacionais de direitos humanos porventura firmados pelo Brasil (MIGUEL, 2012, p. 57).

No âmbito doutrinário também há defensores da teoria da paridade hierárquica: para FERREIRA FILHO *apud* MIGUEL (2012, p. 60) há dois níveis de direitos fundamentais, um constitucional e outro meramente legal, decorrente da legislação ordinária e dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante os fundamentos jurídicos do entendimento esposado, em razão da abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tornou-se defasada e merecedora de renovação (MENDES, 2011, p. 66).

TRINDADE (1999, p. 49) já afirmava a insustentabilidade da hierarquia legal dos tratados internacionais de direitos humanos, sustentando que a jurisprudência internacional evolui no sentido de conferir aos tratados em questão um tratamento diferenciado, pois consagram interesses superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano.

A evolução do panorama jurisprudencial acerca do tema iniciou pelo julgamento, realizado pela Suprema Corte, do Recurso em *Habeas Corpus* nº 79785/RJ, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Neste momento, foi ventilado o enquadramento supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Em seu voto, o Ministro Relator deixou consignado que:

[...] Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição [...]. Se assim é, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. [...] a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes (STF, RHC 79785/RJ, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 22.11.2002. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 5 set. 2019).

Apesar de vencida nesta ocasião, a tese da supralegalidade retornaria ao debate e se tornaria o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do antes mencionado

Recurso Extraordinário nº 466343/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, realizado no ano de 2008 e, portanto, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a inserção do §3º ao art. 5º da Constituição Federal.

O tema discutido foi novamente relacionado à possibilidade ou não da prisão civil do devedor-fiduciante diante do disposto no art. 5º, inciso LXVII, parte final, da Constituição Federal e no art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica. Confirma-se a redação dos dispositivos em questão:

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: LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O recurso em questão foi negado, estendendo-se a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia. Segue o acórdão, *in verbis*:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, RE 466343/SP, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 04.06.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 5 set. 2019)

No caso específico, o STF ponderou que o texto da Constituição não determina, mas apenas permite, em linha de princípio, a prisão do depositário infiel. Não obstante a permissão e a previsão da prisão do depositário infiel na legislação ordinária, o Pacto de São José da Costa Rica foi internalizado no ordenamento jurídico como norma com status supralegal e, assim, possui efeito paralisante da legislação que lhe é inferior (legislação ordinária). Não é possível, assim, a prisão do depositário infiel.

A partir de então, a Suprema Corte conferiu um regime especial e diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados em geral. Apesar da divergência acerca do status destes tratados, permanecendo a

corte dividida em relação à suprallegalidade e à constitucionalidade, sagrou-se vencedora a primeira tese, o que não ofusca o importante avanço exegético no sentido do reconhecimento da prevalência cada vez maior dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 77).

Um dos motivos para a guinada jurisprudencial pode ser encontrado na faculdade que o entendimento anterior possuía de permitir a violação unilateral dos acordos internacionais subscritos pelo Brasil, o que é vedado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. Segundo seu art. 27, nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (MENDES, 2011, p. 66).

Assim, elevando hierarquicamente os tratados internacionais de direitos humanos, impede-se o descumprimento arbitrário e unilateral dos tratados com fundamento em eventual impedimento existente na legislação infraconstitucional. Coaduna-se, o entendimento, com o princípio da boa-fé (PIOVESAN, 2010, p. 60).

O julgamento do recurso em questão rememorou entendimento antigo da Suprema Corte, já que, até 1977, sua jurisprudência era pacificada no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional (MENDES, 2011, p. 68), a exemplo do que está exposto na ementa da Apelação Cível nº 9587, datada de 18 de outubro de 1951:

TRATADO INTERNACIONAL. SUA FORÇA QUANTO ÀS LEIS QUE REGULAM OS CASOS NELE ESTABELECIDOS. SÓ POR LEIS QUE A ELE SE REFIRAM EXPRESSAMENTE, PODE SER REVOGADO. IMPOSTO. COMO DEVE SER COBRADO. (STF, ACi 9587, Relator(a): Min. Lafayette de Andrada, Segunda Turma, DJ 18.10.1951. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 5 set. 2019)

Para aqueles que defendem a tese da suprallegalidade, a inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004 esvaziou os argumentos daqueles que defendiam o nível constitucional dos tratados em questão. Isso porque a Constituição passou a prever expressamente a possibilidade desta equiparação, mas desde que o texto do acordo seja aprovado pelo mesmo quórum e procedimento das emendas constitucionais (votação em dois turnos, com três quintos dos membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados). Esta nova exigência, contudo, não alteraria o status dos tratados anteriores, que teriam sido também recebidos, ao menos no nível material, como normas constitucionais. Outros, ao seu turno, baseados na diferenciação entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, defendem que a aprovação da Emenda Constitucional em questão reforçou a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, ao menos em nível material.

Com a inovação constitucional, os constituintes reformadores expressaram o

reconhecimento da relevância destes documentos, facultando ao Poder Legislativo fixá-los como normas formalmente constitucionais. Isso, no entanto, não teria qualquer impacto no âmbito materialmente constitucional destas normas, entendidas desta forma em razão da abertura do texto constitucional prevista no art. 5º, §2º, da Constituição. Desde a promulgação da Carta o dispositivo em questão está vigente com a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

De qualquer forma, a aprovação do texto não é isenta de críticas de internacionalistas. Tem-se, por exemplo, a doutrina de Valerio de Oliveira Mazuoli (2018, p. 762), para quem:

[...] a cláusula aberta do §2º do art. 5º, da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional.

Para o autor,

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, é um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa-vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos nessa seara. Como magistralmente destaca Cançado Trindade, em um desabafo público de reflexão obrigatória, esse “retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”. E continua: “Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004 não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de interna *corporis*, – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudojurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de

determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no Direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos”. Como se percebe, o legislador brasileiro que concebeu o §3º do art. 5º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, trouxe consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista (MAZUOLI, 2018, p. 762-763).

Não obstante as críticas apresentadas, é importante mencionar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi fixado enquanto já vigente a atual redação do art. 5º, §3º, da Constituição da República, de modo que é possível afirmar que as ponderações em questão não sensibilizaram os integrantes da Corte.

3 A POSIÇÃO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal, em 2008, fixou a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não internalizados no ordenamento jurídico de acordo com o rito especial previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República (Recurso Extraordinário 466343/SP, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 04.06.2009).

Cumprido analisar, a partir deste momento, se este entendimento – apesar da manifestação individual de alguns ministros acerca da necessidade de sua revisão e da crítica de autores internacionalistas e humanistas – permanece hígido ou há indicações de que poderá ser superado.

A análise será realizada a partir do estudo de julgamentos efetuados pela Suprema Corte e que estão disponíveis na seção de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do STF. Os casos foram selecionados a partir de sua repercussão ou do resultado de pesquisa realizada no site indicado, utilizando-se como parâmetro de pesquisa os termos “tratados internacionais de direitos humanos”. Todos os votos e manifestações dos Ministros indicados

estão disponíveis no site Suprema Corte, e as páginas indicadas são aquelas constantes dos arquivos que contêm o inteiro teor dos julgamentos, incluindo votos, votos-vista, resumo de votos orais e notas taquigráficas das sessões realizadas para julgamento das matérias.

Em relação à relevância do tema e sua vinculação com os direitos humanos, aponta-se, de início, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e que objetivava conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 287 do Código Penal, de forma a excluir qualquer interpretação que pudesse ensejar a criminalização da defesa da legalização de substâncias entorpecentes, inclusive por intermédio de manifestações e eventos públicos. A ação foi proposta tendo como pano de fundo a questão relacionada à “marcha da maconha”, movimento público que defendia a legalização do consumo desta droga em especial.

A ação foi distribuída ao Ministro Celso de Mello e foi julgada procedente por unanimidade. A relação do tema com os direitos humanos e tratados internacionais relativos à matéria (em especial os direitos de liberdade de expressão e liberdade de reunião) está evidenciada no próprio voto do Ministro Relator:

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal defronta-se, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, que concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigos 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana (p. 62 do inteiro teor do acórdão).

Não obstante a extensa discussão acerca do regime jurídico destas liberdades públicas (de expressão e de reunião), a questão acerca do nível hierárquico dos tratados internacionais relativos à matéria não foi abordada pelo Ministro Relator. O tema foi mencionado lateralmente por alguns integrantes da Corte, mas não foi objeto de qualquer controvérsia ou discussão específica dos magistrados.

O Ministro Luiz Fux, ao defender que o Pacto de São José da Costa Rica não derogou parte do disposto no art. 287 do Código Penal, afirmou que o referido tratado internacional foi internalizado com status de lei ordinária:

Não parece, é importante dizer, que tenha sido a referida normal derogada por

legislação posterior. Afaste-se o argumento de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto Presidencial nº 678/92 e recebido pela ordem jurídica brasileira com status de lei ordinária – teria revogado parcialmente o dispositivo [...] (p. 140).

Aliás, este posicionamento contraria o decidido no julgamento do RE 466343/SP, no qual o referido tratado internacional foi utilizado como parâmetro para fixação da tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Não se pode dizer, contudo, que houve alteração da jurisprudência da Corte Suprema, uma vez que se trata de menção breve, sem discussão aprofundada do nível hierárquico dos pactos de proteção dos direitos humanos.

Outra menção ao tema encontra-se no voto do Ministro Marco Aurélio, que mencionou a internalização da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro e a derrogação do art. 287 do Código Penal, mas não estabeleceu o nível hierárquico do tratado (p. 190).

Também em razão da relevância do tema e intenso debate acerca da matéria, cita-se os julgamentos relacionados à validade do início da execução da pena após a condenação em segunda instância.

Rememora-se que, ao julgar medida cautelar nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, a Corte assentou a possibilidade do cumprimento da pena após a condenação por órgão colegiado. No julgamento do mérito, ao seu turno, fixou-se entendimento oposto, isto é, da impossibilidade da prisão-pena antes do trânsito em julgado do título executivo condenatório. Ambos os julgamentos ocorreram por maioria de seis votos a cinco.

Considerando que a votação plenária se encerrou no dia sete de novembro de 2019, o inteiro teor do acórdão do julgamento do mérito ainda não está disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Foi publicado, contudo, o interior teor do julgamento da medida cautelar, que foi objeto de apreciação para realização deste trabalho. Registra-se que foi Relator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, uma vez que o Ministro Relator, Mauro Aurélio, ficou vencido na matéria.

O Ministro Relator não mencionou a temática abordada neste trabalho em seu voto. A discussão suscitada em sua análise limitou-se a analisar temas constitucionais e infraconstitucionais, mas não invocou a legislação internacional ou seu nível hierárquico após eventual internalização no ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministro para o acórdão dissertou acerca da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “que condenou o Brasil a uma série de medidas que resultaram,

por exemplo, na ora conhecida Lei nº 11.340/2006 (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001)” (p. 28). Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos “condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná” (p. 29). Apesar de rememorar outras condenações do Brasil, não houve análise da matéria relacionada ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial do Pacto de São José da Costa Rica, tampouco os demais Ministros enfrentaram ou reavivaram essa discussão. Foi possível apenas encontrar referências: ao princípio da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, previsto no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no corpo do trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (p. 195); às previsões da Convenção Americana dos Direitos Humanos e da Convenção Europeia de Direitos Humanos acerca da presunção de inocência (p. 204), mencionadas por Gilmar Mendes; e, igualmente, às remissões a alguns tratados internacionais de direitos humanos e suas previsões acerca da presunção da inocência, realizadas pelo Ministro Celso de Mello (p. 224).

No mais, o Ministro Edson Fachin igualmente confirmou a supralegalidade dos tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos quando do julgamento da medida cautelar da ADPF 347, em 3 de setembro de 2015, referindo-se especificamente ao Pacto de São José da Costa Rica (p. 61), não havendo, contudo, maior aprofundamento da matéria nos demais votos.

Em relação aos julgamentos apresentados pelo sistema de busca do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, é possível mencionar o *Habeas Corpus* 143641/SP (que possui como paciente todas as mães e gestantes presas), o *Habeas Corpus* 157306/SP (audiências de custódia), a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4066/DF (amianto) e a decisão de recebimento da denúncia nos autos de Inquérito 3932/DF (incitação ao crime).

Em relação ao *Habeas Corpus* nº 143641/SP, impetrado em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães com filhos de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, bem como das próprias crianças, o Ministro Gilmar Mendes confirmou o status de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos

Na ocasião (20 de fevereiro de 2018), salientou o Ministro:

Diante da avalanche da criminalidade, é natural que os juízes, os desembargadores, aqueles que estão mais perto da realidade, talvez, entendam que têm que aplicar a legislação com um viés de endurecimento. Essa é a impressão que se passa. E

acabam por esquecer aquilo que está na lei e, no caso também, como se discutiu, em um tratado internacional, inclusive, com força, como reconhecemos, de suprallegalidade (p. 96).

A menção à suprallegalidade foi feita pelo magistrado quando da discussão acerca da admissibilidade do *Habeas Corpus* com efeitos coletivos, a fim de que não fosse gerada uma dicotomia entre as decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízes e desembargadores, os quais, segundo o Ministro, estavam conferindo demasiada importância à aparência de aumento da criminalidade, com a aplicação mais severa da lei, em detrimento da real intenção da legislação, notadamente do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), que entrou em vigor em março de 2016 e alterou a redação do art. 318 do CPP, a fim de tornar ainda mais amplas as hipóteses de concessão de prisão domiciliar.

O tratado internacional referido pelo Ministro é aquele conhecido como Regras de Bangkok, de dezembro de 2010, no qual há menção de que a adoção de medidas não privativas de liberdade deve ter preferência, no caso de grávidas e mulheres com filhos dependentes.

Não obstante a relevância do tema direitos humanos e do tratado internacional mencionado para solução da controvérsia, não houve discussão específica acerca do nível hierárquico do documento protetivo.

Por intermédio do *Habeas Corpus* nº 157306/SP, buscava o impetrante o reconhecimento de que o relaxamento da prisão em flagrante por suposta atipicidade dos fatos pelo juízo responsável pela realização da audiência de custódia vinculária o juízo da ação penal, que não poderia, segundo seu entendimento, receber denúncia oferecida em razão dos mesmos fatos.

A Corte Suprema, sob o argumento de que o juízo da audiência de custódia é apenas um juízo de garantias, a quem não é dado imiscuir-se no mérito da eventual prática delitiva, referendou o julgamento do Superior Tribunal de Justiça e não reconheceu a impossibilidade de recebimento da denúncia pelos mesmos fatos. Vide a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DE CORRUPÇÃO DE MENOR. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 244-B DA LEI Nº 8.069/90. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. EXAME DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE JUÍZO ACERCA DO MÉRITO DE EVENTUAL AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou

retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consecutivamente, deflagra o procedimento legal, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal vigente (Art. 656 do CPP). 4. A audiência de apresentação consubstancia-se em mecanismo de índole constitucional dirigido a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizar qualquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinar medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal, porquanto não reserva espaço cognitivo acerca do mérito de eventual ação penal, sob pena de comprometer a imparcialidade do órgão julgador. 5. A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal, porquanto a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente se revela admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567). 6. *In casu*, o juízo plantonista apontou a atipicidade da conduta em sede de audiência de apresentação, tendo o Tribunal de origem assentado que “a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos. Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa. Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito – mérito da infração penal em tese cometida – não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata”. 7. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, Dje de 20/06/2017 e HC 139.054, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje de 02/06/2017. 8. O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. 9. Ordem denegada. (HC 157306, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 28-02-2019 PUBLIC 01-03-2019. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 21 nov. 2019).

Apesar do status supralegal da Convenção Americana de Direitos do Homem estar

referenciado no item 1 do acórdão do julgamento, a questão não foi debatida no corpo do voto do Ministro Relator ou durante a votação realizada no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao Inquérito 3932, consultado em virtude da busca textual no sítio eletrônico do STF sobre “tratados internacionais de direitos humanos”, embora conste da própria ementa e de seu inteiro teor a necessidade de observância dos tratados e convenções internacionais quando da análise de atos que supostamente os violem, não houve aprofundamento acerca do status da internalização destas normas no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto ao fato julgado, trata-se de decisão que recebeu denúncia relacionada à prática do delito de incitação ao crime. Observe-se o trecho relacionado aos tratados, obtido do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, e extraído do inteiro teor do acórdão:

Noutro passo, a interpretação das normas jurídicas deve conferir máxima eficácia aos direitos humanos e fundamentais, à luz do direito interno e das Convenções e Tratados Internacionais internalizados em nosso ordenamento. Os Tratados de proteção à vida, à integridade física e à dignidade da mulher, com destaque para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - “Convenção de Belém do Pará” (1994); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – “Carta Internacional dos Direitos da Mulher” (1979); além das conferências internacionais sobre a mulher realizadas pela ONU – devem conduzir os pronunciamentos do Poder Judiciário na análise de atos potencialmente violadores de direitos previstos em nossa Constituição e que o Brasil se obrigou internacionalmente a proteger (p. 28).

Por derradeiro, a busca de jurisprudência da Suprema Corte também retornou, como resultado, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4066/DF, na qual se discutiu a utilização do amianto em território nacional. O tema – que envolve direito à vida, à saúde, à livre iniciativa, ao desenvolvimento econômico e social, entre outros – igualmente foi abordado pela perspectiva de tratados internacionais e resoluções da Organização Internacional do Trabalho.

Na ementa do acórdão, está destacada a suprallegalidade dos regimes protetivos de direitos fundamentais:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.055/1995. EXTRAÇÃO, INDUSTRIALIZAÇÃO, UTILIZAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E TRANSPORTE DO ASBESTO/AMIANTO E DOS PRODUTOS QUE O CONTENHAM. AMIANTO CRISOTILA [...].11. Convenção nº 139 da OIT, sobre a Prevenção e o Controle de Riscos Profissionais causados

pelas Substâncias ou Agentes Cancerígenos. Convenção nº 162 da OIT, sobre o uso do asbesto. Resolução da OIT sobre o Asbesto (2006). Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Status de supralegalidade dos regimes protetivos de direitos fundamentais. Inobservância das obrigações, assumidas no plano internacional, de (i) promover a redução dos níveis de exposição de forma consistente e progressiva, (ii) substituir, sempre que possível, o uso do amianto crisotila por materiais menos perigosos e (iii) reduzir a geração de resíduos perigosos ao mínimo possível [...]. 13. À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nº 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Juízo de procedência da ação no voto da Relatora [...]. (ADI 4066, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 21 nov. 2019).

No corpo de seu voto, a Ministra Rosa Weber dispensa alguns parágrafos para destacar que as Resoluções da OIT, por versarem sobre direitos humanos, possuem força jurídica supralegal no ordenamento jurídico interno, citando, inclusive, ementas do Supremo Tribunal Federal que reforçam este entendimento (p. 64).

Os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, de igual forma, ratificaram a supralegalidade das resoluções, conforme se observa das páginas 148 e 186 do inteiro teor do acórdão:

É que a aludida Convenção, por disciplinar tema relativo a direitos humanos, possui status supralegal, conforme entendimento consolidado por esta Suprema Corte (v.g., RE 349.703, Relator Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 05/06/2009) razão pela qual a legislação infraconstitucional com ela incompatível torna-se inaplicável (Ministro Luiz Fux, p. 148).

Não há incompatibilidade entre os dispositivos da Convenção sobre asbestos e a Lei nº 9.055/1995, em especial o respectivo artigo 2º. Tanto a lei referida como o Decreto nº 2.350, de 15 de outubro de 1997, editado para regulamentá-la, disciplinam como deve ser feito o uso, transporte e comercialização do amianto crisotila, cujo banimento não se encontra explícito ou implícito na Convenção. A tese do caráter supralegal da Convenção não precisa sequer ser apreciada. Assim,

embora o Supremo esteja caminhando no sentido de admitir o denominado controle de “convencionalidade” da legislação infraconstitucional – menciono o acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, relator ministro Cezar Peluso, julgado pelo Plenário em 3 de dezembro de 2008 –, não é o caso de fazê-lo nesta ação. Inexiste incompatibilidade entre a lei federal e a mencionada Convenção (Ministro Marco Aurélio, p. 186).

No julgamento do caso, observa-se do voto do Ministro Celso de Mello a primeira e única menção sobre o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do procedimento de sua ratificação, possuem status de normas constitucionais, uma vez que “em matéria de direitos humanos (como se qualificam os direitos sociais), cabe ao Poder Judiciário fazer incidir, sempre, a norma mais favorável [...]” (p. 256).

Trata-se de ponderação inserta no corpo do voto do Ministro e, de acordo com as informações contidas no inteiro teor do acórdão, não foi objeto de votação específica ou discussão entre os demais magistrados da Corte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa realizada, tanto da jurisprudência indicada pelo sistema de buscas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal quando utilizados os termos “tratados internacionais de direitos humanos” como de casos emblemáticos recentemente julgados pela Corte (a exemplo da utilização do amianto, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, entre outros), observa-se que a temática abordada neste artigo não voltou a ser discutida profunda e sistematicamente pelos Ministros do STF.

Observa-se que o apelo de doutrinadores internacionalistas e humanistas – para revisitação da tese e fixação do entendimento de que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente das formalidades da ratificação, possuem status de normas constitucionais, ao menos em nível material, em atenção ao contido no art. 5º, §2º, da redação originária e ainda vigente da Constituição da República – não representou efetiva rediscussão do tema no âmbito da Suprema Corte.

As menções à matéria são laterais e usadas apenas para reforçar outros argumentos utilizados pelos magistrados para fundamentação de suas decisões. Encontrou-se, inclusive, registro de que o Pacto de São José da Costa Rica teria status de lei ordinária, ao passo que foi exatamente este documento internacional utilizado como parâmetro para fixação da tese

da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no julgamento do RE 466343/SP.

A exceção fica por conta do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento relacionado à utilização do amianto em território nacional. Ao passo que a Relatora, Ministra Rosa Weber, e os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio mencionaram as resoluções da Organização Internacional do Trabalho como textos internacionais recepcionados com status de normal supralegal, o decano da Corte expressamente consignou que compete aos magistrados aplicar sempre a norma mais favorável ao ser humano, já que os tratados internacionais de direitos humanos são recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro como normas de caráter constitucional.

No entanto, como se trata de tema não debatido – e que não era objeto da controvérsia central da lide – é possível afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é majoritária no sentido da manutenção do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro sem o quórum e as formalidades previstas no art. 5º, §3º, da Constituição da República.

REFERÊNCIAS

BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de. **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de improvemento de Recurso de Apelação Cível. Apelação Cível nº 9587/DF. União Federal e Companhia Rádio Internacional do Brasil. Relator(a): Ministro Lafayette de Andrada, Segunda Turma, DJ 18 out. 1951. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de provimento de Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário nº 80004/SE. Belmiro da Silveira Goes e Sebastião Leão Trindade. Relator(a): Ministro Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, DJ 29 dez. 1977. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de improvimento de Recurso em *Habeas Corpus*. Recurso em *Habeas Corpus* nº 79785/RJ. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Ministério Público Federal. Relator(a): Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 29 mar. 2000. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de provimento de Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário nº 274.183/GO. Ministério Público Estadual e José Carlos Oliveira Nunes. Relator(a): Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 29 jun. 2001. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258236>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de não concessão de *Habeas Corpus*. *Habeas Corpus* nº 72131/RJ. Marcello Ferreira de Souza Granado e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 01 ago. 2003. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de improvimento de Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. Relator(a): Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 03 dez. 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de provimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 187. Procuradoria-Geral da República. Relator(a): Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 29 maio 2014. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=227098436&ext=.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de não concessão de Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC 43. Partido Ecológico Nacional. Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 10 out. 2016. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de não concessão de Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC 44. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 10 out. 2016. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de concessão de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347. Partido Socialismo e Liberdade. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 14 set. 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de concessão de liminar em *Habeas Corpus*. HC 143641. Defensoria Pública da União e outros. Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski, 2 Turma, DJe 22 fev. 2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de concessão de *Habeas Corpus*. HC 157306. Defensoria Pública da União e outros. Relator(a): Ministro Luiz Fux, 1 Turma, DJe 01 mar. 2019. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267261>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4066. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Relator(a): Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 07 mar. 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de recebimento de denúncia. Inq 3932. Procuradoria-Geral da República e Jair Messias Bolsonaro. Relator(a): Ministro Luiz Fux, 1 Turma, DJe 09 mar. 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Evolução da Jurisprudência do STF envolvendo Prisão Civil do Depositário Infiel no Brasil**: a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. In: BAEZ, Narciso Leandro; CASSEL, Douglass (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Desafios do Século XXI. Joaçaba: Unoesc, 2011.

MIGUEL, Alexandre. **A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). Doutrinas Essenciais. Direito Internacional. Volume III: Direito Internacional dos Direitos Humanos – Temas Diversos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional**. In:

(IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rodrigo Clímaco José



(IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

(IM)POSSIBILITY OF TURN STATE'S EVIDENCE IN LAWSUITS FOR ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Rodrigo Clímaco José¹

RESUMO

O presente artigo busca discutir se é possível ao agente que praticou algum ato ímprobo celebrar acordo de colaboração premiada no âmbito da ação de improbidade administrativa, por meio de um negócio jurídico processual atípico, objetivando diminuir ou até excluir algumas das sanções. Para tanto, foram trazidas ambas as posições e analisou-se seus fundamentos, de maneira a melhor subsidiar uma posição definitiva.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Negócio jurídico processual. Improbidade Administrativa

ABSTRACT

The present article seeks to discuss if it is possible for the agent who performed an act of administrative improbity to turn state's evidence in the context of the administrative misconduct action, through an atypical procedural legal transaction, aiming to reduce or even exclude some of the sanctions. To this end, both positions were brought and their fundamentals were analyzed, in order to better support a definitive position.

Keywords: Turn State's Evidence. Atypical procedural agrément. Administrative Improbity

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: rodrigocj@tjsc.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da colaboração premiada consiste na redução ou até isenção de pena, concedida pelo magistrado, desde que satisfeitos alguns requisitos previstos na lei, para quem relatar fato criminoso no qual atuou, não apenas admitindo sua participação, mas também delatando seus comparsas.

Referido meio de prova não é novidade na legislação brasileira. Algumas normas já o previram há vários anos, como, por exemplo, a Lei n. 8.072/1990 – acrescentou o § 4º ao art. 159 do CP, dispondo que, se o crime fosse cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciasse à autoridade, facilitando a libertação, teria sua pena reduzida de um a dois terços. Mais para frente, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), em seu art. 1º, § 5º, a Lei de Proteção à Testemunha (Lei n. 9.807/1999) e a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) previram situações bem semelhantes.

Todavia, salvo algumas exceções, o instituto não era aplicado na prática forense, notadamente porque só eram previstas as consequências de quem colaborasse com a investigação ou com o processo, mas não havia regulamentação do procedimento.

Esse panorama mudou com a edição da Lei n. 12.850/2013, a denominada Lei das Organizações Criminosas, a qual dispôs detalhadamente o procedimento da colaboração premiada em seu art. 4º.

A partir de então, principalmente considerando os grandes casos de investigação sobre corrupção no Brasil – com destaque para a Operação Lava Jato –, o instituto passou a ser muito utilizado para desbaratar organizações que buscavam dilapidar o patrimônio público e o enriquecimento ilícito.

Mas não bastava atingir o agente ofensor apenas no âmbito penal, era preciso igualmente condená-lo por ato de improbidade administrativa – até porque, se o ato configura crime, também ocorre ato de improbidade administrativa (embora o contrário não seja verdadeiro). Com isso, surge a problemática: os acordos de colaboração premiada realizados no âmbito do inquérito policial ou da ação penal podem ser utilizados na ação de improbidade administrativa?

Por um lado, existem autores que defendem a impossibilidade, porque a moralidade administrativa não consiste em direito disponível, além de existir vedação legal para transação, acordo ou conciliação nas demandas dessa natureza, ou seja, o Ministério Público não poderia negociar o patrimônio público.

Por outro, há quem entenda ser possível a utilização da colaboração premiada

nas ações de improbidade administrativa por meio do chamado negócio jurídico processual atípico, figura que já existia antes no âmbito doutrinário, mas foi positivada no Código de Processo Civil de 2015, principalmente porque o artigo que prevê a vedação de transação em ações de improbidade administrativa foi revogado tacitamente.

Portanto, tendo em vista essas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o artigo se dividirá em três partes: na primeira, será abordado o conceito de negócio jurídico processual, com destaque para a possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais atípicos; na segunda, será apresentado breve histórico da colaboração premiada no direito brasileiro e como é aplicado hoje em dia; por fim, haverá a discussão sobre a possibilidade de se realizar colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa por meio de negócio jurídico processual atípico. O método indutivo foi o escolhido para a realização da pesquisa, além da técnica de busca em referências bibliográficas físicas e eletrônicas, livros, artigos e jurisprudência.

2 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: A SITUAÇÃO DA ATIPICIDADE

Em um primeiro momento, o negócio jurídico surgiu no âmbito do direito civil, sendo definido como “a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 394).

Posteriormente, embora existisse corrente contrária, passou-se a entender que o instituto poderia ser aplicado não apenas nas relações extraprocessuais, mas também no âmbito do processo – por exemplo, alterar determinado procedimento para que melhor se adeque aos interesses das partes.

Tal movimento enxerga que a vontade dos sujeitos possui relevância no âmbito processual e deve ser considerada até mais do que a lei em algumas situações, contrapondo-se àqueles que entendem a prevalência exclusiva da natureza publicista e das regras cogentes. Sobre o assunto, Fernando Gajardoni (2018, p. 680) ensina:

1. A contratualização do direito processual civil. O publicismo processual e, por conseguinte, o ideário de cogência das normas processuais e procedimentais fizeram com que a doutrina não se interessasse muito pelo estudo dos negócios jurídicos processuais (BARBOSA MOREIRA, 1984). Alguns autores, inclusive,

negaram a existência de contratos em matéria processual, sob o fundamento de que a vontade dos sujeitos processuais não determina os efeitos dos atos processuais que praticam, não havendo, por isso, discricionariedade para que elas possam convencionar a respeito (ROCHA, 1996, p. 253 e ss.). Mesmo os que aceitavam a existência de convenções processuais aduziam que não se poderia emprestar à vontade da parte no processo civil a mesma importância que tem no direito privado, eis que no processo “há sempre um elemento especial a considerar, e é a presença do órgão do Estado sobre a atividade do qual, se bem que estranho ao negócio, pode ele exercer influência mais ou menos direta” (CHIOVENDA, 1998c, v. 3, p. 25-26). [...]

3. A relevância da vontade e os negócios jurídicos processuais no CPC/2015 (artigo 190, CPC/2015). O CPC/2015, de modo inovador e sem equivalente exato em direito comparado, rompe a dogmática até então reinol, e, mediante uma *cláusula geral de negócio jurídico processual*, passa a admitir que a vontade das partes, por meio de negócios jurídicos processuais bilaterais atípicos (não disciplinados casuisticamente em lei), tenha impacto no procedimento e na relação jurídica processual estabelecida em lei. [...] 3.2. O impacto no publicismo processual é evidente, uma vez que, em substituição à lei, as partes passam a ter poder e autonomia para definir o modo de ser do processo civil. Se não é posto literalmente em xeque o ideário de um processo civil público e com regras cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes, ao menos se mitiga o rigor do publicismo processual (ou do hiper-publicismo) (CABRAL, 2015. p. 101 e ss.), inaugurando-se no direito processual brasileiro uma fase de *neoliberalismo processual*, que, embora incapaz de tornar o processo “coisa das partes”, como no período da *litiscontestatio* romana (*ordo judiciorum privatorum*), abala a estrutura de um sem-número de institutos processuais, doravante com regramento manipulável pelos litigantes.

Assim, surgiu no Direito brasileiro o chamado negócio jurídico processual, conceituado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 823) como aquele celebrado “em juízo ou fora dele, com a intenção de produzir efeitos processuais, *antes* do processo (pré-eficácia do negócio processual), *no curso* do processo ou *depois de encerrado* o processo (pós-eficácia do negócio processual)”. Fredie Didier Jr. (2018, p. 439) complementa que se trata de um fato jurídico voluntário e fonte de norma jurídica processual, de maneira que vincula o órgão julgador. No entanto, é importante ressaltar que não é autorizado às partes *criarem* procedimentos, mas apenas *convencionarem* sobre aqueles já existentes.

Desde então, a doutrina passou a se aprofundar cada vez mais no tema, inclusive criando classificações. Para o presente estudo, a mais importante destas é a que divide o negócio jurídico processual em típicos e atípicos.

Os primeiros são aqueles que estão positivados no ordenamento jurídico, ou seja,

a lei o prevê de forma expressa (NEVES, 2018, p. 388). Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973 já apresentava alguns negócios jurídicos processuais, como a suspensão por convenção das partes (art. 265, II, do CPC/1973) ou a desistência da ação (art. 267, VIII, do CPC/1973) ou do recurso (art. 501 do CPC/1973), entre outros.

Por outro lado, existem os negócios jurídicos processuais atípicos, isto é, sem regramento casuístico pela norma, tendo sido previstos no Código de Processo Civil de 2015 sob forma de cláusula geral, em que não há especificação expressa dos limites dentro dos quais o acordo das partes poderá modificar o procedimento legal (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 315).

Referida cláusula geral consta no art. 190:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Portanto, a partir desse dispositivo legal, o Código de Processo Civil abre um leque imensurável de possibilidades para que as partes possam alterar procedimentos e/ou acordar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara (2019, p. 122) lembra a existência de dois enunciados do Fórum de Processualistas Cíveis que, exemplificativamente, elencam alguns negócios jurídicos processuais atípicos possíveis de serem celebrados:

Existe enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (nº 490) que apresenta um rol exemplificativo de negócios processuais admissíveis: “pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável (art. 848, II); prefixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II)”.

Também se admite negócio processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo (FPPC, enunciado 491), ou que estabeleça que os prazos das partes que celebraram a convenção sejam contados em dias corridos (FPPC, enunciado 579).

Alguns exemplos de negócio processual podem ser aqui indicados: (a) eleição de foro; (b) nomeação convencional de perito; (c) pacto de não nomeação de assistente técnico; (d) pacto de não recorrer; (e) convenção para ampliação dos prazos; (f) convenção para redução de prazos; (g) convenção para determinar número de testemunhas que cada parte pode arrolar; (h) pacto de não produzir prova testemunhal; (i) convenção para exigir notificação prévia ao ajuizamento de qualquer demanda entre as partes; (j) convenção sobre distribuição do ônus da prova; (k) convenção para substituir alegações finais orais por memoriais escritos. De outro lado, não são admissíveis negócios processuais que tenham por fim modificar ou afastar a incidência de normas cogentes (FPPC, enunciado 20: “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”).

Ainda assim, não há como ocorrer liberdade total, de maneira que alguns requisitos precisam ser observados.

Em primeiro lugar, é preciso respeitar os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, ou seja, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (NERY JR E NERY, 2018, p. 824).

Outro requisito – inclusive, previsto no próprio artigo – é a condição de só poderem versar sobre “direitos que admitam autocomposição”, situação que não se confunde com os chamados “direitos disponíveis”. A diferença entre os institutos é abordada Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 395):

Conforme entendimento doutrinário uníssono, o legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita autocomposição, porque mesmo nos processos que versam sobre direito indisponível é cabível a autocomposição. Naturalmente, nesse caso a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação.

Em razão dessa importante distinção, é admitida a convenção processual no processo coletivo [Enunciado 255 do FPPC: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”], ainda que os direitos difusos e coletivos sejam indisponíveis e o autor da ação seja o Ministério Público [Enunciado 253 do FPPC: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”].

Além disso, o parágrafo único do art. 190 ressalva que não é possível a inserção abusiva de negócio jurídico processual em contrato de adesão. Logo, mostra-se viável a

previsão em contrato de adesão, mas essa adição não pode ser abusiva.

Por fim, há também a vedação de celebração caso alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, a qual, segundo Fredie Didier Jr. (2018, p. 450), ocorrerá quando existir desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, de maneira que a negociação não se aperfeiçoe em igualdade de condições. Assim, a vulnerabilidade deverá ser constatada *in concreto*.

Ocorre que, mesmo a doutrina debatendo sobre o tema e havendo previsão legal, ainda existem muitas divergências se determinados acordos podem ser realizados no âmbito processual, como é o caso da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa, o que será abordado adiante.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Em primeiro lugar, é importante entender no que consiste a colaboração premiada Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 706) traz o seguinte conceito:

Técnica especial de investigação por meio (meio extraordinário de obtenção de prova) da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Portanto, trata-se de situação em que alguém que participou (em sentido amplo, incluindo coautoria e participação em sentido estrito) da infração penal não apenas admite que a cometeu, mas também descreve as demais circunstâncias e indica os outros partícipes e coautores, de maneira que estes possam ser condenados e aquele beneficiado com redução de pena ou até isenção. Ressalta-se, porém, que a colaboração deve ser eficaz, isto é, capaz de obter um resultado prático possível.

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 119) complementam:

A delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a

decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima. O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada.

Apenas um detalhe precisa ser observado: o termo “colaboração premiada” é o gênero do qual “delação premiada” constitui espécie. Por conta disso, alerta Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 52):

Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, da *delação premiada*. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de *acusar* ou *denunciar* alguém – vulgarmente, o dedurismo.

Ademais, sendo um acordo efetuado entre as partes – de um lado, o Ministério Público e, de outro, o acusado/investigado – que poderá produzir efeitos no âmbito do processo, a colaboração premiada é considerada uma espécie de negócio jurídico processual. Nesse sentido, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018) já utilizou tal nomenclatura:

[...] 1. O Termo de Colaboração Premiada revela natureza de negócio jurídico processual, consistindo meio de obtenção de prova cujo sigilo perdura até que sobrevenha decisão de recebimento da denúncia (art. 7º, §1º e §3º, da Lei 12.850/2013). [...]

Embora antigamente houvesse algumas leis prevendo a possibilidade de ser celebrado o acordo de colaboração premiada – §4º ao art. 159 do CP (acrescentado pela Lei n. 8.072/1990); art. 6º da Lei n. 9.034/1995; art. 25, §2º, da Lei n. 7.492/1986 (acrescentado pela Lei n. 9.080/1995); art. 14 da Lei de Proteção à Testemunha (Lei n. 9.807/1999); art. 41 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006); art. 1º, §5º, da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998) (acrescentado pela Lei n. 12.683/2012) –, na prática, isso não acontecia. Primeiro, pelo próprio desconhecimento por parte de Juízes, Promotores de Justiça, Procuradores da República e Advogados. Em segundo lugar, e mais importante, porque só eram previstas na lei as consequências de quem colaborasse com a investigação ou com o processo – por exemplo, redução da pena de um a dois terços –, mas não havia regulamentação do procedimento.

Esse panorama mudou com a edição da Lei n. 12.850/2013, a denominada Lei das Organizações Criminosas, a qual dispôs sobre o procedimento da colaboração premiada em seus arts. 4º e 7º, os direitos do colaborador no art. 5º e os requisitos do termo de colaboração no art. 6º.

Em suma, há uma primeira etapa em que o colaborador, acompanhado de defensor, e o Ministério Público e/ou o Delegado de Polícia negociam a celebração do acordo, de maneira que aquele confessa o crime, delata os demais comparsas e indica as evidências que suportam as afirmações (GRECO FILHO, 2014, p. 40). Poderá ocorrer uma proposta de pena, mas não vincula o juiz – este, por sinal, não participa nesta fase (art. 4º, §6º, da Lei n. 12.850/2013).

Posteriormente, caso a proposta atenda a todos os requisitos legais – regularidade, legalidade e voluntariedade –, o magistrado deve homologar o acordo, mas sem emitir juízo de valor a respeito das declarações prestadas pelo colaborador (LIMA, 2018, p. 741). Essa decisão não produz coisa julgada, tanto que o colaborador poderá se retratar futuramente e as provas não poderão ser usadas exclusivamente contra ele (art. 4º, §10º, da Lei n. 12.850/2013).

Já na fase da sentença é que a proposta poderá ser efetivamente aplicada. Sobre o tema, Vicente Greco Filho (2014, p. 41-42) ensina:

3) A fase da sentença em que seu mérito será apreciado aplicando-se, ou não, o benefício e sua graduação, inclusive porque a concessão de eventual benefício depende do comportamento do colaborador após o acordo e sua homologação, como se frustrar os efeitos recusando-se a depor ou por qualquer outra forma inviabilizar a utilidade de sua colaboração.

A proposta de aplicação do perdão judicial poderá ser apresentada pela autoridade policial com audiência do Ministério Público ou pelo Ministério Público antes da sentença, considerando a relevância da colaboração prestada, ainda que não tenha sido aventada por ocasião do acordo inicial. O §2º ressalva a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, que disciplina a remessa dos autos ao Procurador-Geral se o juiz discorda do pedido de arquivamento do inquérito policial, referência absolutamente inútil, porque a proposta feita pelo Ministério Público não é vinculante, nos termos do art. 385 do mesmo diploma, de modo que a aplicação do art. 28 é totalmente desnecessária, bastando ao juiz recusar a proposta, se assim entender adequado. O juiz, também, na sentença de mérito poderá adequar a proposta ao que melhor indicar o caso concreto, inclusive tendo em vista o grau de efetividade da colaboração e as circunstâncias pessoais do agente.

Especificamente quanto à aplicação da pena e dos prêmios por parte do juiz, porém, Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Júnior (2018, p. 47-48) alertam:

Para que o mercado da pena possa ter êxito, todavia, será necessário depositar confiança de que o julgador respeite, no momento da aplicação da pena, os exatos limites do que for acordado e homologado, sem a inserção de novas modalidades, mesmo medidas cautelares como monitoramento eletrônico, sob pena de violar a boa-fé. [...] Evidentemente que os jogadores não são obrigados a pensar e/ou a se comportar do mesmo modo durante o resto da vida, porém, exige-se que a alteração tenha uma justificação nova, capaz de derrotar a primeira conduta. [...]

Logo, no jogo da colaboração/delação premiada, o limite da pena será a homologada, sob pena de violação do *venire contra factum proprium*. Qualquer inovação deveria ser ilegal, por tomar de surpresa e revisar, de ofício, em favor do Estado, as cláusulas já acordadas e homologadas.

Portanto, com a edição da Lei n. 12.850/2013, a delação premiada ganhou estrutura e passou a ser aplicada cotidianamente nos processos judiciais criminais. No entanto, considerando que muitos desses casos penais também configuram atos de improbidade administrativa, alguns autores passaram a defender a possibilidade do emprego desse acordo de colaboração premiada no âmbito cível.

4 (IM)POSSIBILIDADE DE COLABORAÇÃO PREMIADA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Atendendo a comando constitucional (art. 37, §4º, da Constituição Federal), em 2 de junho 1992, foi sancionada a Lei n. 8.429, que pela primeira vez detalhou os atos de improbidade administrativa, os sujeitos ativo e passivo, os procedimentos, as sanções, ou seja, regulamentou de forma adequada a conduta inadequada do administrador e terceiros com o patrimônio público.

Da mesma forma, foi prevista a ação de improbidade administrativa, conceituada por José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 1146) nos seguintes termos:

Ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa. Sem dúvida, cuida-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade.

Já os atos de improbidade administrativa foram dispostos no Capítulo II da referida norma, especificamente nos arts. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito), 10 (atos que causam prejuízo ao erário), 10-A (atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário) e 11 (atos que atentam contra os princípios da administração pública). Trata-se de rol exemplificativo (NEVES; OLIVEIRA, 2019, p. 75), em que deve ser demonstrado o dolo do agente em todas as hipóteses, salvo quanto aos que causam prejuízo ao erário, em que a culpa também é admitida (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 133).

Por outro lado, as sanções estão descritas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que consistem em: A) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; B) ressarcimento integral do dano, quando houver; C) perda da função pública; D) suspensão dos direitos políticos; E) pagamento de multa civil; e F) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Ademais, no arbitramento da pena, a norma determina que o juiz considere a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente ímprobo.

A princípio, essas penas são fixamente estabelecidas, havendo apenas uma pequena margem de atuação do magistrado – por exemplo, na hipótese em que alguém enriqueça ilicitamente, a pena de multa poderá variar em até três vezes o valor do acréscimo patrimonial.

No entanto, já que a sanção penal – que envolve um bem jurídico muito mais importante, qual seja, a liberdade – pode ser negociada em acordos de colaboração premiada, alguns autores passaram a defender que também seria viável a utilização desse meio de obtenção de prova para reduzir ou até excluir a penalidade pela prática de ato de improbidade administrativa.

O grande ponto de divergência quanto a essa possibilidade, porém, reside no parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, o qual dispõe que “é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”, isto é, nas ações de improbidade administrativa².

Por um lado, há quem se posicione por uma interpretação mais literal da norma, no sentido de que não há como existir qualquer tipo de acordo no âmbito da ação de improbidade administrativa, visto que se está em discussão o interesse público. Nessa linha, colhe-se das

² Foi editada pela Presidente da República Dilma Rousseff a Medida Provisória n. 703/2015, que, em seu art. 2º, I, revogou o §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. No entanto, como a medida provisória não foi convertida em lei, aquela norma perdeu sua eficácia.

lições de Waldo Fazzio Jr. (2016, p. 461)

Não há transação ou acordo nem fase conciliatória, na ação civil de improbidade administrativa, porque os interesses em questão (patrimônio público econômico e probidade administrativa) são indisponíveis; não são direitos patrimoniais privados. Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 73-74):

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.”

A Lei nº 8.429/92, no § 1º do art. 17, veda expressamente a transação, o acordo ou a composição. E o faz porque, ao lado da proteção ao patrimônio público econômico, se sobrepõe a tutela da probidade administrativa. Não se protegem valores por meio de negócios processuais.

A esse respeito, com a argúcia costumeira, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 334):

“Ainda que, para argumentar, a transação viesse atender aquele primeiro objetivo (que diz com o interesse fazendário), ainda assim restaria em aberto o desate da parte substancial da controvérsia, qual seja o interesse público em que a alegada improbidade venha cumpridamente dirimida, e punido o responsável; nesse contexto, compreende-se, então, que o legislador tenha descartado a possibilidade de transação.”

O juiz não pode homologar transação em sede de ação civil pública porque contra proibição expressa da Lei nº 8.429/92. Também, porque não encartada na esfera de possibilidades transacionais do Código Civil e do Código de Processo Civil, por não objetivar interesses patrimoniais privados.

Destaca-se que o mencionado autor até vê com bons olhos a possibilidade de celebração de acordos nesses casos – citando os chamados “acordos de leniência”. Alerta, contudo, que “a disciplina dos acordos de leniência na direção apontada carece de aprofundada coleção de alterações legislativas” (FAZZIO JR., 2016, p. 462).

Em posição muito semelhante, existem doutrinadores defendendo que tal dispositivo legal não exclui completamente qualquer tipo de acordo, mas apenas aqueles envolvendo o direito material. Em outras palavras, é possível transacionar a forma, o prazo e outras questões processuais relativas ao cumprimento da obrigação, jamais, contudo, as sanções político-administrativas, como a perda da função.

Sobre o assunto, extrai-se dos ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves

e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2019, p. 231):

No caso específico da ação de improbidade administrativa, na qual se tutelam o patrimônio público e a moralidade administrativa, me parece natural a inadmissão da transação desses bens da vida.

Não obstante essa constatação, na tutela coletiva é não só possível, como frequente, a transação, como se pode notar pela quantidade razoável de TACs (termos de ajustamento de conduta) celebrados pelos legitimados a defender o direito coletivo *lato sensu*, ainda que para parcela da doutrina nos termos de ajustamento de conduta tenha-se a solução por submissão e não transação. O que deve ficar claro é que, nessas soluções do conflito por autocomposição, não é o direito material em si o objeto da transação, mas sim a forma de seu exercício. Significa que será objeto de transação apenas a forma, o modo e os prazos de cumprimento de obrigações que tutelem o direito material, que nunca será em si mesmo o objeto da transação.

Na ação de improbidade administrativa ocorre exatamente o mesmo com relação à reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo. O que o art. 17, §1.º, da Lei 8.429/1992 não admite é que qualquer espécie de transação tenha como objeto as penas de natureza político-administrativa previstas pelo art. 12 da Lei 8.429/1992, não se permitindo qualquer espécie de transação no tocante à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Landolfo Andrade (2018) – embora não seja filiado a esse pensamento – complementa:

Para uma primeira corrente, o art. 17, §1.º, não admite nenhuma espécie de acordo no tocante à aplicação das sanções político-administrativas previstas no art. 12 da LIA, quais sejam: *perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*. Para além da natureza indisponível dos bens tutelados pela LIA, que impede concessões sobre o seu conteúdo, os defensores dessa tese argumentam que ao legitimado ativo da ação não caberia escolher, dentre as sanções legais do art. 12, aquela que entenda mais razoável e proporcional ao caso, na medida em que a aplicação das sanções é reservada exclusivamente ao magistrado (*nulla poena sine iudicio*). Significa que a aplicação das sanções da LIA constitui atividade privativa da jurisdição e, por isso, somente por meio do processo judicial pode ser exercida [Nesse sentido, entre outros, confirmam-se: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*.

9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 908-910; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 415.].

Logo, para quem defende alguma dessas correntes, se não é possível a transação nas ações de improbidade, conseqüentemente se mostra inviável a celebração de acordos de colaboração premiada, de maneira a, por exemplo, diminuir alguma sanção ou até excluí-la.

E além da vedação legal, outro argumento para os adeptos da impossibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, como os bens e interesse públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes, os administradores não possuem a livre disposição daqueles, cabendo-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade (CARVALHO FILHO, 2017, p. 36).

Em um resumo dessa vertente, Mauro Roberto Gomes de Mattos (2015) explica:

Se na delação premiada a lei penal permite que o acusado ou indiciado possa colaborar para identificar coautores, partícipes ou terceiros vinculados ao objeto da apuração penal, na ação de improbidade administrativa não há espaço para a transação ou conciliação, não sendo admitida a utilização analógica do aludido instituto para fins da Lei n.º 8.429/92.

Aliás, essa é a dicção do §1º, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92, *verbis*: “Art. 17 - A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

A transação é a convenção em que, mediante concessões recíprocas, as partes ajustam certas cláusulas e condições para prevenirem litígios, que possam suscitar entre elas, ou ponham fim a litígio já suscitado.

Como o direito explicitado na Lei n.º 8.429/92 é indisponível, o legislador expressamente proibiu acordo, conciliação ou transação. Por ser indisponível, o titular da ação de improbidade não pode aplicá-la, ou transacionar redução de punibilidade, em face da colaboração ou da delação premiada, diferentemente da regra adotada no direito penal. Não se aplica, portanto, perante a Lei n.º 8.429/92 o instituto da delação premiada, sendo ilícita a obtenção de confissões ou quaisquer outros meios de prova que não sejam os admitidos em direito. Ou seja, quando muito a delação premiada pode servir para dar ensejo a uma investigação através de inquérito civil público, em prol da produção de outras provas que possam demonstrar indícios de autoria e de materialidade da prática, em tese, de ato ímprobo.

Por outro lado, existem defensores de que o §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 foi revogado tacitamente, isto é, houve a edição de nova lei que se mostrou incompatível com a anterior, inexistindo previsão expressa acerca de sua revogação (TARTUCE, 2016, p. 7). Dessa maneira, tornou-se possível a celebração de acordos de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.

Essa corrente argumenta inicialmente que, quando houve a criação da Lei de Improbidade Administrativa, não existia a possibilidade de celebração de acordos no âmbito penal. Por isso, o §1º do art. 17 tinha razão de ser.

Sobre essa proximidade entre a sanção penal e por ato de improbidade administrativa, Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim (2017, p. 116) abordam:

A proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente e inquestionável, em razão das sanções decorrentes, muito embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil em sentido amplo), outro de direito penal. A própria estruturação do processo da ação de improbidade administrativa, com uma fase de defesa prévia, semelhantemente ao que acontece no processo penal, é a demonstração cabal do quanto se diz. Há mais garantias ao réu na ação de improbidade por serem as sanções aplicáveis mais graves.

Todavia, essa realidade começou a mudar com a edição da Lei n. 9.099/1995 – Juizados Especiais –, que passou a prever a transação penal e a suspensão condicional do processo. Assim, pela primeira vez, o princípio da indisponibilidade da ação penal passou a ser mitigado.

Logo, já começaram a ser notadas algumas incongruências no sistema, visto que era possível a um agente que pratica um crime de menor potencial ofensivo contra a administração pública – prevaricação (art. 319 do Código Penal), por exemplo – ter a possibilidade de negociar sua pena com o Ministério Público, por meio de transação penal, mas nada poder fazer na ação de improbidade administrativa. Em suma, sua liberdade poderia ser negociada, mas seu patrimônio não.

Posteriormente, com a promulgação da Lei n. 12.850/2013, as possibilidades de negociação penal aumentaram cada vez mais diante da previsão específica do acordo de colaboração premiada – como visto no capítulo anterior, não foi essa norma que introduziu referido meio de prova em nosso ordenamento jurídico, mas a que, pela primeira vez, regulamentou mais detalhadamente o tema. A partir de então, não eram apenas os crimes de pequeno e médio potenciais ofensivos que poderiam ter a pena mitigada ou excluída, mas qualquer delito.

Destaca-se, porém, que no mesmo ano também houve a edição da Lei n. 12.846/2013, que dispõe “sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”. E essa norma pode ser considerada um grande divisor de águas sobre a negociação envolvendo o patrimônio público, pois a contradição na vigência do art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992 passou a ser ainda mais evidente. Landolfo Andrade (2018) ataca muito bem esse ponto:

No ano de 2013, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) previu a possibilidade de celebração de acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos tipificados em seu art. 5º, de modo a isentá-las das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação extraordinária da decisão condenatória) e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos), possibilitando também a redução do valor da multa aplicável em até 2/3.

Note-se que o fundamento empregado por aqueles que interpretam de forma literal a norma proibitiva de negociação contida na LIA, a saber, a indisponibilidade dos interesses por ela tutelados, foi absolutamente esvaziado pela Lei Anticorrupção, que passou a admitir acordos relativamente aos mesmos bens jurídicos – patrimônio público e moralidade administrativa. Considerando, pois, que os bens jurídicos tutelados pela LIA e pela Lei 12.846/2013 são muito semelhantes e que muitos dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção Empresarial (LAE) também podem configurar atos de improbidade administrativa, fica difícil sustentar, à luz do princípio constitucional da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que uma empresa poderá celebrar um acordo de leniência no âmbito da LAE, mas os seus dirigentes, que concorreram para o ato e colaboraram com as investigações, não poderão negociar a aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA.

E os defensores da revogação tácita do art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992 ganharam mais um reforço com a promulgação da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Isso porque, no §4º de seu art. 36, foi expressamente permitida a autocomposição nas ações de improbidade administrativa. Cita-se:

§4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Portanto, tem-se: a) quando criada a Lei de Improbidade Administrativa, não era possível a negociação de sanções penais por parte do agente; b) com a edição da Lei n. 9.099/1995 e a Lei n. 12.850/2013, passou-se a ser viável a transação (em sentido amplo) envolvendo penas; c) por meio da Lei Anticorrupção Empresarial, o legislador autorizou a celebração de acordos entre a pessoa jurídica e o Poder Público; e d) a Lei de Mediação expressamente permitiu autocomposição nas ações de improbidade administrativa.

Assim, com base em todos esses motivos, segundo a visão dessa parte da doutrina, o art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992 foi tacitamente revogado e passou a ser permitida transação nessas demandas.

Seguindo esse raciocínio, aliás, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP editou a Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017, tendo previsto em seu art. 1º, §2º:

§2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

Landolfo Andrade (2018) só faz apenas um alerta: mesmo defendendo a possibilidade de negociação da sanção do agente no âmbito da ação de improbidade administrativa, o ressarcimento ao erário jamais poderá ser objeto de acordo. E isso se dá porque “a recomposição do dano não constitui sanção ou pena, mas obrigação legal no campo da responsabilidade civil”, sendo “o núcleo irrenunciável de tutela do interesse público (LIA, art. 5.º) na matéria”.

Prosseguindo, assentada a possibilidade de transação nas ações de improbidade, é preciso uma forma para que ocorra a inserção do acordo de colaboração premiada nessas demandas. E a resposta a isso está no novo Código de Processo Civil: a previsão da viabilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

Como dito no primeiro capítulo, o art. 190 do CPC facultou que as partes pratiquem negócios jurídicos atípicos, ou seja, que não estejam previstos taxativamente no próprio CPC. E essa é exatamente a natureza jurídica da colaboração premiada: um acordo de vontades entre as partes que produz efeitos no processo e fora dele, ou seja, um negócio jurídico processual – inclusive, a expressão foi utilizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

E não se desconhece que os negócios jurídicos processuais só podem versar sobre “direitos que admitam composição”, como preconiza o citado dispositivo legal. Todavia, como já destacado no primeiro capítulo, não se trata de expressões sinônimas, pois existem

direitos indisponíveis que admitem transação. Logo, tal restrição não é óbice para o caso da colaboração premiada.

Aliás, o tema é muito bem tratado por João Paulo Lordelo Guimarães Tavares (2018, p. 381):

Ressalte-se que somente será possível a celebração de negócios atípicos “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição” (art. 190, NCPC). Isso porque a modificação da estrutura do procedimento ou de situações processuais pode acabar afetando, de maneira inadequada, a solução de uma causa que, a rigor, não admitiria autocomposição. Deve-se ressaltar, contudo, nos termos do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual”, revelando-se que “direito indisponível” e “direito que não admite autocomposição” são expressões que não se confundem. É possível, portanto, negociação em processo que envolva direito indisponível (direitos coletivos, por exemplo), eis que, embora assim qualificados, admitem autocomposição (TAVARES, 2017). O raciocínio parece aplicável às ações de improbidade administrativa, seja porque o próprio Direito Penal admite convencionalidade (v.g., transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada), seja porque a Lei Anticorrupção, citada acima, comporta a celebração de acordos de leniência, seja pelo permissivo da Lei de Mediação.

Em suma, para essa corrente, existe a possibilidade de realização de acordo de colaboração premiada no âmbito da ação de improbidade administrativa, notadamente porque o art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992, que veda a transação nessas demandas, foi tacitamente revogado por outras normas, e pela possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

Ressalta-se que o presente autor é adepto da segunda corrente, ou seja, pela possibilidade de utilização da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.

Em primeiro lugar, por conta de interpretação sistemática: se é possível negociar a própria liberdade, como acontece no âmbito penal, evidentemente que direitos patrimoniais, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público também podem ser.

E pensando de forma pragmática, como Landolfo Andrade (2018) destaca, a efetividade da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo “pode ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral na esfera de improbidade administrativa”. Ainda, citando o Subprocurador-Geral

da República Nicolao Dino, enfatiza que essa situação afrontaria, inclusive, o princípio da confiança legítima, “o qual preconiza que o cidadão, ao confiar no comportamento do Estado, não pode sofrer prejuízos em consequência direta do crédito a ele atribuído”.

Além disso, realmente parece que houve a revogação tácita do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 com a previsão nas Leis Anticorrupção Empresarial e de Mediação quanto à possibilidade de acordo nas ações de improbidade administrativa, notadamente em relação à primeira delas – os bens jurídicos tutelados são exatamente os mesmos, alterando apenas a pessoa que pode celebrar a transação.

Por último, considerando que a colaboração premiada se trata de um negócio jurídico processual, que o novo Código de Processo Civil possibilitou que as partes o realizem mesmo quando não previsto em lei e que a improbidade administrativa admite autocomposição, não vejo óbice para que seja celebrado nessas demandas.

De qualquer maneira, existe fundamentação sólida para ambas as posições.

E tanto isso é verdade que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.175.650, reconheceu a repercussão geral sobre o tema:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, §3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (ARE 1175650 RG, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 25/4/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 6-5-2019 PUBLIC 7-5-2019).

Assim, o tema está pendente de julgamento pela Corte Suprema, de maneira que se aguarda ansiosamente qual será a interpretação dada para as divergências anteriormente apontadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, foi prevista a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, ou seja, um acordo – cujo procedimento não está positivado taxativamente na lei – entre as partes da lide e que produzirão efeitos dentro e até fora do processo.

Um dos exemplos de negócio jurídico processual atípico, conforme reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, é a colaboração premiada. Tal instituto é uma negociação entre acusação e defesa para que um agente, que necessariamente participou (em sentido amplo) do delito, confessa a prática do delito e, também, delata seus comparsas. E ele faz isso porque poderá ter redução em sua pena ou até a própria isenção.

Ocorre que, como os crimes cometidos contra a administração pública também configuram atos de improbidade administrativa, surgiram duas correntes acerca da possibilidade de utilização de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.

Para uma primeira, o art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992 – dispõe que é vedada transação nas ações de improbidade administrativa – deve ser interpretado de forma literal, notadamente porque o interesse público é indisponível, de maneira que o administrador não pode livremente dispor deste, mas apenas geri-lo. Logo, não há como celebrar acordo de colaboração premiada para diminuir ou excluir alguma sanção de quem comete ato ímprobo.

Já para uma segunda vertente, o citado dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa tinha razão de ser na época de sua edição, uma vez que as sanções criminais não podiam ser negociadas. No entanto, essa realidade mudou com a promulgação da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995) e de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013) – esta última prevendo mais detalhadamente a colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Por isso, até para evitar incongruências no sistema – em que uma pessoa poderia negociar sua pena privativa de liberdade, mas não as sanções que afetam seu patrimônio –, já se passou a defender a possibilidade de negociação das reprimendas por atos de improbidade administrativa.

Mas essa posição ganhou força com a edição das Leis de Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013) e de Mediação (Lei n. 13.140/2016), as quais previram possibilidades de transação envolvendo o patrimônio público: a primeira norma positivou o acordo de leniência a ser celebrado pela pessoa jurídica que praticou algum ato lesivo ao patrimônio público; e a segunda autorizou expressamente a celebração de acordo envolvendo ação de improbidade administrativa.

Por consequência das normas citadas acima, essa corrente passou a defender que o §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 foi revogado tacitamente, de maneira que plenamente aceitável a celebração de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.

E o meio para que isso acontecesse surgiu com o Código de Processo Civil de 2015: os negócios jurídicos processuais atípicos.

Este autor adere à segunda corrente, por concordar que: 1) ocorreu a revogação tácita do art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992; 2) há incongruência sistemática na possibilidade de negociação das sanções penais (que envolvem a liberdade do agente), mas não das relativas à improbidade administrativa (relacionadas, em geral, ao seu patrimônio); e 3) existe a possibilidade de sua inserção nas demandas cíveis por meio de negócio jurídico processual atípico.

De qualquer maneira, ambas as posições possuem fundamentos completamente sólidos, tanto é que o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido afetado sob o rito da repercussão geral.

Atualmente, aguarda-se seu julgamento, para que, enfim, a polêmica seja encerrada – ao menos, por ora.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na Esfera de Improbidade Administrativa.

Genjurídico, 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa/#_edn3. Acesso em: 26 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 ago.2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 26 maio 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário 1175650. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, 7 de maio de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito nº 4619. Agravante: Odair José da Cunha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Luiz Brasília, 10 de setembro de 2018. Diário de Justiça Eletrônico, divulgado em 24 de setembro de 2018, publicado em 25 de setembro de 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Regulamenta o §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-179.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in brazil**. Florianópolis: EMais, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1 - introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C, Belo Horizonte, v.17, n.67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: volume I - parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Delação premiada não serve para fins de admissibilidade de ação de improbidade administrativa. **Conteúdo Jurídico**, 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,delacao-premiada-nao-serve-para-fins-de-admissibilidade-de-acao-de-improbidade-administrativa,51993.html>. Acesso em: 25 out. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v.43, n.284, out./2018, p. 371-396.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO – UMA BREVE INTRODUÇÃO AO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO

Rômulo Vinícius Finato



DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO – UMA BREVE INTRODUÇÃO AO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO

DEMOCRACY AND JUDICIARY – A BRIEF INTRODUCTION ABOUT SIGNIFICANT COMMITMENT

Rômulo Vinícius Finato¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a compatibilização da relação existente entre o Poder Judiciário e a democracia, com foco na teoria do Compromisso Significativo. Trata-se de trabalho desenvolvido a partir do programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão Judiciária – Turma 2/2018, vinculada à Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Amparado no método dedutivo, o trabalho está apoiado no levantamento bibliográfico sobre o tema. Como resultado da pesquisa coletada, verificou-se a necessidade de definir conceitos basilares acerca da democracia, analisar o contexto histórico da evolução do constitucionalismo e do reconhecimento de direitos fundamentais, bem como contrapor as principais teorias que analisam o papel do Poder Judiciário dentro do contexto democrático, representadas pelas correntes substancialista e procedimentalista, que têm em Dworkin e Habermas seus principais teóricos, respectivamente. Por fim, faz-se uma breve análise da teoria do Compromisso Significativo, desenvolvida pela Corte Suprema da África do Sul, como método de atuação do Poder Judiciário compatível com o regime democrático vigente em nosso Estado, permitindo, inclusive, a efetiva proteção de direitos fundamentais, sem imiscuí-lo diretamente nas funções típicas dos demais poderes estatais.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Fundamentais. Poder Judiciário. Ativismo. Procedimentalismo. Substancialismo. Compromisso Significativo.

¹ Rômulo Vinícius Finato: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR); Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE Paraná); Juiz Substituto no Estado de Santa Catarina; E-mail: rvfinato@tjsc.jus.br.

ABSTRACT

This article aims to analyze the compatibility of the relationship between the judiciary and democracy, with a focus on the Significant Commitment. This is a work developed from the Postgraduate Program in Law and Judicial Management - Class 2/2018, linked to the Judicial Academy of the Court of Justice of Santa Catarina. Sustained by the deductive method, the work is supported by the bibliographic survey on the theme. As a result of the collected research, there was a need to define basic concepts about democracy, to analyze the historical context of the evolution of constitutionalism and the recognition of fundamental rights. As well as to compare the main theories that analyze the role of the judiciary within the democratic context, represented by the substantialist and proceduralist currents, which has in Dworkin and Habermas their main theorists, respectively. Therefore, it has been made a brief analysis of the theory of Significant Commitment, developed by the Supreme Court of South Africa, as a method of action of the judiciary compatible with the democratic regime in force in our state, allowing, including, the effective protection of rights, without directly interfering with the typical functions of other state powers.

Keywords: Democracy. Fundamental Rights. Judiciary. Judicial review. Proceduralist. Substantialism. Significant Commitment.

1 INTRODUÇÃO

O tema do ativismo judicial tem sido matéria frequente no cenário nacional. O Supremo Tribunal Federal tem se deparado com a judicialização de questões que passavam ao largo do Poder Judiciário, especialmente no período anterior da Constituição Federal de 1988. Questões, como controle de políticas públicas, reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, autorização do aborto de anencéfalo, criminalização da homofobia, legalização do aborto, etc., têm sido submetidas ao crivo do Poder Judiciário e deixam de ser deliberadas nas instâncias legislativa e executiva que, tradicionalmente, ocupavam-se do seu exame.

Sob os efeitos do fenômeno mundial do neoconstitucionalismo ocorrido no período pós-guerras, a jurisdição constitucional foi elevada ao patamar de principal foco concretizador

de direitos fundamentais², reconfigurando o modo de pensar das relações entre a sociedade, o indivíduo e o Estado. Nesse sentido:

Os impactos sociais e econômicos provocados pelas duas Grandes Guerras fizeram surgir outras formas e estruturas de pensar e organizar o Estado, sobretudo, no modo como ocorriam as relações entre sociedade x indivíduo x Estado. Vários fatores históricos foram relevantes para essa mudança de postura nas relações sociais. (GAST, 2018, p. 49).

Nesse mesmo período, o mundo também presencia uma onda de democratização dos governos, que somente foi experimentada pelo Brasil após a vigência da atual Constituição republicana.

Porém, apesar de o neoconstitucionalismo e a democracia terem despertado basicamente no mesmo período, a sua convivência enseja um verdadeiro paradoxo, capaz de gerar, até mesmo, uma possível percepção de se tratarem de conceitos absolutamente antagônicos. Isso porque, enquanto aquele se ampara no protagonismo do Poder Judiciário como guardião da jurisdição constitucional e da tutela de direitos fundamentais, a democracia sobreleva os Poderes Legislativo e Executivo como personagens centrais, uma vez que são compostos por representantes eleitos pelo povo. Vera Karam e Miguel Gulano Godoy (2010, p. 169) expressam que “a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida do inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si.”

Esse antagonismo, contudo, é meramente aparente. Na realidade, são pressupostos indissociáveis. Não é possível se pensar em jurisdição constitucional na ausência de um governo democrático e vice-versa. Aliás, não é por outro motivo que as evoluções da democracia e do neoconstitucionalismo no cenário internacional ocorreram concomitantemente, como visto acima.

Essa perspectiva dual entre o novo constitucionalismo e a democracia exige, por outro lado, reflexões sobre o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, sobretudo, reconhecendo-o como necessário para a efetiva tutela de direitos fundamentais e fomento do processo democrático.

Essa é a proposta deste trabalho, por intermédio de uma análise crítica acerca da

² Para o Professor João Trindade Cavalcante Filho, “poderíamos definir os direitos fundamentais como direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.” (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 6).

relação entre a democracia e o Poder Judiciário. Por certo, não há qualquer pretensão de se esgotar o tema ou dar uma solução definitiva. Especialmente no Brasil, em que os fenômenos da democracia e do neoconstitucionalismo são bastante recentes, ainda há muito que se construir sobre o assunto, de forma que o intuito, aqui, é de apenas contribuir para esse debate.

2 DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO

Com o fenômeno da judicialização da política, o Poder Judiciário depara-se com questões tradicionalmente afetas ao Legislativo e Executivo, de tal maneira que, atualmente, há forte debate acerca dos limites da atuação jurisdicional. Para compreender esse fenômeno, é imprescindível estabelecer algumas premissas acerca do conceito de democracia e dos principais fundamentos teóricos que justificam maior ou menor ingerência do Judiciário no controle da política. É esse exame que se pretende fazer neste momento.

2.1 O QUE É DEMOCRACIA?

Compreender a democracia é das questões políticas contemporâneas mais difíceis. Todo governo pretende se afirmar democrático, por mais autoritário que seja (BOBBIO, 2000, p. 375). Esse ímpeto decorre do *status* que a democracia goza perante a comunidade internacional, que tem o privilégio de ser considerada a melhor forma de governo entre aquelas experimentadas pelas civilizações ao longo da história humana. E não é difícil entender o porquê. É sedutora a ideia de os próprios cidadãos criarem as regras que irão reger a sociedade em que estão inseridos, ao contrário de governos autocráticos, em que as diretrizes são simplesmente impostas aos súditos pelos governantes. Há, portanto, uma legitimidade no processo de criação de normas, inerente ao sistema democrático, que não se demonstra em outras formas de governo. Permite uma participação efetiva da população na gestão pública, promovendo mudanças no cenário político.

No Brasil, a noção democrática ganha respaldo já no primeiro artigo da Constituição Federal, revelando a importância da alçada da democracia perante a sociedade brasileira, especialmente após a vigência de um longo período ditatorial que antecedeu a Carta de 1988.

Contudo, inexistente consenso acerca das características atribuídas à democracia. Trata-se de expressão plurívoca, que ganhou contornos diversos ao longo dos séculos.

Etimologicamente, democracia pode ser concebida como governo do povo, o que não afasta, por sua vez, a possibilidade de apresentar diversas vertentes de acordo com o período histórico e a sociedade que lhe albergou.

Os gregos concebiam a democracia direta, ou seja, as diretivas sociais eram determinadas pelos cidadãos sem qualquer intermediário. Os cidadãos se reuniam em praça pública e, por voto direto, faziam as escolhas que determinariam a condução da sociedade. Trata-se de forma de exercício do procedimento democrático afeto às comunidades mais simples, mormente diante do fato de que poucos eram considerados cidadãos e poderiam votar. Na sociedade grega, a classe dos cidadãos representava, praticamente, cerca de apenas 10% (dez por cento) da população, pois excluía mulheres, escravos, estrangeiros e outros integrantes sociais. Eis, provavelmente, a grande crítica que sofria a democracia grega, uma vez que o “cidadão governante” era pouco representativo do povo analisado em sua integralidade.

Modernamente, por outro lado, a democracia se adaptou às sociedades mais complexas, que praticamente inviabilizaram o exercício da democracia direta, adotando-a somente em casos excepcionais. A evolução das nações, especialmente após o período posterior à II Guerra Mundial, apresentou novos contornos à democracia. Há um maior leque de pessoas que são consideradas cidadãs e estão habilitadas a interferir na vida política da comunidade. As relações sociais estão mais complexas, principalmente, pela divisão do trabalho, que é cada vez maior e segmentada. Há maior número de questões em jogo e que devem ser objeto de deliberação, fomentadas pelo avanço da tecnologia nos mais diversos campos do conhecimento humano. A regra, portanto, passou a ser o exercício da democracia representativa, mediante a qual os cidadãos escolhem seus representantes, por meio do voto, que comporão as cúpulas das instituições destinadas a traçar o caminho da nação, que deve ser compreendida em sua unidade comunitária.

Democracias direta e representativa possuem como fundamento, portanto, o princípio da legitimidade do poder, que deve ser observado por todos (BOBBIO, 2003, p. 236). Essa legitimidade do poder, na democracia moderna, decorre, sobretudo, da ideia de igualdade do homem por natureza (BOBBIO, 2000, p. 378). Por essa razão, a democracia tem como parâmetro máximo a regra da maioria. Em condições de igualdade (um homem, um voto), todos os cidadãos são chamados a deliberarem sobre determinadas questões (diretamente ou por meio de seus representantes eleitos), sendo as decisões estabelecidas de acordo com a maioria votante. Aristóteles, na obra *A Política*, já se referia à democracia com o poder incumbido da decisão política, em que as deliberações devem envolver todos os

cidadãos. Quando todos são admitidos na deliberação, há democracia (ARISTÓTELES, 1991, p. 113-114).

Dessa forma, pela democracia cria-se um:

pacto de não-agressão de cada um com todos os outros e o dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo de comum acordo preestabelecidas, sendo a principal aquela que permite solucionar os conflitos que surgem em cada situação sem recorrer à violência recíproca. (BOBBIO, 2000, p. 384-385).

Contudo, estremar a democracia à regra da maioria é esperar pouco do que ela pode oferecer. Limitá-la ao seu aspecto formal (procedimento de escolha dos representantes legais ou de exercício do voto direto) pode revelar um descomprometimento com a proteção de valores substanciais decorrentes da própria vontade popular.

Analisar a democracia exige, portanto, averiguar também a sua qualidade substancial, de conformação de seus preceitos com valores essenciais que estabelecem o regramento social de determinada comunidade, observando se é capaz de garantir a proteção de direitos fundamentais e dar igual relevância às opiniões de grupos minoritários sub-representados no processo decisório de escolhas políticas.

Se para Bobbio (2003, p. 266) a democracia é a “maximização do consentimento”, o mesmo autor adverte que:

Não significa que o indivíduo aceitou que toda decisão acatada pela maioria seja justa. Aceita apenas um procedimento para o processo de decisão ou eleição. Assim, há limites na regra da maioria, que decorre da existência de matérias que essa regra não se aplica. Estamos falando dos direitos fundamentais, que não podem ser limitados ou suprimidos, ainda que amparados em uma decisão majoritária. (2003, p. 274-275).

Já Luís Roberto Barroso (2018, p. 17-18) afirma que a democracia deve ser compreendida em três dimensões: representativa, com o protagonismo do voto e do Congresso Nacional; constitucional, devendo haver respeito aos direitos fundamentais; e deliberativa, cujo componente essencial é a sociedade civil. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal (2018, p. 88):

A política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto fundamental

formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões – formal e substancial – soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.

E as suas dificuldades não se encerram aí. Há o problema da usurpação das feições democráticas para conquistas de interesses particulares. Richard Posner (2010, p. 101-102), por exemplo, faz análise da democracia sob o viés idealista/teórico e o realista. Naquela, aborda-se a democracia sob o compasso de eleitores informados e desinteressados, em que a votação tem base nas ideias e opiniões emergentes desses eleitores. Por outro lado, analisando a democracia de forma realista, é apenas uma forma de competição entre membros de uma elite política para apoio eleitoral das massas, que são vistas como pouco informadas e desinteressadas em assuntos políticos. O autor rejeita, neste viés realista, a idealização do debate, enxergando a política como competição entre políticos que visam interesse próprio (2010, p. 111).

O perigo de a democracia virar manobra de massas é latente. É consequência do descompromisso, voluntária ou não, do povo em relação ao comando da gestão pública. A democracia exige o compromisso da população com o bem comum, sob pena de sobreposição de interesses particulares em detrimento da vontade popular no exercício do poder político que ordena os comandos sociais. A hipótese, inclusive, foi retratada notavelmente por Gustavo Zagrebelsky, em sua obra *A Crucificação e a Democracia*.

Na referida obra, Zagrebelsky (2011, p. 33) faz uma análise dos bastidores que culminaram na crucificação de Jesus Cristo. Apesar de concebida pela comunidade cristã como, provavelmente, a maior injustiça na história, fato é que foi fruto da decisão popular consultada por Pilatos. Acatar a absolvição de Cristo poderia, até mesmo, ser considerada antidemocrática diante da manifestação popular pela crucificação.

Contudo, o autor reflete sobre a crucificação e instiga o leitor a repensar a democracia, sobretudo questionando se a população não foi utilizada apenas como massa de manobra, com o fim de atingir o interesse dos governantes, ou seja, de Pilatos e do Sinédrio (2011, p. 107). Lembra o autor que “a democracia nunca gozou de tão boa saúde como agora [...] mesmo assim percebemos uma contradição [...] com a manifestação de atitudes antidemocráticas de massa.” (2011, p. 35). Inclusive, que nazistas e fascistas ascenderam por caminhos dito democráticos, de forma que “se a maioria é frouxa e escorrega para o totalitarismo, é preciso defender a democracia da própria maioria.” (2011, p. 9-10).

Zagrebelsky propõe, assim, enxergar a democracia de forma crítica:

Para a democracia crítica, nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima *vox Populi, vox dei*, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa grosseira teologia democrática condiz com as concepções triunfais e acrílicas do poder do povo, as quais, como já vimos, são apenas adulações interesseiras. (2011, p. 135).

O poder do povo, portanto, não seria ilimitado, mas “acredita ser possível o melhor e que os limites que ela postula valem para garantir a possibilidade de procurá-lo constantemente.” A democracia nunca pode ser, desse modo, arrogante e segura de si. Ao contrário, exige autocrítica, pronta para recomeçar do zero quando necessária, reconhecendo seus próprios erros. Ela se enriquece a cada etapa do desenvolver social, como processo de afirmação do povo e garantia de direitos conquistados no decorrer da história (ZAGREBELSKY, 2011, p. 125-139).

Ainda assim, a democracia parece resistir aos seus entraves. Talvez, porque a história ainda não conseguiu demonstrar melhor forma de governo. Aliás, na célebre frase atribuída a Winston Churchill: “tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.”

Mesmo a sociedade norte-americana, que possui séculos de experiência democrática, apresenta seus percalços, denunciada por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, na obra *Como as democracias morrem*. Os autores demonstram que a proteção da democracia exige vigília constante, mesmo quando aparentemente consolidada, sob pena de seu enfraquecimento em períodos de exploração de ideias autoritárias e populistas que podem fascinar a maioria em contextos de vulnerabilidades institucionais.

A verdade é que a democracia, para ser frutífera, exige compromissos por parte do povo e das instituições. Concessões e reflexões devem pairar o jogo democrático. “Reveses são inevitáveis, vitórias são sempre parciais.” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 80).

É preciso que o povo tome conhecimento do seu papel como escritor da sua própria história. Que se reconheça como força de garantia de direitos assumidos ao largo da evolução humana. A democracia deve servir-se, antes de tudo, à emancipação humana, tornando-se autorrestritiva em momentos que possa flertar com a opressão, ainda que advinda de um consenso majoritário. Para isso, são necessárias instituições fortalecidas e comprometidas com o jogo democrático.

No Brasil, especialmente, a experiência democrática é bastante recente. Conforme denunciado por Basílone Leite, somente após 1988 o país vive uma experiência democrática. Antes, somente tivemos períodos autoritários. O autor faz uma análise histórica do Brasil,

investigando se realmente houve algum período verdadeiramente democrático. A rigor, existiram períodos menos autoritários, mas nenhum capaz de se afirmar democrático, pois não conseguiam garantir “condições essenciais mínimas para tal reconhecimento, em face da ausência de uma esfera pública política garantidora de espaço público comunicativo voltado para a formação racional e livre da vontade e da opinião.” (LEITE, 2014, p. 107).

Estamos em processo de desenvolvimento da democracia. Em três décadas, vivemos momentos conturbados, inclusive com o *impeachment* de dois Presidentes. Há muito a aprender. Instituições frequentemente conflitam entre si ou são aclamadas como antidemocráticas, pois não representariam a vontade do povo. Mas é preciso que todos os envolvidos se conformem ao processo democrático, resistindo a qualquer forma de autoritarismo, ainda que atraente em momentos de instabilidade. “A democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 217).

2.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA

Estabelecidas algumas bases acerca da democracia, permite-se investigar, agora, o papel do Poder Judiciário no contexto do processo democrático.

Como vimos, a democracia está intimamente ligada à ideia do governo pelo povo, a quem incumbe determinar as premissas de regramento da sociedade em que está inserido. Nesse sentido, os Poderes Executivo e Legislativo gozam de certo prestígio no âmbito da democracia representativa, à medida que são compostos por representantes eleitos pelos cidadãos. Em contrapartida, o Poder Judiciário carece da mesma qualidade, pelo fato de seus integrantes ingressarem na carreira por meio de concurso público.

Há quem afirme, portanto, que o Poder Judiciário seria eminentemente antidemocrático em razão da sua composição não advir da eleição popular. E a assertiva pode assumir também conotações mais extensas: pela posição ativista de juízes, compreendida como possível viés de usurpação das funções típicas do Legislativo e Executivo; pela atuação contramajoritária quando essencial à garantia de direitos fundamentais, principalmente de minorias, ainda que em contraponto às escolhas majoritárias.

Todas essas concepções são verdadeiras em alguma medida, mas equivocadas se consideradas de forma absoluta. É essa dualidade que necessita ser compreendida para confrontar o papel do Poder Judiciário na conjuntura democrática. Porém, esse exercício de compreensão exige a análise de alguns conceitos circulares ao Estado Moderno.

O primeiro deles diz respeito à teoria da separação de poderes. O tratamento do

tema já havia sido abordado, por exemplo, por Aristóteles e John Locke, nas obras *A Política* e *Two Treatise of Government*, respectivamente. Contudo, foi o Barão de Montesquieu, na obra *De L'ésprit des Lois*, de 1748, que forneceu uma sistematização à matéria, indicando contornos mais próximos do que concebemos atualmente.

A teoria da separação de poderes, tal como conhecemos, é fruto das revoluções burguesas ocorridas a partir do Século XVIII, como forma de superação do absolutismo convivente na Europa nos séculos antecedentes. Em vez de concentrar todo o poder estatal em uma única pessoa, tal como ocorria nas Monarquias Absolutistas, assumiu a divisão dos principais poderes estatais entre agentes distintos. Assim, as funções de legislar, de executar políticas e de julgar foram distribuídas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

E, ao tempo que cada Poder assume funções precípua do Estado, também possuem a atribuição de fiscalização dos demais Poderes. Dessa forma, essa tripartição teria o condão de evitar o exercício abusivo do poder, permitindo que os Poderes atuem de forma separada e independente, mas de modo harmônico entre si.

Fato é que as revoluções burguesas tinham grande desconfiança em relação aos juízes, especialmente porque em tempos pretéritos atuavam basicamente como *longa manus* do monarca. Assim, concentraram suas expectativas no legislador, como um ser capaz de antever as relações sociais de forma objetiva e projetar, em disposições legais, todo o conjunto normativo necessário para a condução da sociedade. Estava lançado o Estado Liberal de Direito, com foco na legalidade e de cunho positivista. O juiz, nessa perspectiva, não poderia atuar de forma criativa ou interpretativa, limitando-se à aplicação da lei ao caso concreto. O juiz, dessa maneira, era concebido como simples “boca da lei”.

Contudo, essa concentração no estado de legalidade e positivista teve dois grandes efeitos colaterais: incapacidade de efetivação de direitos de segunda geração³ e ausência de limitação axiológica à criação e aplicação da lei.

A simples previsão normativa foi insuficiente para garantir a consecução de direitos sociais e condições mínimas para a população viver com dignidade⁴. Se os direitos de

³ Na tradicional classificação de 1979 de Karel Vasak, os direitos fundamentais podem ser categorizados em três gerações. A primeira compreende os direitos de liberdade, civis e políticos, que exigem um caráter de abstenção do Estado na esfera individual de cada cidadão. A segunda trata dos direitos sociais, econômicos e culturais, que permeiam uma atuação positiva do Estado para concretizá-los. Por fim, os direitos de terceira geração são aqueles transindividuais, ligados à solidariedade, ao meio ambiente, à comunicação e à autodeterminação dos povos. Por fim, com o fenômeno da globalização, alguns autores concebem como direitos de quarta geração aqueles inerentes à democracia, informação e pluralismo.

⁴ O conceito de dignidade da pessoa humana nos remete às lições de Kant, para o qual, “o homem – e de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais,

liberdade são tutelados pela lei em primeiro plano, os direitos sociais exigem atos materiais do Estado para a sua concretização. Assim, a superação do modelo de Estado Liberal adveio com a assunção do Estado Social, pretendo a dar azo à adjudicação de direitos vinculados ao mínimo existencial de cada ser humano.

Ainda, o positivismo permitiu à humanidade presenciar, possivelmente, o momento mais trágico de toda a sua história. A ascensão do nazismo, amparado na legalidade estrita e livre de qualquer valor moral, bem como a eclosão da Segunda Guerra Mundial, demonstraram um viés perverso do ser humano. As atrocidades cometidas nesse período causaram perplexidade ao mundo. A exploração e eliminação da vida humana ganharam contornos sistêmicos, desprezando-se qualquer grau de dignidade que pudesse ampará-la.

Todo esse contexto exigiu novas reflexões sobre o Estado Liberal de Direito, especialmente acerca das suas limitações quanto à proteção de direitos fundamentais. Os horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial criaram uma tendência mundial de repensar as funções do Direito. O positivismo jurídico, que alicerçava o Estado Liberal de Direito, dá vez ao fenômeno neoconstitucionalista, que permite a implantação do Estado Constitucional e Democrático de Direito nas principais democracias mundiais.

O neoconstitucionalismo estimula uma nova racionalidade jurídica. A Constituição passa a exercer um efeito irradiador sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Há, ainda, uma aproximação do Direito à moral, com a finalidade de evitar recaídas à produção de leis que observem resquícios meramente burocráticos, sem qualquer corretivo moral, capaz de sustentar graves injustiças, como aquelas experimentadas na Segunda Grande Guerra. Por fim, o ordenamento jurídico passa a experimentar uma forte carga axiológica em razão do advento dos princípios constitucionais, que, assim como todo o texto constitucional, passam a ter reconhecida a sua normatividade.

Essas novas concepções trazidas pelo neoconstitucionalismo exigem uma redefinição acerca do papel das instituições políticas e judiciárias. A Constituição passa a ser o centro determinante da Política e do Direito. Há, com isso, um alargamento das funções do Poder Judiciário, sobretudo da Suprema Corte, diante da sua função de estabelecer a melhor interpretação do texto constitucional.

deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio." (KANT, 2009, p. 58-59).

Tem-se, portanto, uma recombinação de protagonismos. No Estado Liberal de Direito, o Poder Legislativo assumiu o papel principal na orientação das diretrizes sociais, diante da crença estabelecida na suficiência da lei para garantir o adequado arranjo social. No Estado Social, o Poder Executivo assume essa posição, ante a necessidade de implementação de atos concretos para a efetivação de direitos sociais. Já em relação ao Estado Constitucional de Direito, o protagonismo se deslocou ao Poder Judiciário, sobretudo diante da função exercida pelas Supremas Cortes de guardiãs das Constituições.

Contudo, essa centralização do sistema constitucional na figura das Cortes Superiores também não fica ao largo de entraves. Nesse sentido, em sua dissertação de mestrado, Samuel Barbosa dos Santos (2018, p. 120) chega a afirmar que o Poder Judiciário assume feições do Poder Moderador vigente no período do Império no Brasil, tendo em vista ter recebido uma espécie de *status* de superpoder, com a capacidade de controlar os demais Poderes, sem que sofra qualquer tipo de controle de maior ingerência.

O embate, como bem observado por Luis Roberto Barroso (2013, p. 110-111), surge em razão das premissas básicas que vigem no Estado Constitucional e Democrático de Direito. A primeira diz respeito ao constitucionalismo, como pressuposto da limitação do poder e garantia de direitos fundamentais, focado no papel central exercido pelo Poder Judiciário. A segunda, atrelada à democracia, atrai conceitos de governo da maioria e soberania popular. Eventualmente, podem surgir pontos de tensão entre essas duas premissas, recaindo sobre a jurisdição constitucional o controle precípua.

Assim, em alguns momentos, a democracia (regra da maioria) pode parecer se chocar com o constitucionalismo (proteção de direitos fundamentais). Se a direção comunitária é dada pelo consenso majoritário, não é desarrazoado imaginar a possibilidade de decisões tomadas pela maioria que possam afetar negativamente direitos fundamentais, especialmente, de minorias sem representatividade adequada. De certa forma, a maioria prescinde da proteção constitucional, já que albergada pelo processo legislativo estabelecido em bases democráticas majoritárias. Em sentido contrário, a proteção de direitos fundamentais e de minorias pode exigir a intervenção do Poder Judiciário, justamente pelo fato de se tratar do único Poder que não tem compromisso primário com a “regra da maioria”, mas com a efetivação da tutela constitucional de proteção primária desses direitos.

Contudo, essa perspectiva do Poder Judiciário não tem o condão de o tornar antidemocrático, *de per se*. Isso porque a função de proteção dos preceitos constitucionais é fruto de uma escolha democrática. O exercício dessas funções decorre da própria Constituição,

promulgada por uma Assembleia Constituinte constituída por representantes do povo, albergada pelo sustentáculo da democrática.

Da mesma forma ocorre em relação aos direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Decorrem da sujeição democrática de identificação de direitos considerados essenciais para a construção de uma sociedade justa, amparada na dignidade da pessoa humana. A proteção desses direitos pelo Poder Judiciário, portanto, decorre justamente da necessidade de consolidação de escolhas democráticas. E a “regra da maioria” não pode ser admitida como um fim em si mesma, de forma que a própria democracia deve estar comprometida com a garantia de direitos mínimos de todo o povo. Nesse sentido:

Não obstante seja o Judiciário um poder contramajoritário, a sua atuação na implementação e defesa de direitos não se contrapõe à democracia, muito menos aos espaços democráticos de escolha dos cidadãos, a menos que se confunda democracia com vontade da maioria. [...]

O próprio princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo a tal ponto que hoje seria impensável imaginar o constitucionalismo por meio de uma Constituição que não garanta ou instrumentalize a estrutura democrática. (ROSSI; PAMPLONA, 2013. p. 16-17).

No entanto, admitir a preponderância do Poder Judiciário no contexto do Estado Constitucional e Democrático de Direito, não significa ampará-lo de poderes ilimitados, sob pena de violação à separação de poderes, que também é base do constitucionalismo, conforme visto alhures.

No Brasil, a discussão sobre os limites do exercício do poder jurisdicional ganhou maior relevância após a promulgação da Constituição da República de 1988. Diferentemente de outros países, experimentamos os fenômenos da democracia e do neoconstitucionalismo basicamente de forma concomitante. Foi a Carta Magna que inaugurou ambas as diretrizes.

E foi nas duas últimas décadas que a colisão se tornou mais evidente. A judicialização da política se tornou corriqueira, o que potencializou a amplitude de atuação do Poder Judiciário. A população, mais consciente dos seus direitos, passou a se socorrer do Judiciário como forma de coagir os agentes estatais a cumprirem com suas obrigações constitucionais, mormente diante de uma descrença do comprometimento dos agentes políticos com interesse público; agentes políticos, vencidos nas discussões governamentais, encontraram no Poder Judiciário uma forma de questionarem as decisões políticas vencedoras; a atonia de agentes políticos de incluírem em pauta questões de grande repercussão social, relegou ao Poder

Judiciário a decisão sobre “desacordos morais razoáveis”⁵e *hard cases*⁶, de modo a criarem uma blindagem contra eventual desaprovação social acerca da decisão tomada.

Esses fatos trouxeram ao Poder Judiciário a análise de questões que antes ficavam sob a égide de debates parlamentares e dos representantes do Executivo, o que gerou a grande questão que atormenta o Judiciário: decidir ou não decidir. Até que ponto a magistratura está habilitada a dizer o Direito sobre tais hipóteses, de modo a não desrespeitar a separação de poderes.

É nesse contexto que os juízes têm sido acusados de serem ativistas, aqui admitida numa perspectiva cética. Principalmente a égide principiológica do neoconstitucionalismo tem estendido o modo de decidir a padrões nunca antes experimentados, de forma que a argumentação das decisões judiciais tem ganhado holofotes da comunidade jurídica, sob a forte crítica de que o Poder Judiciário tem decidido sobre tudo e conforme a consciência de cada juiz, em contrariedade à separação de poderes e segurança jurídica. O decisionismo arbitrário fica em evidência, sob a reprimenda da aplicação dos princípios sem qualquer cientificismo.

Mas compreender o ativismo judicial não é classificá-lo como sinônimo da experiência contemporânea de judicialização da política. A judicialização da política é uma consequência do constitucionalismo democrático, diferentemente do ativismo, que é uma postura (STRECK, 2011, p. 191). Enquanto aquela é um fenômeno natural do fator neoconstitucionalista, este implica reconhecer o Poder Judiciário se imiscuindo da esfera do legislador e administrador, quando deveria atuar de maneira deferente.

O termo “ativismo judicial” foi inovado pelo jornalista Arthur Schlesinger Júnior, em artigo publicado na *Revista Fortune*, no ano de 1947, tendo analisado fatores que levavam os juízes a decidir determinados casos em que substituíam a vontade do legislador para o fim de promoção de direitos fundamentais de minorias.

⁵ “Desacordos morais razoáveis são constituídos pela inexistência de consenso sobre tópicos polêmicos cujas soluções antagônicas são construídas como produtos de procedimento racional. Em outros termos, são posições diversas e constitucionalmente legítimas que coexistem no seio da sociedade. Questões como reprodução assistida e interrupção voluntária da gestação bem evidenciam esses desacordos, na medida em que há valores constitucionais igualmente relevantes em conflito, que legitimariam tanto as teses favoráveis a essas intervenções como as que visam a coibir essas práticas.” (CARVALHO FILHO, 2015).

⁶ Para o Ministro Luis Roberto Barroso, os *hard cases* dizem respeito àqueles casos em que “a existência de colisão de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Esses são os casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete.” (BARROSO, 2017, p. 353).

Porém, a doutrina clássica costuma indicar origens mais remotas do ativismo, com o desenvolvimento da teoria do *judicial review* pelo direito norte-americano. Isabella Sousa e Magno Gomes (2015, p. 33-34) lembram que, na história estadunidense:

os documentos federalistas são constituídos por oitenta e cinco artigos escritos por Hamilton, Madison e Jay, que participaram da Convenção de Filadélfia, responsável pela aprovação da Constituição Americana de 1787 [...] o controle recíproco se deu de forma mais incisiva em relação ao Poder legislativo por ser considerado o mais corruptível dos poderes. O temor em relação à tirania do Poder Legislativo impediu-o de exercer o controle de constitucionalidade das leis, o que motivou a atribuição desta função ao Poder Judiciário por meio do *judicial review*.

Em 1803, no julgamento do conhecido caso *Marbury vs Madison*⁷, foi concretamente atribuído ao Poder Judiciário o *judicial review*. A Suprema Corte norte-americana reconheceu a superioridade da Constituição no ordenamento jurídico, bem como a responsabilidade dos seus juízes para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos incompatíveis com o texto constitucional. Foi dado o *start* para uma atuação mais incisiva do Judiciário no âmbito do Estado Constitucional Democrático.

Um segundo episódio decidido pela Suprema Corte, igualmente paradigmático, foi o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que pôs fim à doutrina *separate, but equal*, que permitia a segregação racial nas escolas públicas. Nesse caso, inclusive, foi revisto posicionamento anterior da própria Corte que havia convalidado a doutrina segregacionista no caso *Plessy vs Ferguson*, julgado cerca de meio século antes (VIANNA, 2017, p. 75).

Esses dois casos emblemáticos permitiram repensar o Poder Judiciário no controle de políticas públicas, concretização de direitos fundamentais e coordenação das normas infraconstitucionais ao texto da Carta Maior. “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (ROSSI; PAMPLONA, 2013, p. 22).

⁷ De forma resumida, o caso envolveu a análise da nomeação do Juiz Marbury pelo presidente americano Adams, que foi derrotado nas eleições seguintes de 1800 pelo candidato Thomas Jefferson. Com a assunção do novo presidente, o Juiz Madison reviu as nomeações de diversos juízes realizadas pelo então presidente Adams, e verificou que diversas nomeações não estavam completas, inclusive do juiz Marbury, pois ainda não haviam recebido a carta de nomeação. Assim, Marbury teve sua nomeação cancelada, tendo judicializado a questão no famoso caso *Marbury vs Madison*. No caso, o Juiz Marshall, então *Chief Justice*, apreciou a matéria e afirmou a supremacia hierárquica da Constituição, de forma que toda lei contrária ao texto constitucional deveria ser declarada nula. Dessa forma, Marshall considerou que a lei promulgada no governo de Adams era contrária à Constituição e a declarou inconstitucional.

E a experiência da Suprema Corte acerca do *judicial review* irradiou efeitos em “terras brasílicas”. A ampliação da atuação do Poder Judiciário é cada vez mais evidente, especialmente após a Constituição de 1988, que, como já visto, apresentou características hábeis a conformar novas balizas ao Poder Judiciário, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais nela expressos.

Esse novo cenário permite indagar a exigência de uma reanálise da teoria da separação dos poderes. Luiz Werneck Vianna, por exemplo, entende que esse novo contexto exige a flexibilização da teoria, pois “concede-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*.” (1999, p. 37).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, questiona, inclusive, o próprio fundamento de o Poder Judiciário carecer de representatividade autorizativa da postura ativista. Para o Ministro, a legitimação da atuação do Supremo decorre do seu papel contramajoritário, na defesa dos direitos fundamentais; representativo, quando age no vácuo do Congresso; iluminista, quando age contra o Congresso e a opinião pública, mas em nome de um avanço civilizatório (BARROSO, 2018, p. 15). Ainda, o poder dos juízes, assim como qualquer outro poder, também é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade, o que denota o seu caráter representativo (BARROSO, 2018, p. 80). A legitimidade democrática do Judiciário, também quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder o sentimento social, não repousando no uso da força, mas na própria confiança dos cidadãos (BARROSO, 2018, p. 81). Ronald Dworkin corrobora para esse posicionamento, afirmando que “sobre o fundamento de que os juízes não são eleitos, também estão sujeitos a uma responsabilidade política, assim como qualquer agente político.” (DWORKIN, 2010, p. 137).

Outros cientistas jurídicos, em sentido contrário, afirmam que presenciamos épocas de indevida interferência do Judiciário nas demais esferas de Poder, sendo que “o ativismo paternalista do Judiciário é muito mais preocupante, porque visa gerar dificuldades adicionais, e talvez até inviabilizar, a pretensão de consolidação de um regime democrático deliberativo substantivo.” (LEITE, 2014, p. 208).

Identificado o conflito de percepções, dois discursos representam, provavelmente, as correntes mais significativas acerca da matéria. Está-se referindo às correntes procedimentalistas e substancialistas, que exigem um exame mais sensível.

2.3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

Se a corrente procedimentalista tem como seu principal teórico Habermas, o substancialismo tem em Dworkin o seu expoente. Aquela basicamente exige do Poder Judiciário uma postura comprometida com o fomento da democracia deliberativa por intermédio das teorias do discurso e da ação comunicativa. A última prevê os juízes encarregados de uma função concretizadora de valores substanciais decorrentes da Constituição. Segue-se, a partir daqui, a uma análise mais pormenorizada das duas correntes.

A concepção procedimental da democracia prevê que a jurisdição constitucional tem por finalidade a garantia da integridade do procedimento democrático, permitindo a participação política dos cidadãos, com igual oportunidade de influenciar nos processos decisórios. As decisões políticas devem advir do consenso racional dos afetados pela norma construída.

Conforme bem lembra Lenio Streck, os procedimentalistas não reconhecem o papel dos Tribunais como concretizadores da jurisdição constitucional, pois devem se limitar ao controle das regras do jogo democrático (2014, p. 54). Antes de proteger valores substantivos, os juízes devem atuar como forma de enaltecer a democracia, garantindo que suas diretrizes sejam devidamente observadas no contexto de deliberação política, para formação da opinião e da vontade política do tipo inclusivo.

Assim, o Judiciário não teria o condão de definir a melhor resposta para o problema posto à deliberação, mas apenas assegurar a observância das regras do jogo democrático, com a participação de todos e que todas as posições sejam consideradas no contexto deliberativo.

A teoria habermesiana, principal eixo procedimentalista, tem bases na teoria discursiva e do agir comunicativo, fundamentadas no fenômeno do giro linguístico-hermêutico que marcou a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem⁸.

É nessa perspectiva da filosofia da linguagem que nasce a matriz gadameriana, talvez a principal influenciadora da concepção de Habermas sobre a teoria do discurso e do agir comunicativo. Para Hand-Georg Gadamer, a linguagem não é apenas mais um atributo

⁸ A filosofia da consciência permeia-se pela possibilidade de o sujeito conhecer determinado objeto através das estruturas internas de sua racionalidade. Está intimamente ligada ao *Discurso do Método* de Rene Descartes. Seguindo o método correto, o sujeito estaria hábil a produzir conhecimento, fruto da própria razão humana. Em sentido oposto, a filosofia da linguagem prevê que o conhecimento é produzido mediante interações linguísticas entre sujeitos, lastreada por uma razão comunicativa. Assim, a compreensão do mundo não decorre da simples relação entre sujeito e objeto, mas do entendimento comunicativo de sujeitos, do agir discursivo. A exemplo, a definição do que é feio e bonito não decorre da análise singular do objeto, mas apenas pode ser estabelecida após ações relacionais entre sujeitos, permeadas pela linguagem.

do homem no mundo, mas é o meio pelo qual o próprio homem o compreende:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo. Para o homem, o mundo está como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem. (GADAMER, 2015, p. 571).

Essa construção teórica é essencial para o desenvolvimento do pensamento de Habermas, já que todo encaminhamento social deve decorrer da prática do agir comunicativo, de consensos estabelecidos por discursos racionais justificáveis, produzidos por meio da linguagem.

A teoria, que ainda se relacionava com a práxis em um sentido genuíno, concebe a sociedade como um contexto de ação constituído por homens capazes de linguagem, que efetivam o intercâmbio social no contexto de uma comunicação consciente e que tem de se formar como um sujeito total capaz de ação – caso contrário, os destinos de uma sociedade cada vez mais rigidamente racionalizada em seus aspectos particulares escapam em seu todo do cultivo racional, do qual tal sociedade carece ainda mais. (HABERMAS, 2013, p. 470).

Para Habermas, a construção do Direito remete à comunicação entre os participantes, que ofereçam argumentos racionais do seu ponto de vista, e destituídos de qualquer motivo, senão aquele destinado à cooperação de entendimentos entre os participantes:

O sistema de ação e de experiência remete obrigatoriamente a uma forma de comunicação em que os participantes não trocam informações, não controlam nem executam ações e não realizam ou mediam experiências, mas procuram argumentos e oferecem fundamentações. Por essa razão, os discursos exigem a virtualização das coerções da ação, a qual deve levar à exclusão de todos os motivos que não aquele único de uma disposição cooperativa do entendimento e a questões de validade que são separadas daquelas sobre sua gênese. Os discursos possibilitam, assim, a virtualização de pretensões de validade, a qual consiste em apresentarmos uma reserva existencial diante de objetos da ação comunicativa (coisas e acontecimentos, pessoas e proferimentos) e interpretarmos fatos da mesma maneira que normas sob o ponto de vista da existência possível [...] Apenas a estrutura dessa forma propriamente irreal de comunicação garante a possibilidade de um consenso que precisa ser obtido discursivamente e que deve valer como racional. (HABERMAS, 2013, p. 50).

Habermas adota o agir comunicativo, portanto, como o “entendimento linguístico

como mecanismo de coordenação de ações.” (HABERMAS, 2012, p. 477). Essas ações comunicativas não estão coordenadas por motivos egocêntricos ou por pressões externas, mas por atos de entendimento, de forma que cada participante possa conciliar seus planos de ações individuais com as definições comuns estabelecidas entre todos os participantes (HABERMAS, 2012, p. 469). E o acordo comum deve ser alcançado por fundamentos racionais e das convicções partilhadas, em que nenhum participante pode simplesmente impor seu ponto de vista (HABERMAS, 2012, p. 499).

A teoria discursiva da democracia ampara, portanto, a participação em igualdade de direitos e de oportunidades, daqueles que serão afetados pelas deliberações. A participação no processo discursivo pressupõe que cada interlocutor possa oferecer seus argumentos e os pressupostos de validade de suas propostas. Quando o consenso não é possível, surge um conflito de pretensões e de validade, cuja solução deve ocorrer pelo agir comunicativo, com o uso reflexivo da linguagem, que consiste em problematizar as pretensões de validade contrapostas. É o que Habermas denomina de tensão entre facticidade e validade, que deve ser estabilizada pelo Direito (LEITE, 2014, p. 60-61).

Na democracia deliberativa, os participantes intentam chegar a um consenso motivado racionalmente e ancorado na vontade da maioria, mas sempre utilizando o método argumentativo. É meio de legitimação do poder político, baseada na deliberação pública organizada e regida por um acordo de normas que incorporam a participação da sociedade em seu sentido *lato* (LEITE, 2014, p. 63).

Sob essa ótica, o Poder Judiciário deveria atuar nos limites de garantir a compreensão procedimental da Constituição, de criação democrática do Direito (STRECK, 2014, p. 56). Recairia sobre o povo a palavra final de uma questão constitucional, que é o destinatário final do processo deliberativo. Para Katya Kozicki, “aqueles que serão afetados pelas decisões devem considerá-las aceitáveis a partir do pressuposto de que também os outros sujeitos que venham a ser afetados por elas a considerem razoáveis de observância.” (2000, p. 281-281).

Dessa percepção acerca da democracia deliberativa, o foco central está no Poder Legislativo, que tem a vocação originária do debate popular sobre as diretrizes políticas, por meio dos representantes eleitos pelo povo. E, mesmo as decisões sendo tomadas por maioria, não significa reconhecer que os posicionamentos de grupos minoritários não tenham sido considerados durante o debate. Nesse sentido:

Não é correto [...] asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em

consideração a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se passou do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de um para outro. (ÁVILA, 2009, p. 18-19).

Nesse ponto, inclusive, o procedimentalismo é compatível com a própria teoria da *sociedade aberta de intérpretes constitucionais* de Peter Häberle. Para o autor, a interpretação constitucional não pode ficar limitada à expressão última firmada pela Corte Constitucional. Ao contrário, a interpretação se abre de forma ampla, inclusive, pela própria sociedade civil. Peter Häberle baseia sua teoria numa aceção aberta de argumentação e participação pluralista, ampliando os canais de participação democrática (HÄBERLE, 1997, p. 39).

Por outro lado, a teoria desenvolvida por Habermas não passa ao largo de críticas, especialmente, pela suposta utopia de considerar que os envolvidos no processo deliberativo atuariam em condições de igualdade. Richard Posner (2010, p. 124), ao se referir à Habermas, afirma que:

Ele nega que as pessoas sejam ‘dopadas culturais’, manipuladas pelos programas [de televisão] que lhes são oferecidos. É cético de lançar a Suprema Corte no papel de ‘guardiã ou regente pedagógica’ de uma ‘soberania incompetente’. Ele ressalta que, como os partidos políticos são coalizões, é difícil para um político pedir votos em termos limitados aos interesses próprios mais estreitos de membros particulares de sua coalizão. O político tem que ampliar seu pedido, o que ele faz invocando conceitos mais amplos de bem-estar e isso, por sua vez, pode estimular os eleitores a pensarem para além de seus próprios interesses imediatos.

Para Posner (2010, p. 124-125), Habermas ignoraria o fato de que o debate pode ser influenciado pela desigualdade de recursos financeiros, trabalhando com uma deliberação hipotética.

Em sentido oposto, o substancialismo está focado na função do Poder Judiciário como efetivador de valores e direitos fundamentais havidos em nível constitucional. A função da Constituição não seria apenas de impor limites procedimentais e disciplinares à organização dos Poderes estatais, mas também prever limites materiais às ações dos agentes

políticos, inclusive, do próprio legislador. Mesmo nas decisões tomadas majoritariamente, permite-se ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade por meio de uma leitura moral da Constituição. Sob essa perspectiva, o Judiciário estaria contribuindo com a própria democracia, ao concretizar determinados direitos e valores constitucionais que nunca poderiam ser suprimidos sob o auspício da vontade da maioria.

Para os adeptos da teoria substancialista e para os defensores do constitucionalismo dirigente e compromissário no Brasil, não existe qualquer risco de violação aos princípios da separação dos Poderes: o Poder Judiciário, ao atuar no âmbito político, não invade a função típica desenvolvida pelo Legislativo, mas apenas exerce uma atividade interpretativa, cooperativa, em relação aos demais poderes, posto que visa garantir a supremacia da Constituição. (SOUSA; GOMES, 2015, p. 58).

Para Dworkin, a vontade da maioria deve ser limitada quando colidente com a proteção de direitos fundamentais, que são admitidos como trunfos contra a maioria. “Alguns direitos fundamentais se destinam exatamente a impedir que as maiorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer.” (DWORKIN, 2014, p. 450). Por isso, o *judicial review* fortalece a democracia.

Mas a leitura moral da Constituição não significa reconhecer a possibilidade de um decisionismo arbitrário. É nesse ponto que a teoria desenvolvida por Dworkin ganha relevância para a teoria substancialista, ao admitir a necessidade da interpretação do Direito como integridade. A observância da integridade do Direito não é imposição adstrita aos juízes, mas também ao legislador, que deve manter as deliberações políticas coerentes com os princípios constitucionais.

Quanto aos juízes, ao decidirem os casos concretos, devem justificar suas decisões com coerência, a partir da moralidade vigente na comunidade, de forma que não seja uma decisão isolada, mas que possa sustentar a solução de outros casos futuros (DWORKIN, 2010, p. 137). O juiz não é livre para decidir segundo suas convicções pessoais. O Direito, vocacionado pela correção moral, exige a busca pela justiça e uma solução constitucional adequada.

A integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos. Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio da integridade no julgamento: pede aos

responsáveis por decidir o que é a lei, que vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido [...] Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma. (DWORKIN, 2014, p. 203).

Ao trabalhar com o conceito de integridade, Dworkin faz alusão à hipótese do romance em cadeia. Nesse projeto, um grupo de romancista deve escrever um romance em série. Cada romancista deve ser responsável por um capítulo. E cada um deve escrever o capítulo de forma coerente com os anteriores, criando a melhor maneira de garantir o romance em elaboração, transparecendo que a obra foi criação de um único autor (DWORKIN, 2014, p. 276).

O juiz, da mesma forma, ao decidir o caso concreto, deve obedecer à integridade do Direito. Exige uma autoavaliação do magistrado, de forma que sua afirmação jurídica se volte tanto para o passado, analisando toda a construção do Direito levada a efeito pelos tribunais ao longo da história, quanto para o futuro, concebendo uma hipótese decisória que não possa estar limitada àquele caso concreto, mas que seja verificável também aos casos futuros. O juiz deve interpretar o Direito, portanto, como um processo de desenvolvimento (DWORKIN, 2014, p. 271).

Dessa forma, amparado na integridade, Dworkin defende que sempre haverá uma resposta correta, inclusive, para a solução dos *hard cases*. Para tanto, Dworkin concebe um modelo de juiz ideal, com capacidade sobre-humana, que aceita a integridade do Direito, denominando-o de Hércules. É um juiz meticuloso e criterioso, que “[decide] casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.” (DWORKIN, 2014, p. 287-305).

Assim, esse juiz estaria habilitado a dizer a única solução possível no caso concreto, o que afasta qualquer possibilidade de decisionismo. Para Dworkin, se o juiz Hércules decide conforme as próprias convicções e em preceitos políticos, inobservando a integridade do Direito, é um juiz contrário à democracia (DWORKIN, 2010, p. 192-193). Salienta, inclusive, que:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo. (DWORKIN, 2014, p. 451-452).

Ao se referir a “fórum de princípios”, como recorda Luís Roberto Barroso (2018, p. 61), Dworkin disserta que, nas sociedades democráticas, algumas questões devem ser tratadas como questões de princípios e não como questão de poder político, de vontade majoritária. Dessa forma, o Poder Judiciário deve garantir a proteção de valores substanciais decorrentes da Constituição, sempre amparado pelo Direito como integridade.

O sistema constitucional se baseia na ideia de que os homens têm direitos morais contra o Estado, de forma que os Tribunais devem estar preparados para formularem questões de moralidade política e dar uma resposta à sociedade (DWORKIN, 2010, p. 231).

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A constituição, e particularmente a Bill of Rights (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum [...] Essa interferência na prática democrática exige uma justificação. Os redatores da Constituição presumiram que essas restrições poderiam ser justificadas através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria. (DWORKIN, 2010, p. 208-209).

O substancialismo ganhou adeptos perante o Poder Judiciário, sobretudo no Supremo Tribunal Federal. Notadamente nas duas últimas décadas, a Corte Suprema tem enfrentado e decidido questões de alta relevância social, cujo enfrentamento enseja a concepção moral do Direito, evidenciando um posicionamento contramajoritário.

Porém, sobrevêm reprimendas contundentes, inclusive de integrantes da própria magistratura, no sentido de que o Judiciário teria assumido uma postura que atenta contra a separação de poderes e incorre em decisionismos arbitrários.

Lenio Streck (2014, p. 58-61) afirma que a Constituição brasileira é, em si, substantiva. Porém, a rigor, o Brasil estaria longe de ser substancialista ou procedimentalista, seja pelo amplo leque de direitos sociais que não são observados, seja porque estamos distantes de garantir a autonomia dos cidadãos nos procedimentos legislativos.

Mas, se há dúvidas acerca do enquadramento do Brasil em alguma das duas hipóteses, é preciso estabelecer novos conceitos capazes de definir o papel do Poder Judiciário no contexto da democracia, adequados à nossa realidade. Entre as hipóteses pensáveis, a teoria do Compromisso Significativo pode ajudar a estabelecer parâmetros que possam contribuir nessa reflexão.

2.4 COMPROMISSO SIGNIFICATIVO: UMA REFLEXÃO À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

É possível pensar numa atuação mais colaborativa do Poder Judiciário em relação aos demais poderes estatais, o que não implica reconhecer uma conduta passiva ou descompromisso com a tutela de direitos. Ao contrário, é procurar conformar o papel do Poder Judiciário com a criação de uma democracia forte, que fomente posturas reflexivas por parte dos agentes públicos, capazes de inculcar compromissos sérios com a efetivação de direitos fundamentais e diretrizes democráticas.

Antes de o Poder Judiciário chamar para si a solução do caso concreto e dar a última palavra sobre o tema, especialmente nos denominados *hard cases*, é possível fomentar o debate entre os agentes processuais envolvidos. Dessa forma, sociedade civil e agentes governamentais viabilizam a interação acerca das perspectivas que devem ser defendidas e solucionadas, moldando as opções viáveis para a resposta mais adequada da questão em debate. É um processo dialógico, em que a resolução deve ser encontrada pelas partes, que são, em última medida, diretamente afetadas pela decisão judicial.

Refere-se à técnica desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul, denominada de Compromisso Significativo, e aplicada de forma inaugural em casos envolvendo acesso à moradia, que permitiu razoável sucesso na concretização desse direito social.

No caso enfrentado pela Corte Constitucional da África do Sul, deparou-se com o pedido de reintegração de posse de área habitada por dezenas de famílias que viviam em situação de pobreza. Fato é que a ocupação era irregular, de forma que o pedido de reintegração se sustentava juridicamente. Por outro lado, a simples desocupação da área não resolvia o problema social de moradia das famílias. Assim, proposta uma postura dialógica entre envolvidos e agentes políticos, chegou-se à construção conjunta da possibilidade de realocação das famílias em áreas cedidas pela entidade governamental. “O Tribunal vinculou o compromisso significativo com as obrigações que os Municípios têm de se esforçar para a prestação de serviços de forma sustentável.” (SOUZA NETO, 2018, p. 109).

O Compromisso Significativo prioriza, portanto, a solução compartilhada entre os Poderes e a sociedade para assegurar a concretização de direitos fundamentais (VIEIRA JUNIOR, 2015). Porém, mais do que isso, envolve o comprometimento sincero e responsável entre as partes envolvidas para concretização efetiva da solução formada consensualmente.

Esse sistema de resolução tem o benefício de garantir a participação da sociedade na criação da decisão final. E esse é o ponto relevante, uma vez que torna a sociedade e os governantes corresponsáveis pelas decisões tomadas, o que deve garantir maior empenho no

cumprimento daquilo que foi objeto de deliberação e construção conjunta das partes.

A vantagem do método é evitar o que Lenio Streck denomina de “deslocamento de tensão” (2011, p. 190), conferindo maior legitimidade às decisões do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas, utilizando-se de ideais de democracia participativa e diálogos institucionais e, por outro lado, reconhecendo suas limitações institucionais quanto ao tratamento de questões que são afetas às demais esferas de poder, sobretudo pelo fato de os juízes não comporem o corpo de representantes eleitos pelo povo. Nesse sentido:

O Judiciário precisa se renovar com o objetivo de emprestar maior legitimidade às suas decisões, por meio dos ideais da democracia participativa e do diálogo institucional. Chega-se, até aqui, na assunção e no fomento de um novo papel para a Justiça: o de mediador, culminando na tentativa de generalização da aplicação de uma nova técnica de decisão. Pois bem, por ora, já se percebe que o Poder Judiciário não pode ser mais o único e principal ator para a efetivação dos direitos fundamentais. Em verdade, os demais atores (Poder Público e sociedade) até parecem estar mais preparados para o atingimento deste fim. [...]

Aliás, essa ideia de que o juiz se afaste do mérito do problema e se concentre na forma como pode possibilitar que as partes o resolvam é o resultado de uma equação na qual se reconhece que os juízes têm o sério dever de participar da efetivação dos direitos, mas que possuem limitações institucionais e operacionais para esse intento. (SOUZA NETO, 2018, p. 95).

Se a ideia de democracia participativa está associada à noção de atuação concreta do cidadão na política, como agente central de transformação da sua realidade social, implica reconhecer também a possibilidade e necessidade de sua colaboração efetiva perante o Poder Judiciário para concretização de direitos. “Torna-se, portanto, imprescindível a conexão da sociedade com a Administração Pública também pela via judicial [...] Nesse contexto, as Cortes teriam o papel apenas de apoio.” (SOUZA NETO, 2018, p. 91-98).

O Compromisso Significativo tem o mérito de tratar de métodos consensuais de solução de litígio em níveis estruturais. Autoriza que a sociedade e os governantes assumam suas responsabilidades inerentes à democracia participativa, inclusive de eventual insucesso na construção das políticas públicas e falhas na implementação de projetos sociais.

Nesse ponto, aliás, o Poder Judiciário assume papel determinante no contexto do Compromisso Significativo, como fator correcional de eventuais hiatos desse processo cooperativo. A atuação das Cortes não fica adstrita à intermediação das partes. Na ausência de composição do conflito pelo envolvido, o Poder Judiciário assume o protagonismo de dizer o direito no caso concreto, apresentando a solução definitiva no exercício da sua função jurisdicional típica.

Esse exercício correccional, por outro lado, também poderá ocorrer diante da inobservância do compromisso assumido. Vale dizer, a atuação do Poder Judiciário passa por uma etapa de fiscalização do cumprimento dos termos enlaçados, adotando medidas indutivas e coercitivas para conformar a conduta dos envolvidos no compromisso significativo assumido ou, se absolutamente inviável o seu cumprimento, deverá substituir às partes e determinar a solução jurídica do caso. Nessa hipótese, a atuação do Poder Judiciário se aproxima à função exercida no cenário do Estado Inconstitucional de Coisas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional ao analisar a situação de extrema vulnerabilidade que enfrentam os custodiados nas diversas prisões do nosso país. No julgamento da ADPF n. 347/DF, a Suprema Corte identificou o descompromisso generalizado das diversas esferas de Poder em relação ao tratamento concedido aos presidiários.

Trata-se de teoria desenvolvida inicialmente pela Corte Constitucional Colombiana em 1997, em demanda promovida por diversos professores que tinham seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelos agentes políticos.

O julgamento do Supremo demonstrou uma quebra de paradigmas vigentes no âmbito dos processos judiciais afetos ao exame de constitucionalidade normativo. Para além de reconhecer a existência de uma situação de inconstitucionalidade, determinou-se a adoção de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários para tratamento do sistema carcerário nacional⁹.

Houve, portanto, ampla ingerência do Poder Judiciário no âmbito das funções próprias dos demais Poderes, com a determinação de condutas, em perspectiva macro, para a superação do estado de coisas inconstitucional ou, pelo menos, diminuição do impacto negativo exercido sobre a população carcerária. Inclusive, a superação desse estado de coisas passa pela fiscalização do Poder Judiciário, que deve averiguar a materialização das políticas públicas determinadas no comando decisório.

O julgamento da ADPF n. 347/DF gerou enorme divergência na comunidade jurídica e entre os agentes políticos. Para alguns, o órgão de cúpula do Poder Judiciário usurpou das funções dos Poderes Executivo e Legislativo, em afronta ao princípio da separação dos

⁹ No julgamento da ADPF n. 347/DF, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu que: a) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; b) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; c) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

poderes, inerente ao pacto republicano. Para outros, a Corte Suprema apenas determinou a aplicação de comandos constitucionais e legais, o que também não passa ao largo de críticas:

Além disso, tudo o que já foi referido acima demonstra que o ECI acarreta o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos. Explico: não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê. Ora, na especificidade da questão penitenciária, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário. Além do mais o Fundo Penitenciário Nacional, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foi criado por Lei Complementar (LC 79/94 e regulamentada pelo Decreto 1093/94). Em resumo, com a aceitação da tese da ECI fica cada vez mais difícil fazer a comunidade jurídica entender porque existe uma crise no direito e na sua operacionalidade no Brasil. (STRECK, 2015).

De qualquer forma, o julgamento da ação de constitucionalidade representou uma nova perspectiva de atuação do Poder Judiciário, de coordenação conjuntural, impondo obrigações a todas as esferas de governo, inclusive aos próprios Tribunais Estaduais que passariam a organizar a realização das audiências de custódia.

Ao estabelecer tais políticas públicas, o Supremo não se limitou a determinar obrigações pontuais, mas reconheceu a necessidade de que todos os Poderes assumam posturas de compreensão e superação dos problemas envoltos ao sistema carcerário nacional. Ademais, suplantar a questão exige também uma postura mais ativa por parte da Corte Constitucional no que diz respeito ao espaço pós-decisório, diante da necessidade de uma constante fiscalização das políticas públicas por parte do Poder Judiciário.

A despeito do avanço que representou o julgamento da ADPF n. 347/DF, ainda é possível se pensar numa forma de construção da decisão com base na assunção de compromissos estabelecidos pelas próprias partes envolvidas no caso *sub judice*, sem que o Judiciário tenha que se imiscuir nessa função. É o que propõe a teoria do Compromisso Significativo, que representa uma ascensão em relação à teoria do Estado Inconstitucional de Coisas, diante do papel assumido pelas partes na definição da solução do problema.

Contudo, a função de apoio exercida pelo Poder Judiciário no contexto da teoria do Compromisso Significativo não traduz uma postura inerte. Ao contrário, implicará posição ativa quando necessário à proteção de direitos fundamentais individuais ou coletivos. Todo o procedimento de construção democrática da decisão deve ser delineado pelos olhos atentos dos juízes e Cortes nacionais.

O Compromisso Significativo tem por escopo estabelecer um diálogo permanente entre instituições, maximizando a capacidade democrática de dar o melhor significado constitucional aos dilemas coletivos, produzindo as melhores respostas aos direitos fundamentais, levando “a sério o potencial epistêmico da pretendida deliberação interinstitucional, sem desconsiderar a necessidade do estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias.” (PARDO *apud* SOUZA NETO, 2018, p. 91-92).

Permite-se uma exploração de opções para solução de problemas que apenas um processo dialógico e participativo pode autorizar. Assumem-se expectativas responsáveis em torno do compromisso significativo, ultrapassando entraves burocráticos para a efetivação de direitos, amparados pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, nos termos da teoria desenvolvida por Konrad Hesse¹⁰.

O Compromisso Significativo permeia, dessa forma, uma autocontenção do Judiciário, sem prejudicar sua função de garantidor de direitos fundamentais e guardião da Constituição Federal. Eleva a outro patamar a compreensão do fenômeno de autocomposição de litígios, especialmente perante a administração pública que, em regra, baliza-se pelo princípio da indisponibilidade do interesse público para sustentar o desinteresse em formas autocompositivas de solução da lide.

Verifica-se que a teoria tem base em razões procedimentais, fomentando o debate público em suas mais diversas dimensões. Abre-se a leitura do fenômeno constitucional, aproximando-se da teoria de abertura de intérpretes de Peter Haberle. Por outro lado, não se distancia do substancialismo, à medida que exige a efetiva supervisão pelo Poder Judiciário acerca do cumprimento do compromisso assumido, de forma a garantir a concretização dos direitos fundamentais deliberados.

Por certo, a teoria não passa ao largo de críticas, principalmente sob a ótica de que o Poder Judiciário estaria abdicando de suas responsabilidades, com destaque especial ao Supremo Tribunal Federal que, por predicados constitucionais, exerce a função de guardião da Constituição Federal.

Inclusive, a despeito de a teoria ser pouco desenvolvida no Brasil, inexistindo ainda grande aprofundamento acadêmico, já é objeto de iniciativa legislativa pelo parlamento. O

¹⁰ “O que se pode verificar com as teses de Konrad Hesse é a intenção de mostrar a força normativa da Constituição como algo eficaz e capaz de ser aplicável. Ele pretende criticar Lassale, quando este dizia que a Constituição não tem um valor jurídico e somente demonstra a força que determinados grupos sociais e políticos possuem um Estado, sendo um simples pedaço de papel.

Indo mais além, Hesse ainda é contra a afirmação de que o Direito Constitucional não é ciência e que se encontra em contradição com a natureza da Constituição. Ora, a Constituição jurídica possui significado próprio em face da Constituição real e não é apenas uma ciência da realidade nem uma ciência normativa: contém ambas as características” (BORGES, 2016, p. 1).

Projeto de Lei do Senado Federal n. 736, de 2015, que visa alterar a Lei 9.882/1999, tem por escopo disciplinar o conceito de Compromisso Significativo e cria requisitos para sua implementação, nos termos do art. 2º do referido Projeto¹¹.

Quanto ao tratamento equânime dado pelo projeto de lei às teorias do Estado Inconstitucional de Coisas e do Compromisso Significativo, é certo não se tratarem de teorias antagônicas, que se servem de muitos conceitos similares, como já visto. Contudo, além das origens diversas, são teorias que não se confundem e, principalmente, a aplicação do Compromisso Significativo não fica adstrita ao prévio reconhecimento de um Estado Inconstitucional de Coisas.

A teoria do Compromisso Significativo tem um espectro de aplicação muito mais amplo. As possibilidades de sua aplicação são inúmeras, especialmente no âmbito dos direitos sociais e econômicos. Apesar de compatível com o Estado de Coisas Inconstitucional, não exige a compreensão de um descumprimento sistemático de direitos pelo Estado, podendo ser aplicada em hipóteses pontuais, em que o processo dialógico se apresenta como a melhor forma de superação do problema enfrentado.

A teoria traduz, portanto, uma importante ferramenta disponível na solução de casos complexos, que envolvem a necessidade de correções de condutas dos Poderes republicanos para o adequado tratamento da efetivação de direitos fundamentais. Pretende-se evitar, por outro lado, o império da lógica de que o Poder Judiciário sempre deve dar a última palavra sobre as matérias que são levadas ao seu crivo, principalmente, quando a atuação judiciária possa implicar a interferência nas funções precípuas dos demais Poderes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar sobre a democracia é tarefa hercúlea. Os espectros envoltos ao tema estão longe de estabelecer um consenso. Ainda assim, representa a melhor forma de governo já experimentada ao longo da história da humanidade, pois garante ao cidadão a participação

¹¹ Art. 2º A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º-B. Reconhecido o estado de coisas inconstitucional, nos termos do art. 9º-A, o Supremo Tribunal Federal determinará a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos. Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada.”

nas escolhas que direcionam o caminhar da sua comunidade.

A democracia intenciona, portanto, o distanciamento de aspectos autoritários, permitindo que o povo seja o gestor da sua própria sorte. Qualquer outra forma de governo que tende a não respeitar as escolhas dos seus cidadãos, pode beirar o autoritarismo, em maior ou menor grau.

Porém, a democracia não pode ser concebida, tão somente, como observância das escolhas majoritárias. Ela precisa ser contemplada como forma de emancipação social, de respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa humana, permitindo uma adequada qualidade de vida de todos aqueles que vivem em sociedade.

Por essa razão, a leitura de toda e qualquer instituição estatal deve passar pelo filtro do processo democrático. Aqui, inclui-se o Poder Judiciário. Desvinculá-lo do embasamento democrático implica o risco de aproximá-lo de feições autoritárias.

Com efeito, é imprescindível debater o papel do Poder Judiciário nesse cenário; refletir as possibilidades de criação de conexões capazes de garantir a sua compatibilização com a democracia. O ensaio acerca dos limites de atuação dos juízes merece preocupação diária, principalmente, diante da função do Poder Judiciário de correição¹² de desvios dos demais poderes.

A autocontenção do Judiciário deve ser exercida quando necessária. Quanto maior a qualificação democrática de alguma medida política adotada pelo Executivo ou Legislativo, mais cautelosa deve ser a intervenção judicial.¹³

Por outro lado, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos às situações em que os demais poderes possam estar em conflito com parâmetros constitucionais e de direitos fundamentais, sobretudo porque também decorrem de escolhas democráticas.

O grande problema é definir os limites de atuação do Poder Judiciário, notadamente quando envolve a interferência em aspectos inerentes à atuação precípua dos Poderes Legislativo e Executivo, que possuem, em primeira análise, representatividade democrática para definir as linhas mestras do destino da sociedade.

¹² A função de correição deve ser admitida, aqui, em sua forma ampla. É o que ocorre, por exemplo, quando há expurgo de leis inconstitucionais do ordenamento jurídico; aplica sanções em razão da prática de atos de improbidade; exercício do controle de políticas públicas; reconhecimento de direitos de minorias, etc.

¹³ A gênese normativa, por exemplo, pode indicar hipóteses em que o controle de constitucionalidade deva ser mais comedido, tal como ocorre na proposição de leis sujeitas a referendo e plebiscito, ou de emendas constitucionais que exigem maioria qualificada. Em sentido oposto, a partir do momento que o Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma determinada lei, no caso de o Legislativo ou Executivo promulgarem nova norma com igual conteúdo, a novel legislação nasce com uma presunção de inconstitucionalidade, de forma que deve ser justificável a edição do novo comando legislativo a partir de uma conjuntura fática diversa daquela vigente no momento da declaração da inconstitucionalidade.

E a definição desses limites também é alvo de intensos debates na comunidade política e jurídica. Passa, principalmente, pela discussão entre os planos teóricos do procedimentalismo e substancialismo, como já visto. E há grandes defensores de ambas as correntes.

É sob esse contexto que se pretendeu apresentar, ainda que brevemente, um viés possível de atuação do Poder Judiciário, por meio da teoria do Compromisso Significativo, por traduzir hipótese compatível com a democracia deliberativa.

Mediante o Compromisso Significativo, permite-se que os Poderes Legislativo e Executivo atuem com protagonismo na tentativa de solução do problema concreto, mas sem rejeitar eventual necessidade de maior intervenção do Poder Judiciário quando imprescindível para garantir o respeito de direitos fundamentais, especialmente de minorias sub-representadas.

É preciso, portanto, pensar em novas formas de atuação do Poder Judiciário, reinventá-lo dentro da abordagem da democracia e da separação dos poderes. Não se pode pretender afastá-lo da sua função precípua de julgar, mas a sua atuação deve ser compreendida como último recurso para correção de desvios comportamentais de toda ordem.

As altas taxas de litigiosidade que culminam na esfera judicial revelam a necessidade de adoção de medidas capazes de incentivar a solução consensual dos conflitos. Ademais, os dados estatísticos demonstram que os agentes estatais integram a maior parte da massa de litigantes no Poder Judiciário¹⁴. Nesse contexto, o firmamento de Compromissos Significativos pode potencializar a desjudicialização de vários litígios, contribuindo para o desafogamento do Judiciário. A partir da assunção de compromisso sério dos agentes estatais para a efetivação de direitos fundamentais, é ínsita a diminuição de processos judiciais individuais ajuizados para a tutela de tais direitos.

É certo que o tema não se esgota na teoria do Compromisso Significativo. Seu campo de aplicação não é irrestrito; não são todas as contendas levadas ao Judiciário que poderão ser solucionadas mediante a assunção de compromissos pelos entes envolvidos.

Todavia, dentro do seu âmbito de aplicação, é importante ferramenta capaz de fomentar comportamentos adequados aos agentes políticos, principalmente na efetivação de direitos sociais, através do assentimento sério do compromisso de criação de políticas públicas oportunas.

¹⁴ Em pesquisa realizada no ano de 2012, o Conselho Nacional de Justiça identificou que as Administrações Públicas federal, estadual e municipal, compõem cerca de 25% (vinte e cinco por cento) das demandas judiciais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Dessa forma, a teoria do Compromisso Significativo representa um novo viés para a atuação do Poder Judiciário, que exige de todas as esferas de governo a assunção de suas responsabilidades constitucionais para a efetivação de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que pressupõe ao Judiciário a atuação como “soldado de reserva”, apenas ditando a solução definitiva para a lide na hipótese de absoluta inviabilidade de as partes comporem o litígio de forma eficaz e efetiva.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, p. 18-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. A função contramajoritária da Constituição brasileira de 1988 em proteger minorias: estudo sobre ADInO 26. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (coord.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 371-400

BARROSO, Luis Roberto. *A judicialização da vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política: antologia*. Organizado por José Fernandez Santillan. Tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

- BORGES, Clarissa Pereira. *A Força Normativa da Constituição: pensamento de Konrad Hesse*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45890/a-forca-normativa-da-constituicao-pensamento-de-konrad-hesse>. Acesso em: 5 dez. 2019.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (coord.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 67-101.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Tratamento social de transexuais não gera desacordo moral razoável*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-12/observatorio-constitucional-tratamento-social-transexuais-nao-gera-desacordo-moral-razoavel>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 26 nov. 2019.
- CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte. *Revista Direito FGV*, São Paulo, jan./jun. 2010.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 Maiores litigantes*. 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- GAST, Fabrício Rossetti. *Decisão judicial e ponderação no novo Código de Processo Civil brasileiro: uma análise do §2º do artigo 489*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2018.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria e Praxis*. Tradução Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2013.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.
- KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.
- LEITE, Roberto Basilone. *O Papel do Juiz na Democracia. Ativismo Judicial x Ativismo Judicial Jurisdicional. 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTR, 2014.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: Democracia e Constitucionalismo em Oposição ou Tensão Produtiva? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC*, v. 33, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/986>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- SANTOS, Camille Carla Bianchi dos; ARRAES, Roosevelt. A concretização dos objetivos democráticos da República impressos na constituição cidadã. In: ANDRADE, Luiz Gustavo de; ARRAES, Roosevelt (org.). *Política, democracia e ativismo judicial: questões contemporâneas do Direito*. Curitiba: Hum. Publicações, 2017.
- SANTOS, Fabio Ricardo Rodrigues dos. *O Ativismo Congressual: O Poder Legislativo reacionário no resgate Democrático*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2016.

SANTOS, Samuel Barbosa dos. *O valor democrático e a repartição de Poderes: o lugar do Poder Judiciário*. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência) – Centro Universitário Unieuro, Brasília, 2018.

SOUSA, Isabella Sandanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo Judicial, Democracia e Sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. *A força normativa da Constituição, a Judicialização das Políticas Públicas e o Compromisso Significativo*. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 18 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TESSINARI, Clarissa. Supremacia Judicial: uma análise sobre a defesa de posturas ativistas no Direito brasileiro. In: MIRANDA, Jorge et al. (coord). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 163-175.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. A função social do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, ano 9, n. 16, jan./jun. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Senado, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITO SISTÊMICO: UM BREVE ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS AO DIREITO

Wellington Barbosa Nogueira Junior



DIREITO SISTÊMICO: UM BREVE ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS AO DIREITO

SYSTEMIC LAW: A BRIEF STUDY ON THE APPLICATION OF THE SYSTEMIC CONSTELLATIONS TO LAW

Wellington Barbosa Nogueira Junior¹

RESUMO

Na esteira de um novo modelo de justiça, calcado no incentivo à autocomposição e na adoção de práticas de justiça restaurativa, emergiu no horizonte do direito brasileiro um movimento intitulado Direito Sistêmico, baseado nos estudos desenvolvidos pelo psicoterapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger, a partir das experiências decorrentes da aplicação da técnica das constelações sistêmicas familiares. Esse referencial teórico e prático proporciona uma releitura do conflito, do papel ocupado pelas partes, advogados, servidores, magistrados e todos os demais envolvidos no sistema de justiça, convidando-os a adotar uma nova postura, tendente a buscar a solução que reside para além do conflito aparente. O direito sistêmico vale-se do processo judicial como uma plataforma que possibilita a retomada do contato proveitoso e do diálogo entre as partes, em ambiente de respeito, onde elas são convidadas a olhar novamente para o conflito, despidas de intenção e julgamento apriorístico, e, dessa nova perspectiva, possam, auxiliadas por seus advogados e mediatizadas pelos demais servidores do Poder Judiciário, responsabilizar-se por construir e promover os meios que levarão a uma solução consensual que, além de pôr fim àquela específica disputa, efetivamente traga alívio para os envolvidos e paz para a comunidade em que estão inseridos.

Palavras-chave: Direito Sistêmico. Constelações sistêmicas familiares. Mediação. Conciliação. Meios alternativos de solução de controvérsias. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

In the wake of a new model of justice, based on encouraging self-composition and the adoption of restorative justice practices, a movement called Systemic Law emerged on the horizon of

¹ Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM); Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); E-mail: wellington@amc.org.br.

Brazilian law, based on the studies developed by German psychotherapist and philosopher Bert Hellinger, based on experiences arising from the application of the technique of familial systemic constellations. This theoretical and practical framework provides a rereading of the conflict, the role played by the parties, lawyers, servants, judges and all others involved in the justice system, inviting them to adopt a new stance, seeking the solution that lies beyond of apparent conflict. The systemic law uses the judicial process as a platform that allows the return of fruitful contact and dialogue between the parties, in an environment of respect, where they are invited to look at the conflict again, without intention and a priori judgment, and, from this new perspective, may, assisted by their lawyers and mediated by the other servants of the judiciary, be responsible for building and promoting the means that will lead to a consensual solution that, in addition to ending that specific dispute, effectively brings relief to involved and peace for the community in which they operate..

Keywords: Systemic law. Systemic Family Constellations. Mediation. Conciliation. Alternative Dispute Resolution (ADR). Restorative Justice.

1 INTRODUÇÃO

O artigo trata do surgimento de um novo modelo de justiça que se volta para a adoção de formas alternativas de solução de controvérsias e tem por objetivo demonstrar como a aplicação da técnica das constelações sistêmicas familiares pode contribuir para reaproximar os envolvidos no conflito, encorajando-os a protagonizar o processo decisório por meio da autocomposição, que será explicada no desenvolvimento.

O texto está organizado em duas partes.

Na primeira parte, abordar-se-á o esgotamento do modelo tradicional de justiça estatal, marcado pela solução heterocompositiva e pela cultura adversarial, e de como esse velho modelo tem se mostrado incapaz de fazer frente ao enorme volume de processos que se acumulam diariamente nos foros, sem que, ao final do julgamento, as partes envolvidas sintam-se plenamente satisfeitas e aliviadas com a prestação jurisdicional recebida.

Além disso, serão tratadas algumas das alternativas gerenciais adotadas internamente pelo Poder Judiciário para aprimorar a prestação do serviço, tanto no aspecto quantitativo (entrega da jurisdição) quanto no aspecto qualitativo (grau de satisfação do jurisdicionado com a solução recebida). Em seguida, será visto o surgimento de um novo

modelo de justiça no horizonte do Poder Judiciário brasileiro, que, na esteira das políticas adotadas e incentivadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), privilegia a solução consensual (mediação e conciliação) e a adoção de práticas de justiça restaurativa.

A segunda parte do artigo cuidará de um dos principais e mais recentes movimentos desse novo modelo de justiça, que foi denominado pela doutrina especializada de “Direito Sistêmico” e que já vem sendo aplicado, ainda que de forma difusa e não sistematizada, em mais de dezesseis Estados brasileiros, com especial destaque para os trabalhos desenvolvidos por magistrados e servidores integrantes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O objetivo desse estudo é analisar como as constelações sistêmicas familiares, técnica desenvolvida pelo psicólogo e filósofo alemão Bert Hellinger, têm sido aplicadas no Poder Judiciário e se tal técnica pode colaborar de alguma forma para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Ao final, serão tecidas as considerações finais, em que ficará claro como a adoção do referencial teórico e prático das constelações sistêmicas pode trazer alívio para as partes e também para os profissionais do direito envolvidos na solução do conflito, de modo a estimular o crescimento de uma cultura de paz e de incentivo à solução consensual, desonerando, assim, em boa medida, o alto volume de demanda existente atualmente no Poder Judiciário.

2 A CRISE DO MODELO HETEROCOMPOSITIVO E DA CULTURA ADVERSARIAL NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O SURGIMENTO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve um incremento significativo na procura dos jurisdicionados pelo Poder Judiciário no Brasil, com um aumento no número de demandas, o que acarretou o tão conhecido e referenciado problema da demora na prestação jurisdicional.

Atualmente, uma quantidade enorme de processos novos é distribuída diariamente², muito acima da capacidade de julgamento das unidades jurisdicionais, com tendência de agravamento do quadro, se mantidos a mesma estrutura, quadro de funcionários e os mesmos procedimentos adotados até então (AGUIAR NETO, 2010, p. 13).

² De acordo com o sumário executivo do relatório “Justiça em números” publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018 o total de casos novos ingressados foi de 28.052.965 processos (BRASIL, 2019b, p. 3).

Apenas para ilustrar o que foi dito até então, de acordo com o último relatório “Justiça em números”, do Conselho Nacional de Justiça³:

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018 existiam 64,6 milhões ações judiciais.

O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais.

Essa realidade nos obrigou a procurar alternativas gerenciais, que, de um lado, aumentassem a eficiência da prestação jurisdicional e, de outro, estivessem dentro das possibilidades orçamentárias do Poder Judiciário.

Isso porque o custo do serviço judicial brasileiro é considerável, situando-se entre os mais altos das nações ocidentais. No ano de 2018, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 93,7 bilhões, que correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em 2018, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 449,53 por habitante (BRASIL, 2019a, p. 62).

A partir de estudos de estatística e jurimetria, em especial após o surgimento do Conselho Nacional de Justiça, algumas soluções foram apresentadas e implementadas para enfrentar os aspectos internos relacionados ao crescimento da demanda, com avanço significativo no enfrentamento dos acervos e na diminuição das taxas de congestionamento de processos.

Entre os esforços do Poder Judiciário para fazer frente ao crescimento da procura pela tutela jurisdicional, destaca-se o desenvolvimento dos meios alternativos de solução de conflitos, com importante atenção para o estímulo à autocomposição das partes.

Importante, nesse ponto, estabelecer uma distinção entre a autocomposição e a heterocomposição dos conflitos.

A respeito do tema, assim leciona Luiz Antônio Scavone Junior (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 9):

³ BRASIL, 2019a, p. 79.

A jurisdição estatal e a arbitragem representam heterocomposição. A heterocomposição é a solução do conflito pela atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma aplicável ao caso que lhe é apresentado. A solução através do Poder Judiciário (jurisdição estatal) decorre da atribuição sistemática do Estado, que deve dizer o direito e, principalmente, impor a solução do conflito. Sendo assim, a solução judicial será dada pela heterocomposição. Igualmente a arbitragem, que, como vimos, é um meio privado e alternativo à solução judicial de conflitos, desde que esses conflitos sejam decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, solução esta atribuída por intermédio da sentença arbitral, obrigatória para as partes nos termos da Lei 9.307/1996.

(...)

Diferente da jurisdição arbitral e da jurisdição estatal, na conciliação, o conciliador, embora sugira a solução, não pode impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado. De outro lado, tenta que as partes aceitem suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito, a qual deve ser por elas adotada espontaneamente. Em resumo, na conciliação não existe solução sem acordo entre as partes, como ocorre nas soluções judicial e arbitral, nas quais o juiz e o árbitro são dotados de poderes para solucionar o conflito independentemente de acordo entre as partes.

Na mediação, de maneira diversa, o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo.

O resultado útil da conciliação e da mediação é a transação, ou seja, o acordo entre as partes que, igualmente, podem transacionar sem o auxílio de um conciliador ou mediador.

A conciliação, a mediação e a transação espelham autocomposição, o que se afirma na exata medida em que o mediador e o conciliador se restringem a, respectivamente, orientar as partes e sugerir a solução do conflito, de tal sorte que não podem, como faz o juiz ou o árbitro, impor qualquer decisão.

Como se vê, em suma, a autocomposição é um meio de solução do conflito que é promovido e construído pelas próprias partes que o vivenciam, sem que haja a terceirização da decisão para um terceiro imparcial (magistrado, em se tratando de jurisdição; ou árbitro, em se tratando de uma sentença arbitral). A heterocomposição, por sua vez, é um meio de solução que se dá pela intervenção de uma terceira pessoa, equidistante, e que está fora do conflito original. Em vez de as partes resolverem diretamente a disputa, o conflito é submetido a um terceiro que lhes impõe uma decisão.

As vantagens da autocomposição são inúmeras. As partes envolvidas no conflito ganham maior destaque, como protagonistas do processo de solução, sem a necessidade de

esperar por uma resposta, que lhes será imposta pelo Estado-Juiz ou por um árbitro.

A heterocomposição, tradicionalmente adotada pelo Poder Judiciário, é infinitamente menos eficiente, pois, além da natural demora no desenrolar do processo judicial, a sentença proferida pelo magistrado, estranho ao conflito e distante da realidade das partes, na maioria das vezes, está inserida em um contexto adversarial, que afasta e polariza os titulares dos direitos em litígio. A decisão proferida em tal contexto está sujeita à impugnação pela parte perdedora (quando, não raro, é impugnada por ambas as partes, insatisfeitas com o resultado do julgamento), arrastando o conflito para as instâncias superiores, em prejuízo da segurança e da pacificação social.

Esse fenômeno é ainda mais dramático nos conflitos familiares, em especial naqueles que envolvem violência doméstica e familiar, em que a relação subjacente ao processo está permeada de intensas emoções, dores, perdas e desgastes. Muitas vezes o que está em jogo, para além da tutela dos direitos existenciais e patrimoniais dos envolvidos, é a história de vida das pessoas, do amor que formou uma família e que se tencionou ao longo do tempo, até explodir em um episódio trágico e lamentável de violência.

A tramitação processual de forma adversarial, nesses casos, é desgastante e prejudicial a todos os envolvidos (partes, testemunhas, advogados, servidores, magistrado, representante do ministério público e etc.), pois aprofunda ainda mais as feridas e amplia a tensão social existente em torno da ruptura ocasionada no sistema familiar, com reflexos especialmente nocivos aos filhos menores do casal.

É bem possível que se chegue, ao final de uma longa e dolorosa tramitação, à tão aguardada sentença de mérito que porá fim, na melhor das hipóteses, ao processo e ao enfrentamento formal das teses de parte a parte, à luz da verossimilhança dos elementos de convicção postos a influenciar o estado subjetivo do julgador, habilitando-o a escolher, dentre as posições, sempre mui controvertidas, qual está com a razão.

Contudo, é preciso reconhecer, não sem um frustrado lamento, que o ponto culminante do modelo heterocompositivo, que é a resolução do processo pela sentença, na grande maioria dos casos, não contempla as reais expectativas em jogo, passa longe de atender às necessidades dos envolvidos e não traz o esperado alívio ao verdadeiro conflito que deu ensejo à demanda judicial.

Assim, mesmo depois de concluída a instrução processual, julgada a demanda, esgotados os recursos e transitada em julgado a sentença, o conflito resiste esquecido à margem dos escaninhos processuais, pois a tensão que levou à ruptura do tecido social daquele sistema familiar não é dissuadida, permanecendo em estado de latência, à espera,

quem sabe, de um novo pretexto para se manifestar.

Não é raro observar, pois o dia a dia forense está repleto de exemplos, que novas demandas são ajuizadas pelos mesmos envolvidos na lide anterior, com vistas a rediscutir, ainda que sob diferentes matizes, temas relacionados à história familiar mal resolvida (muito comum, por exemplo, que a insatisfação gerada no processo de divórcio litigioso motive futuras disputas do ex-casal no que concerne aos alimentos, guarda dos filhos, partilha de bens, indenizações por dano moral e etc.).

Daí porque, para além dos dados estatísticos, que apontam para o número alarmante de demandas pendentes de julgamento e para o elevado índice de litigiosidade na sociedade brasileira, o que se percebe é que a estrutura tradicional do direito e a cultura adversarial que permeia do processo não têm conseguido trazer o alívio esperado às tensões sociais, fazendo com que se verifique uma piora geral no quadro da prestação jurisdicional, em que pese o notável esforço dos servidores e magistrados, pois os dados revelam considerável aumento da produtividade nos últimos anos:

A produtividade registrou os maiores valores já medidos nos últimos 10 anos, com crescimento tanto da produtividade individual (média por magistrado e servidor), quanto na global (total de baixados e de sentenças).

Em 2018, houve aumento no número de processos baixados, que chegou a 31.883.392.

A produtividade média dos magistrados cresceu em 4,2%, atingindo o maior percentual da última década, com média de 1.877.

O número de sentenças também cresceu – em 2018, foram julgados quase 1 milhão de processos a mais do que no ano anterior (2017).

O número de sentenças chegou ao ápice da série histórica: 32.399.651.

Em média, cada juiz julgou quase 8 casos por dia útil do ano.

Crescimento da produtividade ocorreu em todas as instâncias: 1º grau, 2º grau e tribunais superiores⁴.

Contudo, por mais que os servidores, magistrados e demais agentes encarregados da prestação jurisdicional se esmerem diariamente para dar conta do alto volume de processos, o que se vê, na maioria dos casos, é o descontentamento das partes com o resultado final de todo esse trabalho, pois a sentença que traz a solução institucional à demanda, quando muito, dá cabo de resolver a contenda que se mostra aparente na formalidade das narrativas

⁴ BRASIL, 2019b, p. 4.

das partes, mas não é capaz de alcançar o âmago do conflito social que permanece oculto sob os autos.

Trata-se, portanto, de uma profunda crise do modelo adversarial e heterocompositivo de justiça, que, não obstante venha se mostrando insatisfatório para atender ao anseio de pacificação social, goza de grande protagonismo no cenário jurídico brasileiro.

Em razão da necessidade de mudar esse quadro e fomentar as soluções conciliatórias é que surgiu, dentro do Poder Judiciário, o movimento que culminou na edição da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que impôs aos tribunais de todo o país a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos⁵ e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou CEJUSCs), unidades do Poder Judiciário responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão⁶.

O objetivo da referida resolução foi incentivar a adoção dos métodos autocompositivos, cabendo aos órgãos do Poder Judiciário, antes da solução adjudicada mediante sentença (forma heterocompositiva tradicional), oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Seguindo essa mesma linha, o Código de Processo Civil de 2015, em boa hora, consolidou no plano normativo a alternativa autocompositiva, estabelecendo a audiência de conciliação ou mediação como etapa obrigatória do procedimento comum, dispensada apenas em hipóteses excepcionais. Além disso, o CPC trata em seu art. 165 da criação obrigatória dos CEJUSCs, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A respeito das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil, vale mencionar a brilhante lição do magistrado paulista Fernando da Fonseca Gajardoni⁷:

O §§ 2.º e 3.º do art. 3.º do CPC/2015 estabelecem, como norma fundamental do processo civil brasileiro, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados,

⁵ BRASIL, 2010, art. 7º.

⁶ BRASIL, 2010, art. 8º.

⁷ GAJARDONI, 2016, comentários ao art. 334.

defensores públicos e membros do Ministério Público (inclusive no curso do processo judicial). Na mesma toada, o art. 139, V, do CPC/2015 coloca entre os deveres do juiz, na presidência do processo, o de tentar, a todo tempo, a conciliação e a mediação, preferencialmente, com auxílio de conciliadores e mediadores. Já o art. 165 e ss. do CPC/2015, complementado pela Lei n.º 13.140/2015 (arts. 4.º a 8.º), disciplina a figura do mediador e do conciliador, auxiliares da Justiça que doravante, pelo modelo de processo civil proposto pelo CPC/2015, terão papel fundamental na realização das audiências de conciliação/mediação do rito comum (art. 334 e parágrafos do CPC/2015) e das ações de família (art. 695 do CPC/2015). Vale referenciar, ainda, que desde 2010 há uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (Resolução nº 125) que disciplina a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Em uma análise comparativa do modelo adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 e aquele trazido pelo de 2015, prossegue o renomado jurista, afirmando que o novo diploma legal representa uma tentativa de substituição da cultura do litígio (modelo adversarial de processo) por uma cultura da pacificação (modelo autocompositivo):

Enquanto no CPC/1973 a conciliação estava entre os deveres do juiz (art. 125, IV, CPC/1973), no CPC/2015 o instituto alcançou *status* maior. O incentivo à sua prática está entre as normas fundamentais do processo civil, dever de todos os atores do processo (advogados, juízes, promotores, defensores etc.) e do próprio Estado (art. 3.º do CPC/2015). Aliás, o CPC/2015 usa as expressões “mediação” e “conciliação” ao menos 44 vezes, o que comprova o prestígio do instituto no novo modelo de processo civil proposto. A Lei n.º 13.105/2015, com a Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação), disciplinam e profissionalizam, ainda, a figura do mediador/conciliador – profissional qualificado por prévio curso de capacitação, recrutado por concurso público (cargo público) ou mediante cadastramento no Poder Judiciário (art. 167 do CPC/2015) –, que, doravante, será remunerado conforme regramento a ser editado pelo CNJ/Tribunais. E o mais importante: o CPC/2015 estabelece que nas ações de rito comum (modelo procedimental que substituirá os ritos ordinário e sumário) e em alguns procedimentos especiais (*v.g.*, ações de família) o juiz, logo ao despachar inicial, designará audiência de conciliação ou de mediação, a ser conduzida, onde houver, necessariamente por conciliador ou mediador. Indubitavelmente, a ampla disciplina da temática no ordenamento jurídico brasileiro comprova o escopo legislativo de: a) contornar o grave problema do congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, tentando solucioná-lo pela via da conciliação/mediação dos conflitos (o que não é bom); e b) dotar o sistema de variados métodos de solução de conflitos (Tribunal Multiportas), permitindo que as partes ou natureza do conflito definam qual deles é o mais adequado ao caso (o que é muito bom!).

Mesmo com todas essas mudanças trazidas pelo CPC de 2015 e pela Resolução n. 125 do CNJ, o número de processos resolvidos, efetivamente, por meios autocompositivos ainda é baixo no Brasil.

Apenas para ilustrar, no ano de 2018, o índice geral de conciliação no Brasil, que é medido pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em comparação com o total de sentenças e decisões terminativas proferidas, foi de apenas 12%⁸. Ou seja, apenas 12% de todos os processos julgados pela Justiça Brasileira foram extintos por mediação ou conciliação. Na Justiça Estadual, que goza de maior capilaridade e maior volume de processos, esse número é ainda menor, com preocupantes 10,4%⁹ das demandas extintas por solução negociada.

Esses dados mostram que é preciso uma mudança mais profunda, não apenas no plano normativo, mas também do ponto de vista estrutural, com a ampliação e criação dos CEJUSCs, além do incentivo para uma mudança inclusive de natureza cultural, que supere a cultura do litígio e faça emergir uma cultura de paz no ambiente forense.

Ainda nessa perspectiva de transformação do modelo heterocompositivo tradicional, que se verifica com as mudanças recentes na legislação processual civil, vislumbra-se, também, o descortinar de um novo olhar para direito penal e processual penal, em especial no que diz respeito aos efeitos da condenação e às finalidades da pena, com foco voltado para as necessidades imediatas das vítimas, dos ofensores e da comunidade atingida pelo delito.

A essa nova maneira de olhar o direito penal, a doutrina chama “Justiça Restaurativa”, como forma de contrapor, ou melhor, de complementar, o modelo tradicional denominado de justiça retributiva.

De acordo com Howard Zehr, uma das maiores referências no tema (ZEHR, 2017, p. 100):

A Justiça Restaurativa surgiu nos anos 1970 como esforço para corrigir algumas das fraquezas do sistema jurídico ocidental e, ao mesmo tempo, como forma de construir em cima de suas qualidades. A maior preocupação tem sido a negligência das vítimas e suas necessidades. O sistema judiciário trata basicamente do que fazer com os ofensores. Ele tem sido levado pelo desejo de realmente responsabilizar aqueles que causam danos. Reconhecendo que a punição é frequentemente ineficaz, a Justiça Restaurativa visa ajudar os ofensores a reconhecer o dano que causaram e encorajá-los a reparar o dano na medida do possível. Em vez de obsessão em relação ao castigo que os ofensores merecem

⁸ BRASIL, 2019a, p. 142.

⁹ *ibidem*

receber, a Justiça Restaurativa focaliza a reparação do dano causado pelo crime e o envolvimento dos indivíduos e dos membros da comunidade nesse processo.

De forma bastante didática, o referido autor afirma que a justiça retributiva e a justiça restaurativa podem ser encaradas como duas lentes diferentes para enxergar o fenômeno do crime. Pela ótica da justiça retributiva, o foco reside na violação da lei e no reconhecimento da culpa do ofensor, para que lhe seja aplicada a sanção estatal correspondente; por outro lado, pela ótica da justiça restaurativa, o foco reside no dano sofrido e nas necessidades da vítima, a fim de que o agressor se responsabilize pela reparação do mal causado, atendendo, assim, às necessidades daqueles que foram afetados pelo delito, na medida do possível.

Em sua obra “Trocando as lentes”, Howard Zehr apresenta a síntese dos modelos de justiça penal existentes atualmente e que, segundo ele, podem conviver perfeitamente juntos, pois um não exclui o outro, mas são complementares e aperfeiçoam-se reciprocamente (ZEHR, 2018, p. 214):

Segundo a justiça retributiva: (1) o crime viola o Estado e suas leis; (2) o foco da justiça é o estabelecimento da culpa (3) para que se possa administrar doses de dor; (4) a justiça é buscada através de um conflito entre adversários (5) no qual o ofensor está contra o Estado; (6) regras e intenções valem mais que os resultados; (6). Um lado ganha e o outro perde.

Segundo a justiça restaurativa: (1) o crime viola pessoas e relacionamentos; (2) a justiça visa identificar necessidades e obrigações (3) para que as coisas fiquem bem; (4) a justiça fomenta o diálogo e entendimento mútuo; (5) dá às vítimas e ofensores papéis principais; (6) é avaliada pela medida em que responsabilidades foram assumidas, necessidades atendidas, e cura (de indivíduos e relacionamentos) promovida.

A justiça restaurativa tem se desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, por meio de diversas ações incentivadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A implementação de práticas de Justiça Restaurativa foi apontada como uma das metas nacionais do CNJ para o ano de 2016, tendo sido editada a Resolução n. 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário.

De acordo com a referida resolução, em seu art. 1º, a Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistemático de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado (BRASIL, 2016).

No art. 8º é previsto que os procedimentos restaurativos consistem em sessões

coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões (BRASIL, 2016).

O grande mérito da justiça restaurativa consiste em chamar a atenção para a necessidade de mudança, de abertura do Poder Judiciário para uma nova forma de composição dos litígios sociais, não centrada apenas em encontrar um responsável pelo delito e aplicar-lhe uma sanção, mas em voltar os olhos para os envolvidos direta e indiretamente no conflito e trazê-los para o protagonismo da construção de uma solução que contemple as necessidades da vítima.

A estrutura tradicional do direito, que se reflete na cultura adversarial do processo judicial, desconfia da capacidade das partes de lidar e solver os próprios conflitos. A construção histórica do nosso modelo de jurisdição estatal surgiu da necessidade de frear a autotutela e a justiça privada, de modo que, instaurado o conflito, o Estado é chamado para intervir e substituir as partes envolvidas, a fim de apresentar, ao caso, a solução institucionalizada pela norma.

No processo penal tradicional, em especial nos crimes de ação penal pública, o papel da vítima é bastante reduzido, limitando-se, quando muito, a exercer o direito de representação nas ações condicionadas e a, eventualmente, quando possível, ser ouvida em juízo na fase de instrução. Em nosso sistema, à exceção do procedimento sumaríssimo dos juizados especiais criminais, a questão relativa à reparação dos danos causados e às necessidades da vítima é relegada quase que exclusivamente para a esfera cível, sendo totalmente desencorajada, salvo raras exceções, aproximação entre o agressor e a vítima.

Com a adoção de práticas de justiça restaurativa, o que se busca não é a omissão ou a diminuição do Estado ou o retorno à justiça puramente privada, mas sim que o Estado assuma um papel diferente, de mediador do conflito e não de protagonista absoluto da sua resolução. Para a justiça restaurativa, o protagonismo deve permanecer com as partes e com a comunidade afetada pelo conflito; e o Estado, por sua vez, deve fornecer as plataformas e a estrutura necessárias para possibilitar a construção dialética da solução autocompositiva, sem prejuízo da punição dos responsáveis pelo delito.

Em vez do esgarçamento da relação e da perpetuação do conflito por meio da mera retribuição do mal do crime com o mal da pena, o que se pretende com essa nova ótica é dar poder às partes em disputa para que, por meio de uma solução negociada, ocorra a assunção das responsabilidades e a recomposição do tecido social rompido, contemplando os

interesses e necessidades não apenas da vítima, mas também do ofensor e da comunidade atingida.

Como se vê, a partir das políticas internas adotadas pelo CNJ nas resoluções n. 125/2010 e 225/2016, o Poder Judiciário tem se esforçado para criar alternativas gerenciais de enfrentamento do elevado número de demandas judiciais. Mas não é só. Além do inegável aumento da produtividade e dos ganhos numéricos e estatísticos, as mudanças implementadas com o fomento à conciliação e à adoção das práticas de justiça restaurativa visam também à uma melhora no quadro geral da qualidade do serviço prestado e entregue à sociedade.

Daí porque o que se vislumbra no horizonte do Poder Judiciário brasileiro é o surgimento de um novo modelo de justiça, que tem como base o incentivo à autocomposição e à adoção de práticas de justiça restaurativa. Resta saber, agora, como ocorrerá a implementação desse novo modelo e quanto tempo ainda irá demorar para que essa nova forma de encarar o direito vença a resistência da longa tradição adversarial incutida na cultura jurídica brasileira.

A seguir, veremos como a aplicação de algumas técnicas multidisciplinares, importadas do campo da psicoterapia sistêmico-fenomenológica e inseridas no contexto das práticas restaurativas e autocompositivas, pode contribuir para a construção desse novo modelo de justiça.

3 DIREITO SISTÊMICO: APLICAÇÃO DA TÉCNICA DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS FAMILIARES AO DIREITO

Entre os procedimentos restaurativos com grande destaque na prática adotada por alguns setores do Poder Judiciário brasileiro encontra-se o chamado “Direito Sistêmico”, expressão que “surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger” (STORCH, 2010).

Como se vê, a base e a inspiração do direito sistêmico são a técnica da constelação familiar¹⁰, desenvolvida pelo psicoterapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger, com fundamento

¹⁰ Como bem adverte a página eletrônica do Instituto Bert Hellinger Brasil Central, o nome original do trabalho desenvolvido por Bert Hellinger em alemão é *Familienaufstellung* e significaria numa tradução literal “Representação familiar”. Porém o verbo “*stellen*” em alemão foi traduzido ao inglês como “*constellate*”, ou seja, posicionar certos elementos numa configuração dada. Como o primeiro livro traduzido para o português veio de uma versão inglesa da obra, ficou consagrada a expressão “constelações familiares”. O termo “constelação”, portanto, nada tem a ver com estrelas, astrologia, esoterismo ou similares, mas tem sim uma conotação de uma representação onde os elementos são posicionados numa certa configuração de relações.

em uma metodologia sistêmico-fenomenológica (ROSA, 2014, p. 1).

De acordo com os estudos de Edmund Husserl, a fenomenologia pode ser entendida como a ciência dos conhecimentos como fenômenos (*Erscheinungen*), manifestações, atos da consciência em que se exibem, se tornam conscientes, passiva ou ativamente, estas e aquelas objetividades; e, por outro lado, ciência destas objetividades enquanto a si mesmas se exibem deste modo (Husserl, 1990, p. 34-35 *apud* GALEFFI, 2000: 25-26).

Como bem esclarece Dante Augusto Galeffi¹¹:

Fenomenologia, o nome denuncia tratar-se de uma “ciência do fenômeno”. Entretanto, como haveremos de compreender o sentido fenomenológico da palavra “fenômeno”? ‘Fenômeno’, do grego *phainómenon*, significa “aquilo que aparece”. A palavra deriva do verbo grego *phainomenai*: “eu apareço”. O que “aparece” é aquilo que se mostra à luz, o “brilhante” (*phaino*).

Entretanto, apesar da palavra “fenômeno” designar o que aparece, ela é usada preferencialmente para designar o próprio aparecer, isto é, o fenômeno da consciência ou, usando o que Husserl considerava uma “expressão grosseiramente psicológica”, o fenômeno subjetivo.

(...)

Nesse sentido, a palavra “fenômeno” é para a fenomenologia algo que compreende, simultaneamente, tanto o aparecer quanto aquilo que aparece: a relação indissociável entre o sujeito e o mundo, a consciência e seus objetos. A fenomenologia, portanto, ocupa-se do “fenômeno” em duplo sentido: na sua estrutura e no seu aspecto (aparência).

(...)

Então, podemos dizer precisamente que aquilo que na maioria das vezes “não se mostra e sim se mantém velado...” é o único “fenômeno” que interessa à investigação fenomenológica. Trata-se, para Husserl, do “retorno à consciência”; retorno que é uma determinação do sentido do ser-do-homem enquanto ser-no-mundo. No caso, o problema do retorno à consciência encontra expressão suficientemente clara no modo como a mesma é compreendida pela fenomenologia, a saber: a consciência é sempre consciência de alguma coisa. Em outras palavras, segundo esta máxima fenomenológica, não existe uma consciência em si, portanto, um ser em si, pois a consciência só se apreende como “relação”, isto é, ela existe enquanto relação de eventos vivos e concatenados: a consciência é sempre consciência de um ser-no-mundo, portanto, um “existencial concreto”.

Disponível em: <https://www.hellinger.com/pt/constelacao-familiar/o-que-e-constelacao-familiar/o-termo-familienstellen/>.

¹¹ GALEFFI, 2000, p.25-26.

O método fenomenológico desenvolvido por Husserl nos convida a fazer uma redução de perspectiva, ou seja, nos propõe colocar o mundo objetivo entre parênteses, para que, da análise dos objetos em si e da relação da consciência do sujeito que os investiga, possa brotar o conhecimento essencial de suas causas. É um método que duvida que a verdade das coisas reside naquilo que é aparente, pois, na maioria das vezes, o essencial se mantém velado e somente pode ser acessado quando o observador se despe de todas as suas intenções, julgamentos e conhecimentos apriorísticos sobre a coisa investigada, para, só então, entrar em relação direta com o objeto que se lhe apresenta como fenômeno, como um aparecer intersubjetivo e transcendente, que permite a relação de conhecimento direto entre o ser-do-objeto conhecido e o ser-do-sujeito que o observa.

De acordo com esse método, somente quando o sujeito cognoscente se expõe de forma desinteressada e livre de prévia intenção ao objeto conhecido, por meio da redução fenomenológica, é que a consciência, necessariamente relacional, do que constitui o objeto pode se dar e apresentar-se, assim, como fenômeno conhecido e compreendido pela perspectiva daquele que o observa.

A partir da aplicação desse método fenomenológico às sessões de terapia é que o psicoterapeuta Bert Hellinger descobriu a existência de uma ordem velada, de uma pulsão da natureza que atua inconscientemente nas relações humanas, fazendo com que os indivíduos pertencentes a um determinado sistema social adotem certos comportamentos que, aparentemente, contrariam a lógica, a razão, a moral e o direito, mas que, analisados após uma redução fenomenológica, revelam estar de acordo com uma lealdade velada, uma fidelidade a leis ocultas que atuam e produzem efeitos nos relacionamentos interpessoais.

A essa “ordem velada”, que atua nos bastidores do inconsciente das relações humanas, Bert Hellinger deu o nome de “leis sistêmicas” dos relacionamentos, ou, como são mais conhecidas, “ordens do amor”. São três leis básicas: (i) lei do pertencimento; (ii) lei da ordem (por alguns denominada de lei da hierarquia); e (iii) lei do equilíbrio entre o dar e o receber. Não é objeto deste artigo o estudo aprofundado de cada uma dessas leis, bastando que se saiba, por ora, que elas se repetem em todos os sistemas familiares e, quando uma delas é violada, surge a desarmonia e o conflito.

A respeito do tema, assim destaca a magistrada Wanda Lúcia Ramos da Silva¹²:

A propriedade de lei atribuída a essas dinâmicas decorre do fato de estabelecerem uma relação constante entre fenômenos que ocorrem com certa regularidade,

¹² SILVA, 2015, p. 13.

associando causa e efeito. O primeiro campo de observação de Bert Hellinger é a família, por ser o núcleo de onde emanam os principais efeitos nas nossas relações pessoais, sociais e profissionais. Sustenta o filósofo que estar em sintonia com as leis sistêmicas dos relacionamentos no nosso sistema familiar é o primeiro e fundamental passo para relacionamentos bem-sucedidos com nossos parceiros, sucesso na profissão e na criação dos filhos. Hellinger verificou ainda que tais leis são igualmente aplicáveis aos demais sistemas vivos e dinâmicos, ou seja, naqueles âmbitos do relacionamento humano onde o todo é maior que a soma dos elementos unitários e onde há influência recíproca entre todos os componentes, como é o caso de sociedades, empresas, organizações, escolas, comunidade, etc.

Isso porque, embora, aparentemente, uma pessoa se apresente e se manifeste de forma autônoma no mundo, a observação fenomenológica nos mostra que o indivíduo não pode ser compreendido de forma isolada, mas também e, necessariamente, como pertencente a um (ou mais) sistema (s), sendo o primeiro e mais importante, o sistema familiar de origem.

Partindo da descoberta dessas leis que atuam nos sistemas sociais, Bert Hellinger desenvolveu um tipo específico de terapia, a qual consiste em expor-se ao sistema familiar de origem do paciente e observar como nele se desenvolve a dinâmica dos afetos na interação entre os representantes que são colocados para reproduzir os integrantes daquela família. Para tanto, utiliza-se da técnica da constelação (representação) familiar, que, nas palavras de Sami Storch¹³:

Trata-se de uma terapia breve, onde a questão é tratada em um único encontro entre o cliente e o terapeuta. O procedimento básico é o seguinte: utilizam-se pessoas externas ao sistema do cliente para representar os membros de sua família e, quando a pessoa é colocada no lugar de algum familiar do cliente, começa a manifestar sensações e pensamentos da pessoa que está sendo representada.

É uma experiência impressionante, pois o representante, sem perder a própria consciência, se sente e se comporta exatamente como a pessoa que ele está representando, mesmo que não a conheça, chegando a experimentar, inclusive, seus sintomas físicos, emocionais e psíquicos. Podem-se utilizar representantes para familiares vivos e para antepassados já falecidos, que durante a constelação podem indicar claramente a origem da questão, trazendo à luz as dinâmicas ocultas que atuam naquela família e indicando o movimento necessário para a cura.

É um fenômeno da natureza, a força que faz com que isso aconteça e aponta o caminho para a solução – por meio da inclusão de alguém que tenha sido excluído, da união do que tenha sido separado e do respeito a alguma outra ordem que fora violada.

¹³ STORCH, 2010b

O terapeuta/facilitador e as demais pessoas presentes se expõem a esse fenômeno e, sem qualquer julgamento, observam a realidade que se mostra e a solução que o próprio sistema apresenta, através da constelação. Por isso, o método de constelações sistêmicas é classificado como uma terapia sistêmica fenomenológica.

A partir disso, vêm à tona dinâmicas que estavam ocultas naquela família, conflitos e traumas que envolveram antepassados e que projetam seus efeitos ao longo das gerações seguintes, causando os efeitos atualmente sentidos pelo cliente – problemas em relacionamentos afetivos, depressão, vícios, dificuldades financeiras, conflitos familiares, bloqueios comportamentais, etc.

Com a prática das constelações familiares, Hellinger descobriu que determinados transtornos e doenças têm, frequentemente, origem em fatos ocorridos no passado familiar.

Como se vê, trata-se de uma técnica de representação espacial das relações familiares (SILVA, 2019), que pode ser feita tanto individualmente quanto em grupo, e que permite identificar os pontos de tensão psicológica e os bloqueios emocionais dos membros de um determinado sistema familiar, mostrando, com relativa simplicidade, onde se encontra a raiz dos desequilíbrios nos relacionamentos.

Da observação dos fenômenos que se apresentam dentro do sistema, sem quaisquer expectativas, deduções ou julgamentos prévios, é possível identificar as possíveis causas ou origens do desequilíbrio que, necessariamente, decorre da violação a pelo menos uma das leis sistêmicas anteriormente enumeradas.

A violação às leis sistêmicas dentro de um sistema familiar geralmente ocasiona o que Bert Hellinger denominou de “emaranhamento sistêmico”. Nos sistemas familiares comumente encontramos emaranhamentos, que são repetições de padrões familiares nocivos para o indivíduo (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 21):

Emaranhamento significa que alguém na família retoma e revive inconscientemente o destino de um familiar que viveu antes dele. Se, por exemplo, numa família, uma criança foi entregue para adoção, mesmo numa geração anterior, então um membro posterior dessa família se comporta como se ele mesmo tivesse sido entregue. Sem conhecer esse emaranhamento não poderá se livrar dele. A solução segue o caminho contrário: a pessoa que foi entregue para adoção entra novamente em jogo. É colocada, por exemplo, na constelação familiar. De repente, a pessoa que foi excluída da família passa a ser uma proteção para aquela que estava identificada com ela. Quando essa pessoa volta a fazer parte do sistema familiar e é honrada, ela olha afetuosamente para os descendentes.

Como esclarecem os professores Fabiano Oldoni e Márcia Sarubbi Lippmann, as constelações familiares contribuem para a transformação do conflito, desvelando os emaranhamentos e, também, em determinados casos, possibilitando ao indivíduo, sempre compreendido como membro de um sistema, a tomada de posição que leve à ruptura de um padrão comportamental transgeracional, que lhe causa perdas (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 22).

É que, como nos ensina Milena Patrícia da Silva (SILVA, 2019):

Quando uma informação é trazida do nível inconsciente para o nível consciente, acontece uma compreensão do todo. Nesse sentido, existe a possibilidade de solução. Solução, nesse contexto das Constelações Sistêmicas significa chegar a algo essencial que traga alívio e compreensão e, dependendo do caso, a quebra de repetições de padrões. Ou seja, quando se observa uma situação através da Constelação Sistêmica é possível verificar quais são as lealdades sistêmicas (ou repetição de padrões transgeracionais) existindo uma possibilidade de poder deixar de segui-las.

Com efeito, o sentimento de lealdade e de pertencimento ao sistema familiar leva as pessoas a repetir padrões familiares de forma inconsciente, por meio da adoção de condutas aparentemente ilógicas, imorais e ilegais, inclusive em prejuízo próprio ou de terceiros, mas uma vez compreendida a raiz oculta do distúrbio psicológico que a constelação familiar traz à tona, a pessoa pode, já de forma consciente, encontrar meios de superar essa condição, contribuindo para um aperfeiçoamento pessoal e para a harmonia das relações intersubjetivas, trazendo o alívio de uma solução interior que projeta efeitos na comunidade.

De acordo com o próprio Bert Hellinger¹⁴: “os relacionamentos tendem a ser orientados em direção a ordens ocultas. [...] O uso desse método faz emergir novas possibilidades de entender o contexto dos conflitos e trazer soluções que causam alívio a todos os envolvidos”.

A importância da perspectiva trazida pelas constelações familiares para o direito e para o sistema de justiça é inegável, já que não é difícil imaginar que os conflitos subjacentes às demandas ajuizadas diariamente perante o Poder Judiciário podem ter (e comumente têm) origem justamente no desequilíbrio decorrente da violação de uma ou mais leis sistêmicas.

Como nos mostra a magistrada Wanda Lúcia Ramos da Silva¹⁵:

No trabalho dos juízes, a observação do desrespeito às leis positivadas é

¹⁴ HELLINGER, Bert; FRANKE-BRYSON, 2013, p. 15

¹⁵ SILVA, 2015, p. 13-18.

apriorística, já que, por inferência, um processo judicial supõe alguma forma de infração à norma estatal. Mas ainda que nenhuma ilegalidade seja reconhecida pelo juiz, a mera existência do processo pode ser considerada como o resultado da obliteração dessas normas principiológicas de natureza sistêmica, pois o processo representa um sintoma de distúrbio no relacionamento. O litígio judicial, portanto, pode ser considerado como um sintoma de desrespeito às leis sistêmicas, seja na família, seja nas organizações. Com isso estou afirmando que a perturbação às leis sistêmicas é o antecedente necessário da infração à norma positivada ou à existência do processo em si mesmo. Porém, frequentemente a decisão judicial trata o sintoma, mas sequer tangencia a raiz do problema, o que faz com que a sentença seja apenas um paliativo e não a solução efetiva, não evitando, desta forma, novos processos.

(...)

Inclusão e pertencimento, ordem e hierarquia de chegada, equilíbrio entre o dar e o receber, são plataformas a partir das quais podemos olhar a relação entre as partes de forma diferente, pois onde um processo separa, por colocar as partes como adversárias, o olhar sistêmico une.

Uma vez compreendidas as origens do assim chamado direito sistêmico, é preciso investigar como se dá o uso de tais técnicas no cotidiano forense.

Como apontam Fabiano Oldoni, Márcia Sarubbi Lippmann e Maria Fernanda Gugelmin Girardi¹⁶, a aplicação do Direito Sistêmico pode ocorrer de três formas distintas: (i) mediante a adoção de uma postura sistêmico-fenomenológica; (ii) realizando intervenções com frases de solução, exercícios e dinâmicas sistêmicas; e (iii) através da aplicação das constelações familiares.

Tal observação é importante para que se desconstrua, desde logo, a errônea impressão de que os adeptos do movimento do direito sistêmico advogam a aplicação das constelações familiares como forma de solução para todo e qualquer processo judicial, como se tal técnica fosse uma panaceia capaz de curar todas as mazelas de nosso sistema de justiça. Não é disso que se trata, obviamente. Até porque sequer seria recomendado tal proceder, uma vez que a constelação sistêmica apenas pode ser implementada nos casos em que todos os envolvidos estejam dispostos a aceitar essa forma de exposição do problema, sendo pressuposto para o sucesso da empreitada a adesão voluntária de ambas as partes.

Vê-se, portanto, que o primeiro passo para a aplicação do direito sistêmico é a adoção, pelo profissional do direito, de uma nova postura diante do conflito apresentado pelo cliente ou pelo jurisdicionado.

¹⁶ GIRARDI; LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 49.

Pode parecer uma recomendação simples de ser adotada, mas a mudança de postura requer muito treino e muita determinação por parte do profissional, em razão do peso da tradição e da força da rigorosa liturgia que permeia toda a dinâmica processual.

Com efeito, a mera adoção de uma postura sistêmico-fenomenológica por parte do profissional da área do direito, que, ao tomar conhecimento dos fatos trazidos pela parte ou por seu cliente, expõe-se a eles tal como são, despido de intenções, conhecimentos e julgamentos apriorísticos, sem estabelecer qualquer tipo de aliança ou predileção pela narrativa de qualquer das partes, olhando-as, cada qual, não apenas como indivíduos ou corporações isoladas, mas como pessoas pertencentes - e necessariamente imbricadas - a um (ou mais) sistemas de origem, nos quais operam ordens veladas que regem os relacionamentos humanos e que podem esconder, nesse âmago, as raízes subjacentes do conflito que se apresenta, apenas por adotar tal postura, esse profissional já terá trazido para si e para seu cliente, ou jurisdicionado, um enorme ganho, que é a ampliação da perspectiva de sua racionalidade parcial e a possibilidade de, enfim, oferecer algum amparo para que a pessoa que o procura sintá-se confortável para buscar ou construir dentro de si as soluções dos próprios problemas.

Do ponto de vista do magistrado, que concentra em si a maior proeminência da autoridade estatal no curso do processo judicial, é preciso que se transcenda o lugar estabelecido rigidamente pelas formalidades do processo, para encarar as partes e o conflito sob uma nova perspectiva.

Como bem aponta Wanda Lúcia Ramos da Silva¹⁷:

A atuação da Justiça parte do princípio da escassez de recursos, já que todos acham que, para um ganhar, o outro tem que perder. Essa é a dinâmica básica da sentença: dizer quem tem razão. Isso é o que todos esperam quando vão em Juízo: o que é meu está com o outro e eu quero de volta. Os juízes estão envolvidos nesse campo de consciência, razão pela qual não percebem que pode haver abundância de recursos, de forma que um não precise perder para que o outro ganhe. Dentro deste campo de consciência, os juízes se especializaram em descobrir quem está com a razão, sendo exímios coletores de prova e proferidores de decisões excludentes por natureza, ou seja, aquelas em que, quando um ganha, o outro perde. É preciso, portanto, saber enxergar um ponto de confluência, no qual todos saem ganhando. Para isso, é necessário sair deste campo de consciência ditado pela escassez e olhar de fora, a partir de uma posição que transcende os lugares estabelecidos rigidamente. Como disse José Saramago: “para ver a ilha é necessário sair da ilha”. (“O conto da ilha desconhecida”) Este lugar é o da escuta profunda e silenciosa, sem prévio julgamento. Neste lugar, o juiz se esvazia de si

¹⁷ SILVA, 2015, p. 24-2.

mesmo, de seu prévio conhecimento acerca da lei trabalhista e do que é certo e errado na sua aplicação; neste lugar não há intenção, nem o desejo de ajudar as partes e tampouco de fazer-lhes justiça.

Essa nova postura permite ao magistrado exercer, genuinamente, a empatia, colocando-se à disposição das partes como um facilitador do processo de construção da decisão consensuada, expondo-se às vicissitudes do caso concreto, livre de intenções, julgamentos e suposições *a priori*. Esse exercício de empatia humaniza a prestação jurisdicional, pois desvincula a atividade do juiz dos modelos, padrões, tipos-ideais e standards de comportamento estipulados, em tese e de forma abstrata, como desejáveis pelo legislador no momento em que a norma é criada. Permite-se, assim, a reconciliação do direito positivado com a vida e toda a sua complexidade, fazendo da jurisdição um agir prudencial, um exercício de equidade, situacional e relativo, e não a mera enunciação de um catálogo de normas imperativas e categóricas.

A esse respeito, prossegue a ilustre magistrada Wanda Lúcia Ramos da Silva¹⁸:

Este é o lugar do silêncio, onde tudo é incluído de igual forma, onde nada está fora do lugar, e onde as partes são ontologicamente certas em si mesmas e igualmente merecedoras de atenção. Ou seja, aquilo que as conduziu, a partir de seus próprios sistemas, possui coerência interna e está infenso a qualquer julgamento ou comparação, principalmente de natureza moral, e onde o certo e o errado são pequenos diante do todo. É este o lugar a partir do qual o juiz pode olhar as partes de forma inclusiva, descortinando o que elas necessitam, por trás do que elas querem na aparência de uma petição inicial e de uma defesa. Ressalte-se que quando a parte procura um advogado, ele acrescenta à pretensão original algo próprio, enquanto profissional, mesclando ao desejo primário da parte uma pretensão secundária, o que torna ainda mais delicada a tarefa de descobrir o que é necessário para ajudar. Esse lugar de escuta profunda é chamado de meta posição, o lugar do terceiro desinteressado. A partir deste lugar, a escuta do juiz passa a ser livre, ou seja, ele realmente ouve o outro, a partir do sistema do outro, e não a partir de uma prévia concepção de certo e errado. Essa escuta do outro, a partir do sistema do outro, é o que se pode chamar de empatia. Enquanto houver pressa, pré-conceito ou pré-concepção do que é certo ou errado, do que deveria ser ou não ser, não haverá empatia. Na genuína tentativa de ajudar, alguns juízes desenvolvem uma escuta altruísta, buscando atenuar a dor do outro com conselhos, consolo ou temporização. Mas isso não é empatia. E pode atrapalhar, em vez de ajudar, já que ao sentir pena o juiz fere a dignidade do outro, e daquilo que, no seu sistema, o conduz. Como já foi dito, o sistema é certo em si

¹⁸ SILVA, 2015, p. 24-25.

mesmo e não precisa de correção externa de rumos. Ele se autorregula, e se o juiz pode ajudar, é trazendo à tona a postura que os próprios clientes, sejam partes sejam advogados, são capazes de alterar em si mesmos para que o sistema volte a se equilibrar – sem pena, sem intenção e sem conhecimento prévio.

Desse modo, o magistrado pode colocar-se diante das partes de forma equitativa, a fim de facilitar-lhes a distribuição da justiça adaptada à realidade do caso concreto, verificada após uma redução fenomenológica da relação conflituosa apresentada.

Nesse sentido, a adoção da postura sistêmico-fenomenológica pelo profissional do direito, enquanto busca humilde e artesanal pelo equilíbrio das leis sistêmicas que se apresentam subjacentes ao conflito, converge com a própria noção de equidade e prudência, preconizadas na filosofia do direito por Aristóteles, como instrumentos indispensáveis para se chegar à justiça. Assim nos mostra, brilhantemente, o jurista Alysson Leandro Mascaro¹⁹:

Na filosofia do direito de Aristóteles, a justiça, sendo coroada com a equidade, revela-se um humilde artesanato que abandona a pretensão a uma universalidade objetiva e fria. A teoria do justo de Aristóteles não é uma compilação acabada de verdades. Seu pensamento tateia sobre as hipóteses, tem idas e vindas, e acaba por reconhecer no justo uma humildade que há de penetrar no oculto de cada situação. Ao contrário do pensamento jurídico moderno, que é orgulhosamente juspositivista, crente na absoluta necessidade e justiça da norma positiva estatal, a justiça em Aristóteles é humana, e deve se dobrar para compreender a fundo cada situação na qual é chamada a dar seu julgamento.

(...)

O justo não pode ser pensado como uma sistematização de ideias abstratas, extraídas de uma mente calculante que ignore a realidade. Tal forma de pensar o justo foi típica dos modernos, mas não dos clássicos.

Para Aristóteles, a justiça se manifesta e se completa com a prudência. A phronêsis, que se pode traduzir por prudência, é um conceito que se verifica em muitas obras do pensamento aristotélico, mas que apresenta um tratamento específico na própria *Ética a Nicômaco*. A prudência é uma virtude prática. Não se trata do cumprimento do dever pelo próprio dever, como será o caso, na modernidade, com Kant, para quem o imperativo do dever se apresenta como categórico, sem possibilidade de flexibilização. Para Aristóteles, a virtude da prudência atenta para a possibilidade de sua concretização, para suas implicações, para a sua prática em face da realidade que se lhe apresenta.

(...)

¹⁹ MASCARO, 2018, p. 78-81.

A atividade jurídica, para Aristóteles, revela-se como uma espécie de busca humilde e artesanal do justo. A prudência é uma virtude do bom, em oposição ao excelente ou absolutamente correto. A equidade, que é melhor que a inflexibilidade da lei, é-lhe semelhante em termos de renúncia à frieza da plena sistematização e da objetividade, e também semelhante em termos de virtude que tem vista as circunstâncias, e, portanto, a boa justeza ao caso. Por isso, o direito se tece a partir de referências não plenamente exatas. Aristóteles não vê nisso um desmerecimento do agir jurídico ou da virtude da justiça, mas, sim, apenas uma sua especificidade.

Feita essa necessária digressão filosófica, é importante prosseguir para afirmar que, uma vez consolidada a mudança de postura do profissional do direito, tanto interna quanto na condução dos trabalhos, em um segundo momento, à medida que vai ampliando sua capacitação, pode começar a introduzir intervenções, frases de solução e exercícios sistêmicos durante reuniões com as partes, no curso das audiências de mediação, conciliação e instrução ou mesmo adotando uma nova forma de redigir as peças processuais.

Por fim, e caso seja necessário e adequado, é possível que, após uma criteriosa seleção, seja feito o convite às partes de uma determinada demanda judicial para que, caso queiram, participem, juntamente com outras pessoas, de uma oficina em que se realizarão constelações sistêmicas. A tão só participação das partes como expectadoras da oficina, ainda que não atuem como representantes e tampouco tenham o caso efetivamente constelado, já gera efeitos surpreendentes e contribui bastante para uma reaproximação e a para a retomada do diálogo proveitoso entre os litigantes.

Bem se vê, portanto, que o movimento do direito sistêmico é muito mais do que a inserção pura e simples da dinâmica das constelações familiares na seara jurídica. Trata-se, na verdade, de uma mudança de postura, de uma releitura dos papéis ocupados pelos profissionais do direito, que tende a reverberar, com sorte, na mudança da cultura do cotidiano forense, substituindo, paulatinamente, a cultura adversarial pela cultura da pacificação das relações.

O pioneiro na aplicação da técnica das constelações sistêmicas familiares no âmbito jurídico, como forma de auxiliar a autocomposição e promover a justiça restaurativa, foi o juiz brasileiro Sami Storch, do Tribunal de Justiça da Bahia.

De acordo com o referido magistrado (STORCH, 2011):

Em minha prática judicante, há dez anos venho utilizando técnicas de constelações familiares sistêmicas e com elas obtendo bons resultados na facilitação das conciliações e na busca de soluções que tragam paz aos envolvidos nos conflitos submetidos à Justiça.

Trata-se de uma abordagem fenomenológica e sistêmica, originalmente utilizada como método terapêutico pelo alemão Bert Hellinger, que a partir das constelações familiares desenvolveu uma ciência dos relacionamentos humanos, ao descobrir algumas ordens (leis sistêmicas) que regem as relações. Essa ciência foi batizada pelo seu autor com o nome de Hellinger Sciencia. O conhecimento de tais ordens (ou leis sistêmicas) nos conduz a uma nova visão a respeito do direito e de como as leis podem ser elaboradas e aplicadas de modo a trazerem paz às relações, liberando do conflito as pessoas envolvidas e facilitando uma solução harmônica.

Alguns dos resultados colhidos por Sami Storch foram os seguintes (STORCH, 2018):

Na Vara de Família, as primeiras estatísticas mostraram soluções conciliatórias em índices superiores a 90% dos processos e as experiências mais recentes, outras comarcas pelo Brasil obtiveram resultados semelhantes. Em casos de adolescentes envolvidos em atos infracionais, o índice de reincidência após um ano foi inferior a 15% - muito menor que o normalmente obtido com a mera aplicação de medidas socioeducativas tradicionais.

Para o magistrado, mais importante do que os números foi a constatação de que as soluções encontradas após o uso da técnica das constelações sistêmicas apresentaram alto grau qualitativo em termos de pacificação social, revertendo não apenas na solução dos processos judiciais, mas na composição efetiva do conflito subjacente entre as partes envolvidas (STORCH, 2018):

No aspecto qualitativo, os resultados são mais marcantes, quando vemos casos como o de um homem e uma mulher que, pelo conflito oriundo da separação do casal e após anos de litígios, geradores de 25 processos (incluindo ações de divórcio, guarda dos filhos, alimentos, execuções, denúncias criminais de fraude empresarial e de violência doméstica), participam de uma constelação e, poucos dias depois, realizam um acordo que põe fim a todos eles e agora se tratam como amigos; o caso de um homem, conhecido na cidade como baderneiro, frequentador da delegacia de polícia, réu em ação penal sob acusação de homicídio, que passa a frequentar as sessões de constelação no fórum e poucos meses depois deixa de perambular pelas ruas, começa a trabalhar e reaproxima-se da família; ou o de um adolescente acolhido numa instituição porque seus pais não puderam criá-lo e que, aos 17 anos sem ter encontrado uma família adotiva, envolvido com traficantes e tido como “caso perdido”, faz uma constelação e em seguida é acolhido numa família substituta, com sucesso, retomando os estudos e o bom convívio social.

Daí porque o estudo, a compreensão e a disseminação da técnica das constelações

sistêmicas são medidas que se impõem no atual momento vivido por nosso sistema de justiça. Trata-se de tema relativamente novo e que tem apresentado excelentes resultados nos lugares em que foi implementado.

Como aponta Marcos Antônio Ferreira de Castro (CASTRO, 2017, p.56).

A Constelação Familiar, com seu olhar sistêmico e postura fenomenológica, auxilia na identificação das situações ocultas (dinâmicas que não estão estampadas à primeira vista na petição inicial e contestação) que interferem diretamente na solução das dificuldades postas em juízo e, por guardarem ressonância à verdadeira entrega da paz social, podem e devem ser objeto de análise por todos os operadores do Direito, especialmente aqueles que atuam diariamente nas lides forenses, tais como magistrados, advogados, procuradores e servidores. É preciso um olhar atento e amplo a todos que buscam o Poder Judiciário no escopo de se encontrar uma solução duradoura, que reconcilie as partes internamente e, ao mesmo tempo, evite a repositura de novas demandas.

O trabalho desenvolvido pelo magistrado Sami Storch reverberou positivamente e serviu de exemplo para muitos outros juízes que enxergaram nas constelações familiares uma forma de solucionar com efetividade o conflito subjacente nas demandas judiciais.

Nesse sentido, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰ em abril de 2018, apurou-se que pelo menos 16 (dezesesseis) Estados e o Distrito Federal já utilizam a técnica criada pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, visando à solução de conflitos na Justiça brasileira:

Figura 1 – Unidades federativas que já utilizam as constelações sistêmicas:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça - Agência CNJ de Notícias (FARIELLO, 2018)

²⁰ FARIELLO, 2018.

Atualmente, a perspectiva é de que esse número tenha aumentado, em razão do amplo movimento que a aplicação das constelações familiares tem gerado no Poder Judiciário como um todo.

Verificada a expansão do uso da técnica das constelações sistêmicas no Poder Judiciário brasileiro, a partir do trabalho desenvolvido por Sami Storch, cumpre analisar, especificamente, como esse movimento desenrolou-se no Estado de Santa Catarina.

3.1 A EXPERIÊNCIA DE APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR NO PODER JUDICIÁRIO CATARINENSE

Em Santa Catarina, a primeira experiência com o uso da técnica das constelações familiares ocorreu na comarca da Capital, junto ao Fórum do Norte da Ilha (UFSC), sob a coordenação da juíza Vânia Petermann. A magistrada idealizou uma oficina quinzenal chamada “Conversas de Família”, em parceria com o Instituto Ipê Roxo²¹, através do apoio do psicólogo, constelador e professor de Direito Sistêmico, Paulo Pimont.

O Instituto Ipê Roxo contribui com a participação voluntária de profissionais consteladores para facilitar as oficinas e os jurisdicionados são convidados a participar depois de uma pré-seleção de processos, nos quais se verifica a possibilidade de ampliação do diálogo e a busca pela mediação do conflito.

A magistrada aponta que “após a criação da oficina coletiva Conversas de Família e do serviço de mediações interdisciplinares, a unidade aumentou o índice de acordos para 91% das ações e viu reduzir abaixo de 10% os casos de descumprimentos²²”.

Os resultados foram tão positivos que, um ano depois do início das oficinas, também em parceria com o Instituto Ipê Roxo, foi realizado um curso de Direito Sistêmico para capacitar magistrados e servidores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da Academia Judicial. Daí em diante, o movimento foi se ampliando, até atingir as mais diferentes comarcas do Estado.

Há, atualmente, uma prática difusa e não sistematizada do assim chamado direito sistêmico em algumas unidades jurisdicionais do Poder Judiciário catarinense, sendo imprescindível, portanto, uma breve menção a essas experiências, a fim de que tais

²¹ <https://iperoxo.com/>

²² WISBECK, Américo; MEDEIROS, Ângelo, COSTA, Daniela Pacheco e ARAUJO Sandra de. **Cejusc, em menos de um mês, concilia pai e filha que litigavam há mais de 23 anos**. Sala de Imprensa do TJSC. Publicado em 10/11/2017 às 19:11. Disponível em <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/cejusc-em-menos-de-um-mes-concilia-pai-e-filha-que-litigavam-ha-mais-de-23-anos>.

boas práticas possam ser conhecidas e aplicadas por outros magistrados com vistas a um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional no Estado.

Digno de nota, nessa perspectiva, é o trabalho desenvolvido na comarca de Camboriú, pela juíza Karina Müller Queiroz de Souza, titular da 1ª Vara Cível, através do projeto “Justiça Sistêmica - Vínculos de Amor”. Somente no ano de 2018 “mais de 600 pessoas participaram do projeto naquela comarca. Foram 50 encontros, 21 Oficinas de Pais e Mães, 20 Oficinas Conversas de Família e nove encontros “Um Novo Olhar Sobre as Dinâmicas Familiares”. No total, 638 pessoas estiveram engajadas no projeto iniciado em 2017 em Camboriú²³”.

Na comarca de São José, a juíza Lílian Telles de Sá Vieira, titular do Juizado Especial Criminal e da Violência Doméstica, também em parceria com o Instituto Ipê Roxo, promove oficinas de direito sistêmico para auxiliar as famílias envolvidas, com muito sucesso na identificação da repetição de padrões familiares que culminam em episódios de violência doméstica.

No Fórum Central da comarca de Blumenau, sob a coordenação das juízas Quitéria Tamanini Vieira Péres, titular da 1ª Vara Cível, e Simone Faria Locks, titular da Vara da Infância e Juventude, são promovidos encontros mensais sobre Constelações Familiares com a presença dos consteladores Ricardo Rocha e Carol Carsten. As reuniões, que são abertas aos profissionais da área do direito e demais interessados, fazem parte do projeto “Justiça Sistêmica”, implantado na comarca de Blumenau com o objetivo de proporcionar reflexões e aprendizados segundo as leis idealizadas por Bert Hellinger.

As iniciativas não se resumem à justiça estadual. Sob a coordenação da Juíza Federal Micheli Polippo, que durante muitos anos foi coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCON, ocorrem as oficinas de constelação sistêmica, destinadas ao trabalho com os apenados que estão sujeitos aos regimes semiaberto e aberto da execução penal na esfera federal. Para o desenvolvimento do trabalho, pioneiro no âmbito da Justiça Federal em todo o Brasil, a magistrada conta com o apoio de profissionais da área da psicologia, com destaque para a psicóloga e consteladora Jacqueline Kauffman.

De acordo com Micheli Polippo, os resultados são bastante significativos, apresentando índices de cumprimento regular das penas restritivas de direito de quase 100% entre os apenados que passam pelas constelações, com drástica redução no índice de

²³ Assessoria de Imprensa do TJSC. **Justiça Sistêmica e Constelações Familiares ganham espaço nas comarcas catarinenses.** Texto publicado em 17/3/2019 às 8h. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/686499162/justica-sistemica-e-constelacoes-familiares-ganham-espaco-nas-comarcas-catarinenses>

reincidência, que é praticamente nulo na unidade²⁴.

Importante deixar registrado, outrossim, que o movimento de aproximação das técnicas das constelações sistêmicas percebido no Poder Judiciário de Santa Catarina tem sido acompanhado pelos demais profissionais da área jurídica, em especial pelos advogados. Em abril de 2017, a OAB/SC criou de forma vanguardista a primeira Comissão de Direito Sistêmico do Brasil, sob presidência da advogada Eunice Schlieck²⁵.

Como se vê, a adoção desse novo modelo de prestação jurisdicional está em plena expansão no horizonte jurídico brasileiro, de forma que, não obstante os inúmeros exemplos e casos de sucesso decorrentes da aplicação das técnicas desenvolvidas por Bert Hellinger no cotidiano forense, os frutos das sementes do direito sistêmico que começaram a ser plantadas por magistrados como Sami Storch e Vania Petermann e por psicoterapeutas como Paulo Pimont, serão percebidos apenas daqui a algum tempo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse estudo, verificou-se que vivemos hoje um momento claro de transição, em que a justiça tradicional, heterocompositiva e adversarial, já convive com o surgimento de um novo modelo, que incentiva a aproximação das partes envolvidas no conflito, a fim de que se tornem protagonistas do processo de decisão, por meio da adoção de técnicas restaurativas e de autocomposição.

Viu-se que o surgimento desse novo modelo, que teve início com as políticas internas implementadas pelo CNJ para aperfeiçoar a prestação jurisdicional e fazer frente ao grande volume de processos pendentes de julgamento no país, acabou por lançar as sementes de uma nova cultura de paz no ambiente forense, com vistas a uma solução integrada e restauradora da controvérsia.

Na esteira desse novo modelo de justiça, foi apresentado, em linhas gerais, o movimento intitulado “Direito Sistêmico”, que consiste na aplicação multidisciplinar da técnica das constelações familiares desenvolvida por Bert Hellinger às demandas judiciais e que teve como pioneiro, no Brasil e no mundo, o juiz baiano Sami Storch.

²⁴ Portal JusCatarina. **Vara Federal de Florianópolis realiza 15ª oficina de constelação sistêmica.** Artigo publicado em 16/8/2019. Disponível em: <https://www.juscatarina.com.br/2019/08/16/vara-federal-de-florianopolis-realiza-15a-oficina-de-constelacao-sistemica/>

²⁵ <http://www.oab-sc.org.br/comissoes-apresentacao-94>

Tratou-se de explicar no que consiste a constelação sistêmica familiar, as bases teóricas e os pressupostos do desenvolvimento dessa forma de terapia psicológica, com destaque para o método fenomenológico. Além disso, foram apresentadas as razões que levaram à aproximação multidisciplinar das constelações sistêmicas com o direito, o que de proveitoso essa técnica traz para o profissional que milita na área, as formas e os limites de sua aplicação.

Também foram apresentadas algumas das experiências com a aplicação das constelações familiares no Poder Judiciário, em especial no Estado de Santa Catarina, bem como os resultados positivos que a implementação dessa técnica produz na adoção de soluções consensuais e restauradoras do conflito entre as partes que procuram o sistema de justiça.

Por fim, é de se concluir que esse movimento, que se convencionou chamar de Direito Sistêmico, apresenta-se no horizonte do nosso tempo como uma oportunidade de reconciliação entre a estrutura formal do Direito e a ordem natural da vida e dos relacionamentos, que, por razões desconhecidas, haviam se distanciado.

Dessa forma, é possível voltar o olhar para uma solução do conflito que está além do aparente, de uma forma mais humana e menos idealizada, que se vale do processo judicial como uma plataforma que possibilita a retomada do contato proveitoso e do diálogo entre as partes, em ambiente de respeito, onde todos são convidados a olhar novamente para o conflito, despidos de intenção e julgamento apriorístico, como um fenômeno que se apresenta com todos os seus matizes e particularidades, necessidades, expectativas e responsabilidades de parte a parte, para que, dessa nova perspectiva, possam as partes, enfim, quem sabe, responsabilizar-se por construir o meios que levarão a uma solução consensual que, além de pôr fim àquela específica disputa, efetivamente traga alívio para os envolvidos e paz para a comunidade em que estão inseridos.

Esse, talvez, seja um dos caminhos que poderão, no futuro, modificar a cultura jurídica tradicional e transformar o sentido do processo judicial, de instrumento a serviço da disputa para ressignificá-lo, como instrumento a serviço do consenso, da empatia, da equidade e da prudência nas relações humanas.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR NETO, Ruy Rosado de. **Estatística básica aplicada à administração judiciária**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2010. Coleção Administração Judiciária. v. 11.
- BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento. **Considerações sobre a questão da universalidade, individualidade do sujeito por um olhar fenomenológico e jurídico**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.11, n.2, p.1-158, out.2018/mar.2019.
- BRASIL, Associação dos magistrados brasileiros. **Constelação familiar: técnica ajuda a romper ciclo de violência doméstica**. Publicado em: 06/08/2018 às 11:54, atualizado em 18/09/2018 às 17:01. Disponível em https://www.amb.com.br/constelacao-familiar-tecnica-ajuda-romper-ciclo-de-violencia-domestica/?doing_wp_cron=1567778152.4440329074859619140625. Acesso em: 6 set. 2019.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 5 set. 2019.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Constelação familiar: solução para violência doméstica no Rio Grande do Sul**. Publicado em 18/05/2018 - 08h00. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86789-constelacao-familiar-solucao-para-violencia-domestica-no-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 6 set. 2019.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2019a.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: sumário executivo**. Brasília: CNJ, 2019b.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 6 set. 2019.
- CAMPOS, Jamilson Haddad. **A constelação familiar como forma de aplicação do direito sistêmico às vítimas na 1ª vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá/MT**. Leituras de direito: violência doméstica e familiar contra a mulher /

Cornélio Alves; Deyvis de Oliveira Marques (Org.). Natal: TJRN, 2017. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/files/livro-fonavid.pdf>. Acesso em: 5 set. 2019.

CAMPOS, Jamilson Haddad. **A constelação familiar como forma de aplicação do direito sistêmico às vítimas na 1ª Vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá/MT.** in Leituras de direito: violência doméstica e familiar contra a mulher Cornélio Alves; Deyvis de Oliveira Marques (Org.). Natal: TJRN, 2017. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/files/livro-fonavid.pdf>. Acesso em: 5 set. 2019.

CASTRO, Marcos Antonio Ferreira de. **Constelações familiares: o direito da reconciliação.** Jota. Artigo publicado no site JOTA em 27/06/2018. Disponível em <https://direitosistêmico.wordpress.com/2015/09/22/constelacao-mostra-que-crimes-sexuais-sao-consequencia-da-exclusao-do-pai-da-vitima/>. Acesso em 6 set. 2019.

FARIELLO, Luiza. **Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF.** Agência CNJ de Notícias. Artigo publicado em 3 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>. Acesso em 15 nov. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015**, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

GALEFFI, Dante Augusto. **O que é isto — A fenomenologia de Husserl?**. Ideação, Feira de Santana, n.5, p.13-36, jan./jun. 2000.

GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin; LIPPMANN, Marcia Sarubbi; OLDONI, Fabiano. **Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e no Direito Penal.** 2. Ed. rev. e ampl. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo.** São Paulo: Cultrix, 1998.

HELLINGER, Bert. **Ordens da ajuda.** Patos de Minas: Atman, 2005a.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares.** São Paulo: Cultrix, 2001.

HELLINGER, Bert; FRANKE-BRYSON, Ursula. **O rio nunca olha para trás.** Conexão Sistêmica, 2013.

HELLINGER, Bert; TEN HOVEL, Gabriele. **Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor**. Tradução de Eloísa Giancoli Tironi. São Paulo: Cultrix, 2007.

LACERDA, Sttela Maris Nerone. **Direito Sistêmico e Direitos Humanos: a aplicação das constelações familiares para tratamento dos conflitos judiciais**. II Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas, 22 a 24 de novembro de 2017, V. 1, 2017. Disponível em: <http://sites.uepg.br/simposiocs/docs/gt6/012.pdf>. Acesso em: 6 set. 2019.

LIPPMANN, Marcia Sarubbi; OLDONI, Fabiano. **Constelação sistêmica na execução penal: metodologia para sua implementação**. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

PELIZZOLI, Marcelo L. **Cultura de Paz Restaurativa: Da Sombra social às inteligências sistêmicas dos conflitos** in *Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social*. Caxias do Sul: Ed. da UCS / Recife: Ed. da UFPE, 2015. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/623543/624496/1_Marcelo_Pelizzoli_JR.pdf. Acesso em: 6 set. 2019.

PEREIRA, Carlos d'Almeida. **Na senda de uma antropologia fenomenológica em Maurice Merleau-Ponty**. Revista Bioethikos, Centro Universitário São Camilo, p. 201-210. Publicado em maio de 2009.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROSA, Amilton Plácido da. **Direito sistêmico: a justiça curativa, de soluções profundas e duradouras**. Revista MP Especial, ano 2, ed. 11, janeiro de 2014, Ministério Público do Mato Grosso do Sul, pp. 50-57. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/06/25/direito-sistemico-a-justica-curativa-de-solucoes-profundas-e-duradouras/>. Acesso em: 15 maio 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Milena Patrícia da. **Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação familiar como instrumento na resolução de conflitos na área penal**. Curitiba: Juruá, 2019.

SILVA, Wanda Lúcia Ramos da. **O Trabalho do Juiz sob a Perspectiva Sistêmica**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Goiânia, v. 15, dez. 2015; (versão eletrônica); p. 12-31. Disponível em: <http://www.seacom.org.br/dados/kcfinder/file/revista2015->

[digital-1.pdf](#). Acesso em: 5 set. 2019.

STORCH, Sami. **Constelações familiares e judiciário: reflexões positivas**. Carta Forense Publicado em 03/07/2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-ejudiciario-reflexoes-positivas/18232>. Acesso em: 15 maio 2019.

STORCH, Sami. **Constelações familiares na Vara de Família viabilizam acordo em 91% dos processos**. Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 19/03/2014. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em 5 set. 2019.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos**. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 20/06/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em 6 set. 2019.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares**. Entre aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano. 1, n. 1, (abr.2011) – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011, p. 305-316. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em 15 maio 2019.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário**. Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 6 set. 2019.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 22 maio 2019.

STORCH, Sami. **O que são as constelações familiares sistêmicas?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/30/o-que-sao-as-constelacoes-sistemicas/>. Acesso em: 15 set. 2019.

STORCH, Sami. **Por que aprender Direito Sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 10/04/2017. Disponível em <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/04/10/por-que-aprender-direito-sistemico/>. Aceso em: 5 set. 2019.

WISBECK, Américo; MEDEIROS, Ângelo, COSTA, Daniela Pacheco e ARAUJO Sandra de. **Cejusc, em menos de um mês, concilia pai e filha que litigavam há mais de 23 anos.** Sala de Imprensa do TJSC. Publicado em 10/11/2017 às 19:11. Disponível em <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/cejusc-em-menos-de-um-mes-concilia-pai-e-filha-que-litigavam-ha-mais-de-23-anos>.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** Trad. Tônia Van Acker. 2ª ed. São Paulo: Palas Athena, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça.** Trad. Tônia Van Acker. 3ª ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

ORGANIZAÇÃO



PODER JUDICIÁRIO
ACADEMIA JUDICIAL
de Santa Catarina

PARCEIROS

Núcleo de Comunicação Institucional
Diretoria de Tecnologia da Informação - DTI

PROJETO EDITORIAL, CAPA E DESENVOLVIMENTO

Assessoria de Artes Visuais - Núcleo de Comunicação Institucional

Tribunal de Justiça de Santa Catarina
Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208, Centro, Florianópolis/SC, 88020-901.
Central Telefônica: (48) 3287-1000
tj.atendimento@tjsc.jus.br | www.tjsc.jus.br