

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

22

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XVI – n. 22 – Novembro 2021

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

CAPA

Priory

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do
Paraná.— v. 1, n. 1— , (jan. 2006)— .— Curitiba :
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Alberto Junior Veloso
Clayton de Albuquerque Maranhão
Rogério de Vidal Cunha
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL

Albino de Brito Freire
Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Edson Ferreira Freitas
Fernando Antônio Prazeres
Francisco de Oliveira Cardoso
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
Juarez Cirino dos Santos
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Manoel Caetano Ferreira Filho
Mário Frota
Miguel Kfourri Neto
René Ariel Dotti *"in memoriam"*
Ricardo Hasson Sayeg
Roberto Portugal Bacellar
Teresa Arruda Alvim

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil – **ACGB**

Associação dos Magistrados do Paraná – **AMAPAR**

(www.amapar.com.br)

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

(www.apajufe.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

Escola de Magistratura Federal do Paraná – **ESMAFE**

(www.esmafe.com.br)

Escola dos Magistrado do Trabalho do Paraná – **EMATRA**

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**

(www.redlaj.net)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**

(www.tjpr.jus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Jederson Suzin

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Engelhardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luis Eduardo Asperti Nardi

4º VICE-PRESIDENTE

José Candido Sobrinho

5º VICE-PRESIDENTE

Antonio Lopes de Noronha

6º VICE-PRESIDENTE

Jeane Carla Furlan

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Mario Nini Azzolini

1º TESOUREIRO

Ricardo Henrique Ferreira Jentszsch

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Antonio Lopes de Noronha Filho, Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, César Ghizoni, Eduardo Casagrande Sarrão, Fábio Ribeiro Brandão, Fernando Bueno da Graça, Frederico Mendes Júnior, Guilherme de Paula Rezende, Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Marco Vinicius Schiebel, Mario Luiz Ramidoff, Rafael Velloso Stankevecz, Roberto Antonio Massaro, Rodrigo Fernandes Lima Dalledone, Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Alarico Francisco Rodrigues de Oliveira Junior, Beatriz Fruet de Moares, Fernanda Monteiro Sanches, Jailton Juan Carlos Tontini, Luciano Souza Gomes, Rogério de Vidal Cunha, Vitor Toffoli

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Fernando Bardelli Silva Fischer

SEGURANÇA – MEMBROS

Ferdinando Scremin Neto, Celso Jair Mainardi, Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentim

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardoso

APOSENTADOS – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Diego Santos Teixeira, Bruno Régio Pegoraro

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira, Adriano Scussiatto Eyng, Rafael Altoé, Pedro Roderjan Rezende, Marcel Ferreira dos Santos, Marcelo Furlanetto da Fonseca, Osvaldo Canela Junior, Raphael Wasserman, João Guilherme Barbosa Elias

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fogaça

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas, Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO – DIRETOR
Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CONVÊNIO – VICE-DIRETOR
Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR
Ramon de Medeiros Nogueira

CULTURAL – MEMBRO
Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER – DIRETORA
Fernanda Karam de Chueiri Sanches

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – PRESIDENTE
Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – VICE-PRESIDENTE
Leonardo Bechara Stancioli

COMISSÃO PERMANENTE – RES. 21/2019 CNJ
Marcel Ferreira dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR – COORD.
Marcelo Pimentel Bertasso, Marcel F. dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR – MEMBROS
Carolina Fontes Vieira, Clayton de
Albuquerque Maranhão, Huber Pereira
Cavalheiro, Jederson Suzin, Luciano Carrasco
Falavinha Souza, Marcelo Quentin, Sigret
Heloyna Raymundo de Camargo Vianna

DEPARTAMENTO DE PESQUISAS
Fernando Antônio Prazeres, Frederico
Mendes Júnior, Roberto Portugal Bacellar,
Ivanise Maria Tratz Martins, Jederson Suzin

COMISSÃO DE ESTUDOS -ESCOLA JUDICIAL DO TJPR
Alberto Junior Veloso, Carolina Fontes Vieira,
Eduardo Novacki, José Ricardo Alvarez Vianna,
Marcel Ferreira dos Santos, Marcelo Pimentel
Bertasso, Marcelo Marcos Cardoso, Marcos
Caires Luz, Mario Augusto Quinteiro Celegatto,
Noeval de Quadros, Rafael Altoé, Rafael
Velloso Stankevezc, Rafaela Mattioli Somma

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA
Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA
Adriana Benini

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTE
Jederson Suzin

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – MEMBROS
Eduardo Casagrande Sarrão
Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO
FERREIRA DA COSTA – PRESIDENTES
Jederson Suzin
Eduardo Casagrande Sarrão
Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO LOCAÇÃO
Francisco Carlos Jorge, João Maria de Jesus
C. Araújo, Marcos Antonio da Cunha Araújo

COMISSÃO PERMANENTE DE ESTUDOS EM
DIREITO DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE
Carlos Eduardo Mattioli Kockanny,
Fábio Ribeiro Brandão, Luciana Assad Luppi
Ballalai, Mario Luiz Ramidoff, Noeli Salete
Tavares Reback, Rodrigo Rodrigues Dias,
Sergio Luiz Kreuz

DIVULGAÇÃO E REVISTA
Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS
Alberto Junior Veloso, Clayton de
Albuquerque Maranhão, Rosana Andriguetto
de Carvalho, Rogerio de Vidal Cunha

ESPORTES
Eduardo Ressetti P. Marques Vianna

ATLETISMO
Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO – DIRETORA
Cristine Lopes

ESPORTE FEMININO – VICE-DIRETORA
Julia Maria Tesseroli de Paula Rezende

INFORMÁTICA
Antonio Sergio B. David Hernandes

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL
Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

INTEGRAÇÃO – INTERIOR
Rafaela Zarpelon

JURÍDICO
Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS
Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO
Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO
Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA
Themis de Almeida Furquim Côrtes

OBRAS – DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUIDORIA

Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO

Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTA

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

Andre Carias de Araujo, José Luiz Dosciatti,
Gilberto Ferreira

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Ederson Alves

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Alexandre Waltrick Caldecari

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Marcos Antonio de Souza Lima

MEMBROS

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna,
Jessica Valéria Catabriga Guarnier, Lourenço
Cristóvão Chemim, Luzia Terezinha Grasso
Ferreira, Rafaela Mari Turra, Suzana Massako

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

PROSP

PRESIDENTE

Oswaldo Canela Junior

SOCIAL – DIRETORA

Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

SOCIAL – MEMBROS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da
Costa, Andrea Fabiane Groth Busato, Daniel
Ribeiro Surdi de Avelar

FUTEBOL – DIRETOR

Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR

Antonio Franco Ferreira da Costa Neto

TÊNIS – VICE-DIRETOR

Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

LONDRINA – DIRETOR

Elias Duarte Rezende

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR

Anderson Ricardo Fogaça

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salete Tavares Reback

Hirama Loreto de Oliveira, Tais de Paula
Scheer

SUPLENTES

Denise Terezinha Corrêa de Melo Krueger,
Cintia Graeff, Eduardo Villa Coimbra
Campos, Marcella de Lourdes de Oliveira
Ribeiro, Sidnei Dal Moro, Tatiane Bueno
Gomes

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein, Alexandre
Gomes Gonçalves, Oswaldo Soares Neto,
Ariel Nicolai Cesa Dias

MEMBROS

Antonio Lopes de Noronha, Glauco
Alessandro de Oliveira, Marcelo Pimentel
Bertasso, Oswaldo Soares Neto

GMF

PRESIDENTE

Diego Santos Teixeira

MEMBROS DA COMISSÃO

Antonio Sergio Bernardinetti,

Ariel Nicolai Cesa Dias, Cintia Graeff,
Fernando Bardelli Silva Fischer, José
Orlando Cerqueira Bremer, Lourenço
Cristovão Chemin, Marcelo Marcos
Cardoso, Ricardo Henrique Ferreira Jentzch

EMAP

DIRETOR GERAL

Clayton de Albuquerque Maranhão

SUPERVISORA PEDAGÓGICA

Rafaela Mattioli Somma

COORD. GERAL DE CURSOS

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quinteiro Celegatto

MEMBROS DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Antonio Evangelista de Souza Netto

Marcelo Quentin

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETORA

Carolina Fontes Vieira

CASCAVEL – DIRETOR

William da Costa

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Rosaldo Elias Pacagnan

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomin

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Rafael Altoé

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Claudio Camargo dos Santos

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio Cesar Engelhardt

JUDICEMED

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Diego Santos Teixeira

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Fernando Wolff Bodziak

CONSELHO FISCAL – MEMBRO

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Fabricao Voltare

CONSELHO GESTOR

Antonio Loyola Vieira, Hayton Lee Swain

Filho, Nilson Mizuta, Shiroshi Yendo

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

Mais uma vez, e esta a derradeira, tenho a honra de apresentar a *Revista Judiciária do Paraná*. Em seu volume 22, ela preserva o seu objetivo original de incentivar e guardar a produção jurídica dos associados da Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR.

Não deixa de ser uma radiografia do momento histórico da evolução do direito no nosso Judiciário e do movimento associativo, tão importante para essa preservação, ao abordar temas de interesse da atualidade, renovando o compromisso assumido desde sua primeira versão histórica no século passado.

Merece destaque nesta mensagem final da gestão a dedicação constante do nosso Diretor da Revista, o Desembargador **Joatan Marcos de Carvalho**. Nesses quatro anos, como nos anteriores em que ele esteve à frente da produção da revista, Joatan se mostrou incansável para que cada edição se tornasse realidade. O carinho que é visível no trabalho que desenvolve, é traduzido na elevada qualidade da publicação, com variados assuntos que compõem o seu conteúdo.

Nossa Revista Judiciária do Paraná mantém, assim, sua semestralidade, publicadas que foram 8 números nos 4 anos que perpassaram as duas gestões que, para honra da atual Diretoria, fomos incumbidos de conduzir.

Fica o desejo de que sempre seja o que é, perene, constante e cada vez mais valorizada.

Um forte abraço,

Geraldo Dutra de Andrade Neto

Presidente da Associação dos Magistrados do Paraná

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Animais têm direitos e capacidade para estar em juízo 17
Vicente de Paula Ataíde Junior
Cristine Lopes

DOCTRINA

2. A substituição da audiência do art. 334 do CPC pela tentativa de composição extrajudicial por meio da plataforma “consumidor.gov.br” 33
Henrique Kurscheidt
Luciana Gonçalves Nunes
3. Portugal – Conteúdos e serviços digitais – Nova lei em perspectiva 45
Mário Frota
4. O enfrentamento da violência contra a mulher por meio de políticas públicas: sob o olhar atento às questões históricas e culturais 53
Ana Lúcia Lourenço
Tammy Fortunato
5. *Ransomware* no ordenamento jurídico brasileiro 79
Matheus Tauan Volpi
Murilo Alan Volpi
6. O futuro da probidade administrativa: Análise de algumas das alterações propostas 99
Acácia Regina Soares de Sá
7. Os direitos da pessoa doente e os princípios da bioética como elemento central no trato das questões da pandemia da covid-19 113
Marcelo Quentin
8. O STF e a pandemia: os reflexos da alta judicialização da saúde no país 131
Wanderlei José dos Reis
9. A necessidade de diálogo entre o direito das famílias e o direito societário 155
Carlos Alberto Farracha de Castro
Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro

10. Acesso à justiça, revolução tecnológica e competência delegada: reflexões sobre a inconstitucionalidade progressiva do art. 109, § 3º, da Constituição Federal e do art. 15, III, da Lei 5.010/66167
Erinton Cristiano Dalmaso
11. O instituto da imunidade material parlamentar na CRFB/1988: o excesso da livre manifestação e o discurso de ódio183
Maria Fernanda Viñas Kersting
Julia Heliodoro Souza Gitirana
12. A (in)aplicabilidade do Enunciado 135 do Fonaje nos juizados especiais cíveis à luz da jurisprudência das turmas recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná195
Fernando Rokiskei Suchek
Maria Roseli Guießmann
13. O juiz de direito e as causas nos juizados especiais cíveis em que a parte litiga sem a assistência de advogado209
Beatriz Fruet de Moraes
14. Dados pessoais: tratamento realizado pelo poder público à luz da Lei Geral de Proteção de Dados245
Georgia Anastácia Campana Murari
Isabela Nabas Schiavon
Ronaldo de Almeida Barretos
15. O neoliberalismo e seus impactos no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado257
Rafael Velloso Stankevecz
David Kerber de Aguiar

EM DESTAQUE

16. O acesso à justiça como direito fundamental: a desjudicialização para a consecução dos direitos humanos275
Anderson Ricardo Fogaça
José Laurindo de Souza Netto
Letícia de Andrade Porto
Adriane Garcel
- Além do Direito
17. O filho da louca300
Anita Zippin

ANÁLISE



Animais têm direitos e capacidade para estar em juízo

Vicente de Paula Ataíde Junior¹

Juiz Federal na Segunda Turma Recursal Federal Previdenciária do Paraná

Cristine Lopes²

Juíza de Direito na 12ª Vara Criminal de Curitiba

Resumo: O presente ensaio tem como objetivo promover a análise da temática da capacidade dos animais não humanos de ser parte em processo judicial com base no estudo de novo ramo jurídico, o *Direito Animal*. A iniciativa do estudo se dá em razão de recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que reconheceu a capacidade de estar em juízo pelos animais, tema abordado por meio de conceitos do direito penal, da responsabilidade civil tradicional e do processo coletivo, chegando até as razões que fundamentaram o julgado tão inovador e necessário.

Introdução

NA SESSÃO DO DIA 14 DE SETEMBRO DE 2021, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em votação unânime, deu provimento a recurso de agravo de instrumento para reconhecer a capacidade de ser parte dos animais não humanos, reintegrando os cães Spike e Rambo, na qualidade de autores, representados por uma ONG, ao processo civil em que pleiteavam indenização por danos morais como vítimas de maus-tratos.

Esse precedente histórico conduz à inexoráveis reflexões teóricas e práticas.

Animais de estimação – como Spike e Rambo – têm sido vítimas de violência e maus-tratos. Em função das agressões, muitos necessitam de tratamento de saúde e de medicamentos, sem os quais não poderão restabelecer a locomoção e o seu comportamento natural. Pode-se cogitar que muitos dos responsáveis por esses animais não têm condições financeiras para pagar as despesas médico-veterinárias.

Diante desse quadro fático, qual solução jurídica seria indicada?

O presente ensaio pretende esboçar algumas possibilidades de resposta a essa rotineira indagação. Mais do que isso, a reflexão pretende trazer uma nova solução, baseada em um novo ramo jurídico, quase desconhecido da grande maioria dos juízes: o *direito animal*.

Para tanto, parte-se das soluções mais tradicionais para as mais contemporâneas, iniciando-se pelo direito penal, passando pela responsabilidade civil tradicional e pelo processo coletivo, até chegar às ideias que deram origem ao precedente do Tribunal de Justiça do Paraná.

Para esse percurso, a mente do leitor deve ser aberta às novas possibilidades do direito, antes exclusivamente humano (antropocêntrico), mas hoje se abrindo a possibilidades pós-humanistas.

1. A resposta pelo direito penal

Maltratar animais caracteriza o crime do art. 32 da Lei 9.605/98, que entre outras disposições, regula as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. O referido artigo determina pena de detenção, de três meses a um ano, acrescida de multa, para quem “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”.

No entanto, pela cominação de uma pena reduzida, esse crime, quando cometido contra animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, excluídos cães e gatos, é enquadrado como

infração penal de menor potencialidade ofensiva e, por isso, submetido às branduras da Lei 9.099/95.

Mesmo assim, o responsável teria a possibilidade de obter uma composição dos danos civis, prevista nos arts. 72 a 74 da Lei 9.099/95 e, nesse caso, imposta pelo art. 27 da Lei 9.605/98.

Mas, como não se pode prever quando a audiência preliminar vai ser realizada – e as pautas costumam ser superlotadas, com audiências marcadas para datas longínquas – ficaria impossível garantir que essa composição atendesse à situação de urgência.

Essa possibilidade reparatória é mais aplicável quando o responsável já arcou com as despesas médico-veterinárias urgentes do animal, o que, para a hipótese, não ocorre.

Aponte-se que, notoriamente, quase nenhum município brasileiro possui estrutura adequada para o atendimento médico-veterinário, público e gratuito, para animais doentes ou vítimas de violência ou de maus-tratos.

Não há um sistema público de saúde animal no Brasil que possibilite o acesso universal às ações e serviços sanitários.

Por fim, insta salientar que houve avanço na legislação brasileira no que se refere à proteção animal, com recente alteração legislativa (art. 32, § 1º-A, da Lei 9.605/98, incluído pela Lei 14.064/20), no sentido de aumentar a pena para as condutas descritas como maus-tratos contra cães e gatos, especificamente prevendo pena de reclusão, de dois a cinco anos, multa e proibição da guarda. Logo, para essas espécies de animais não humanos restou excluída a competência dos juizados especiais criminais, passando o seu julgamento para as varas criminais. Contudo, ainda assim, tal inovação não trouxe nenhuma previsão quanto à capacidade processual de cães e gatos.

A reflexão
pretende trazer
uma nova solução,
baseada em
um novo ramo
jurídico, quase
desconhecido da
grande maioria dos
juízes: o direito
animal

2. A resposta pelo direito civil

Diante da ineficiência do sistema penal para atender ao problema, qualquer advogado certamente pouco titubearia em ajuizar uma ação de reparação de danos contra o agressor do animal, com pedido de tutela provisória de urgência, fundada na responsabilidade civil, considerando os danos provocados à propriedade semovente.

Esse costuma ser o caminho baseado nas concepções tradicionais do Código Civil, pelo qual ainda hoje os animais são considerados bens semoventes.

Mas, em caso de concessão da liminar ou da procedência do pedido reparatório, o que garante que o “proprietário” vai aplicar o valor recebido para o tratamento do animal?

Não há previsão de prestação de contas. Afinal, o dinheiro recebido, seja por meio da interlocutória, seja por meio da sentença, pertence ao “dono” do animal, autor da demanda, lesado patrimonial e moralmente pela conduta ilícita do terceiro.

Nesse caso, o animal teria de contar com a compaixão ou a sensibilidade do seu dono, pois nada impõe que a indenização recebida reverta em prol da vítima direta da violência – o animal.

Evidentemente, se o dono indenizado deixar seu animal sofrer sem tratamento, isso também poderá caracterizar o crime de maus-tratos, previsto no art. 32 da Lei 9.605/98.

Mas, como se pode intuir, essa ameaça penal oferece pouco desestímulo às práticas criminosas.

3. A resposta pelo direito processual coletivo

Uma terceira possibilidade seria recorrer ao Ministério Público, ou se amparar por uma ONG de proteção animal para conseguir, por meio de uma ação civil pública ambiental (art. 1º, I, Lei 7.347/85), a tutela provisória e a proteção jurisdicional do animal, como elemento integrante da fauna e, conseqüentemente, como fator indispensável ao

meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida (art. 225, caput, CF).

Ainda que essa possibilidade seja factível, não parece que o caso se trate, efetivamente, de um direito difuso, de titularidade indeterminada, ou que envolva o meio ambiente ou ainda que coloque em risco o equilíbrio ecológico para ser legitimada a atuação desses substitutos processuais.

Há um animal, individualmente considerado, que foi a vítima dos maus-tratos, e há um responsável humano, também individualmente considerado, que pode arguir danos ao seu patrimônio pessoal (o animal como bem semovente componente do seu acervo patrimonial).

Portanto, essa opção não é totalmente satisfatória.

4. A resposta pelo *Direito Animal*

Pela insuficiência, teórica e prática das soluções apresentadas é importante dar notícia e divulgação a um novíssimo ramo jurídico, que cada vez mais tem fornecido novos parâmetros (e novas soluções) para a tutela jurídica dos animais: o *Direito Animal*.

Foi o direito animal que guiou os magistrados da Sétima Câmara Cível do TJ-PR no seu histórico precedente, cuja ementa restou publicada com o seguinte teor:

Recurso de agravo de instrumento. Ação de reparação de danos. Decisão que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, em relação aos cães Rambo e Spike, ao fundamento de que estes não detêm capacidade para figurarem no polo ativo da demanda. Pleito de manutenção dos litisconsortes no polo ativo da ação. Acolhido. Animais que, pela natureza de seres sencientes, ostentam capacidade de ser parte (personalidade judiciária). Inteligência dos artigos 5º, XXXV, e 225, § 1º, VII, ambos da Constituição Federal de 1988, c/c art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 24.645/1934. Precedentes do direito comparado (Argentina e Colômbia). Decisões no sistema jurídico brasileiro reconhecendo a possibilidade de os

animais constarem no polo ativo das demandas, desde que devidamente representados. Vigência do Decreto-Lei nº 24.645/1934. Aplicabilidade recente das disposições previstas no referido decreto pelos Tribunais Superiores (STJ e STF). Decisão reformada. Recurso conhecido e provido (TJPR – 7ª C. Cível – 0059204-56.2020.8.16.0000 – Cascavel – Rel.: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, j. em 14.09.2021, p. em 23.09.2021).

Com base na análise do julgado e do tema tem-se que, do ponto vista do direito positivo, o direito animal pode ser conceituado como “conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica”. Esse conceito foi lançado, pela primeira vez, com pequena variação, no artigo de Vicente de Paula Ataíde Jr. (2018, p. 50-51).

Segundo o direito animal, o titular do direito à reparação de danos será o próprio animal, uma vez que ele foi a vítima da violência e do sofrimento. Os danos físicos e os extrapatrimoniais foram por ele diretamente experimentados, pois é um ser dotado de consciência³, não uma coisa ou um objeto inanimado.

Justamente porque os animais são seres conscientes e dotados da capacidade de sofrer (a *senciência*) é que a Constituição Federal brasileira proíbe, expressamente, *quaisquer práticas cruéis contra animais* (art. 225, § 1º, VII).

Ao valorar positivamente a consciência e a *senciência* animal, proibindo práticas cruéis, a Constituição brasileira passou a considerar os animais não humanos como seres importantes por si próprios, dotados de valor intrínseco, como fins em si mesmos, ou seja, passou a reconhecer, implicitamente, a dignidade animal⁴.

Essa interpretação constitucional sobre a dignidade animal foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983-CE (a ADI da vaquejada), em 2016.

Segundo a ministra Rosa Weber;

A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que *os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada*. (grifo nosso) (STF, Pleno, ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 06.10.2016, p. em 27.04.2017).

Como uma das principais consequências do reconhecimento constitucional da *dignidade animal*, o Código Civil brasileiro, na qualidade de lei ordinária, precisa ser relido conforme a Constituição para afastar qualquer interpretação que resulte em atribuir aos animais o status jurídico de coisa, bem móvel ou bem semovente.

Ora, se os animais têm dignidade própria, definida pela Constituição Federal, é possível desguarnecê-los de um catálogo mínimo de direitos fundamentais?

A resposta a essa indagação já vem sendo dada pela legislação estadual, dado que, em matéria de proteção da fauna, a competência legislativa é concorrente (art. 24, VI, CF).

O Código Estadual de Proteção aos Animais de Santa Catarina (Lei 12.854/03), alterado pelas leis 17.485/18 e 17.526/18, por exemplo, conforme seu art. 34-A, reconhece que “cães e gatos ficam reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o reconhecimento da sua especificidade e das suas características em face de outros seres vivos”.

De forma subjetivamente mais ampla, o recentíssimo Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul (Lei 15.434/20) instituiu o regime jurídico especial para animais domésticos de estimação e os qualificou como sujeitos de direitos, conforme seu art. 216:

Art. 216. É instituído regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente.

Parágrafo único. Os animais domésticos de estimação, que não sejam utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei como patrimônio cultural do Estado, possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Mais recentemente ainda, e mais universal do que as leis catarinense e gaúcha, é a Lei 22.231/16, atualizada pela Lei 23.724, de 18 de dezembro de 2020, que dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado de Minas Gerais, cujo art. 1º, parágrafo único, passou a estabelecer que:

Art. 1º. São considerados maus-tratos contra animais quaisquer ações ou omissões que atentem contra a saúde ou a integridade física ou mental de animal, notadamente:

[...]

Parágrafo único – Para os fins desta lei, os animais são reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica.

Apesar de essas leis estaduais não realizarem a catalogação dos direitos animais, a simples requalificação jurídica dos cães e gatos (Santa Catarina), dos animais domésticos de estimação (Rio Grande do Sul), ou de todos os animais (Minas Gerais), de coisas para sujeitos de direitos (como impõe a Constituição Federal), já opera efeitos jurídicos expressivos, condizentes com a dignidade animal.

Ainda na legislação estadual, a lei inequivocamente mais avançada e abrangente do Brasil, em termos de especificação de direitos subjetivos animais, é o Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba (Lei Estadual 11.140/18), com a explícita adoção da linguagem dos direitos, conforme o seu art. 5º⁵:

Art. 5º. Todo animal tem o direito:

- I – de ter as suas existências física e psíquica respeitadas;
- II – de receber tratamento digno e essencial à sadia qualidade de vida;
- III – a um abrigo capaz de protegê-lo da chuva, do frio, do vento e do sol, com espaço suficiente para se deitar e se virar;
- IV – de receber cuidados veterinários em caso de doença, ferimento ou danos psíquicos experimentados;
- V – a um limite razoável de tempo e intensidade de trabalho, a uma alimentação adequada e a um repouso reparador.

Ora, se os animais possuem direitos subjetivos catalogados em lei, a violação desses direitos gera o direito à reparação, o qual, inevitavelmente, deve ser dar por sentença judicial, após o regular e adequado processo civil.

Portanto, os animais não humanos passam a titularizar também o direito à indenização, ao menos quanto aos danos morais sofridos.

4. Animais como sujeitos do processo

Pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), sabe-se que todo o titular de direitos subjetivos tem o direito de defendê-los em juízo, perante o Poder Judiciário: em regimes democráticos, a tutela jurisdicional é universal e inafastável.

Em outras palavras, todo o titular de direitos substantivos tem capacidade de ser parte em processo judicial, sem o que a garantia de acesso à justiça seria ineficaz e sem utilidade prática (DIDIER JÚNIOR, 2018. p. 369).

Reconhecendo-se a capacidade de ser parte do animal, ele próprio poderá demandar o agressor em juízo.

Mas, como se pode intuir, não poderá o animal ir sozinho a juízo, pelas próprias patas, pois os animais, assim como as crianças humanas ou como qualquer outro humano incapaz, não detêm capacidade processual, devendo ser representados ou assistidos em juízo.

Quem terá poderes para representar ou assistir um animal em juízo, auxiliando-os na defesa de seus direitos subjetivos?

Segundo o art. 2º, § 3º, do Decreto 24.645/34, assinado por Getúlio Vargas, ainda em vigor⁶, “os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais”. Trata-se, inequivocamente, de norma processual especial em relação ao Código de Processo Civil, complementando o sistema processual quanto à capacidade processual dos animais⁷.

Quem terá poderes para representar ou assistir um animal em juízo, auxiliando-os na defesa de seus direitos subjetivos?

Assim, no caso em análise, o animal será assistido [*rectius*: representado] em juízo por seu responsável (o “substituto legal” referido pelo Decreto 24.645/34), em processo no qual intervirá, necessariamente, o Ministério Público (art. 178, III, CPC), como fiscal da ordem jurídica, garantindo-se a proteção do incapaz.

Competirá ao responsável, como representante do animal-vítima, contratar o advogado que patrocinará a causa ou obter a representação judicial por meio da Defensoria Pública.

Nas hipóteses em que o animal não tenha responsável, poderá o Ministério Público (e também a Defensoria Pública, segundo a atual Constituição) ou entidade de proteção animal (as “sociedades protetoras dos animais”) atuar como representante animal em juízo.

Evidentemente, na ação proposta poderá ser requerida a tutela provisória de urgência, nos termos dos arts. 294 e seguintes do CPC, para se obter, desde logo, o imprescindível custeamento das despesas médico-veterinárias mais prementes.

Em caso de procedência do pedido, a indenização paga será administrada pelo responsável, em proveito exclusivo do animal (art. 1.741, do Código Civil), com dever de prestar contas em juízo (art. 1.755 do Código Civil).

Conclusão

As ações indenizatórias propostas por animais, devidamente representados em juízo, nos termos do Decreto 24.645/34, já estão ocupando o cenário judiciário brasileiro⁸. Afinal, animais não são coisas, são sujeitos de direitos fundamentais, os quais, uma vez violados, devem ser reparados em juízo. Por isso, não se pode negar que animais detêm capacidade de ser parte, não ao menos diante do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Isso leva a crer que a Sétima Câmara Cível do TJPR acertou em sua decisão, com profunda sensibilidade e antecipação das conquistas pós-humanistas do direito contemporâneo.

O Poder Judiciário brasileiro começa a dar respostas adequadas a certos dilemas da proteção animal, tais como garantir recursos para tratar animais maltratados, sejam os abandonados, sejam aqueles cujos responsáveis são desprovidos de recursos financeiros suficientes? Como pagar as despesas médico-veterinárias necessárias?

Assim sendo, para a hipótese lançada ao início, a resposta dada pela Sétima Câmara Cível do TJPR é adequada e já se encontra devidamente positivada, já que os animais têm direito à reparação de danos e podem demandar em juízo em nome próprio, desde que devidamente representados, na forma do Decreto 24.645/34.

Ainda que muitos magistrados, certamente pelo desconhecimento desse novo ramo do direito, entendam de maneira contrária, até em respeito aos ensinamentos clássicos do direito civil e processual civil, fato é que com base nesse julgamento histórico terão de reavaliar muito do que vinham decidindo.

Os dogmas, mitos e “certezas” jurídicas devem ser questionados à medida que passam a não oferecer resposta satisfatória às demandas sociais (LOURENÇO, 2008, p. 527).

Usando as palavras de Dostoiévski, neste ano do bicentenário do seu nascimento: “Quantas ideias já houve na Terra, na história humana, que ainda uma década antes eram inconcebíveis, mas de repente chegou sua hora misteriosa e elas se manifestaram e se espalharam por toda a Terra?”

A hora misteriosa dos direitos animais já chegou e foi o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que acertou os ponteiros desse relógio.

Notas

1. Vicente de Paula Ataíde Junior. Juiz Federal na Segunda Turma Recursal Federal Previdenciária do Paraná. Professor adjunto do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Pós-Doutor em Direito Animal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador do Programa de Direito Animal da UFPR. Líder do Núcleo de Pesquisas em Direito Animal da UFPR (ZOOPLIS/PPGD-UFPR). Professor e Coordenador do Curso de Especialização em Direito Animal da ESMAFE-PR/UNINTER. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8067162391395637> E-mail: vicente.junior@ufpr.br Portal: <http://www.animaiscomdireitos.ufpr.br> ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4995-9928>.
2. Cristine Lopes. Juíza de Direito na 12ª Vara Criminal de Curitiba. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professora de Prática Processual Penal da EMAP.
3. Segundo a *Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos* (2012) – elaborado por neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais cognitivos reunidos na Universidade de Cambridge/Reino Unido –, “A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que os animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos.” Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/animaiscomdireitos/wp-content/uploads/2019/06/declaracao-de-cambridge-portugues.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.
4. SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Editora Evolução, 2014, p. 100-103; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 90-114; MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais: reconhecimento jurídico e aplicação*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 105-116.

5. ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula (coord.). *Comentários ao Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba: a positivação dos direitos fundamentais animais*. Curitiba: Juruá, 2019.
6. ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; TOMÉ, Tiago Brizola Paula Mendes. Decreto 24.645/1934: breve história da “Lei Áurea” dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 15, n. 2, p. 47-73, maio/ago. 2020.
7. ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 46, v. 313, p. 95-128, mar. 2021.
8. ATAIDE JUNIOR, *Op. cit.*

Referências

- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 46, v. 313, p. 95-128, mar. 2021.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Comentários ao Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba: a positivação dos direitos fundamentais animais*. Curitiba: Juruá, 2019.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal brasileiro. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 30, n. 1, p. 106-136, jan./jun. 2020.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; TOMÉ, Tiago Brizola Paula Mendes. Decreto 24.645/1934: breve história da “Lei Áurea” dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 15, n. 2, p. 47-73, maio/ago. 2020.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 1.
- LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2008.
- MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais: reconhecimento jurídico e aplicação*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017.
- SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Evolução, 2014.

DOCTRINA



A substituição da audiência do art. 334 do CPC pela tentativa de composição extrajudicial por meio da plataforma “consumidor.gov.br”

Henrique Kurscheidt¹

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor da Escola da Magistratura do Paraná

Luciana Gonçalves Nunes²

Juíza Substituta na 33ª Seção Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar se é possível dispensar a realização da audiência preliminar de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do Código de Processo Civil, nas hipóteses em que a judicialização do conflito é precedida de tentativa de composição extrajudicial por meio da plataforma “consumidor.gov.br”, como forma de estimular a adoção de tal método alternativo de solução de conflitos e reduzir a litigância. Após concluir pela possibilidade de dispensa, o artigo pondera, por meio de análise comparativa da tentativa de composição realizada por intermédio da plataforma de composição virtual com aquela realizada no bojo do processo judicial, se a adoção da sistemática proposta favorece a obtenção de solução efetiva e célere aos conflitos de consumo.

Introdução

DADOS DO RELATÓRIO “JUSTIÇA EM NÚMEROS”, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontam que o índice de soluções consensuais, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC), aumentou em apenas um ponto percentual. Noutra giro, plataformas digitais, a exemplo do “consumidor.gov.br”, demonstram expressivo índice de solução consensual nas reclamações a elas submetidas.

Diante desse cenário, este artigo examina, em seu primeiro capítulo, se é possível dispensar a realização da audiência de conciliação ou mediação, prevista no art. 334 do CPC³, nas hipóteses em que a judicialização do conflito é precedida de tentativa de composição extrajudicial. No segundo capítulo, partindo-se da premissa de viabilidade, realiza uma análise comparativa entre as tentativas de conciliação realizadas no curso do processo judicial, no âmbito dos CEJUSCs, e por meio da aludida plataforma de solução eletrônica. Ao final, conclui-se que o direcionamento da tentativa de composição nos conflitos de consumo à plataforma “consumidor.gov.br”, em substituição à audiência preliminar, apresenta possíveis vantagens e deve ser incentivada.

1. A audiência preliminar e a possibilidade de sua dispensa

O CPC alçou os chamados métodos alternativos de resolução de controvérsias (*alternative dispute resolution* ou ADR⁴) a meio preferencial de solução de conflitos. Em seu capítulo inaugural, que trata das normas fundamentais do processo civil, o CPC estabelece que o emprego de métodos consensuais deve ser promovido pelo Estado e a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual devem ser estimulados (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Pretendeu-se adotar, assim, o modelo de tribunal multiportas (*multi-door courthouse*), bem estabelecido e com resultados positivos no direito norte-americano⁵, no qual o tradicional método adjudicatório é apenas uma das alternativas disponíveis para solução das demandas

apresentadas ao Poder Judiciário. Com isso, busca-se permitir que cada caso seja submetido ao método mais adequado à sua resolução satisfatória, com a preservação e racionalização do uso dos recursos disponíveis, que podem ser alocados no julgamento dos casos em que a solução consensual não é possível⁶.

No âmbito das demandas judicializadas, o legislador cuidou de inserir, como ato inicial do procedimento comum, audiência destinada especificamente à tentativa de composição (art. 334 do CPC), a reforçar a proeminência dos métodos consensuais, na sistemática processual instituída pela atual codificação. Como observa Fredie Didier Júnior, “o CPC generalizou, neste ponto, o modelo já existente há muitos anos no âmbito dos Juizados Especiais, embora com regramento bem diverso” (2019, p. 726).

A interpretação literal do art. 334, § 4º, do CPC indica que somente seria possível dispensar a audiência preliminar nas hipóteses taxativamente elencadas em seus dois incisos, quais sejam, “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” ou “quando não se admitir a autocomposição”. Consequentemente, em todas as demais situações a realização da audiência seria obrigatória e não poderia ser dispensada, ainda que, pelas circunstâncias do caso concreto, seja possível antever a inutilidade do ato.

Embora parcela da doutrina adote a interpretação literal e sustente que a obrigatoriedade da audiência decorre da opção realizada pelo legislador de atribuir centralidade aos meios autocompositivos de solução de conflitos (CAMBI, 2016, p. 885), outros autores defendem a possibilidade de dispensa do ato, fundada nos deveres legais impostos ao juiz pelo art. 139, II e VI, do CPC, de velar pela razoável duração do processo e de flexibilizar o procedimento para adaptá-lo às especificidades da causa, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (GAJARDONI *et al*, 2018, p. 83).

A prática de atos processuais que não produzirão qualquer resultado, consumindo tempo e recursos das partes e do poder público, não pode ser considerada eficiente

Se, por um lado, o CPC exige o estímulo à solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC), por outro, impõe ao juiz o dever de dirigir o processo, buscando promover, entre outros valores, a eficiência (art. 8º do CPC). A prática de atos processuais que não produzirão qualquer resultado, consumindo tempo e recursos das partes e do poder público, não pode ser considerada eficiente. Assim, em determinadas hipóteses, o princípio da eficiência justifica – e exige – a flexibilização procedimental, tendo como baliza a realização dos fins do processo, com o menor custo financeiro e temporal aos envolvidos.

Em resumo, embora remanesça divergência doutrinária acerca do tema, defende-se a possibilidade de dispensar a audiência preliminar nas hipóteses em que é possível antever que a composição não será alcançada, por se tratar de solução mais consentânea com o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88) e com o princípio da eficiência (art. 8º do CPC)⁷.

Nesse sentido, encontram-se julgados dispensando a audiência preliminar quando constatada, no caso concreto, a inviabilidade de acordo:

Agravo de instrumento. [...]. Ausência de designação da audiência de conciliação prevista no art. 334, do CPC/15. (...) Desnecessidade de designação do ato. Desinteresse dos autores. Demonstração, no caso concreto, de inviabilidade de acordo entre as partes. Conciliação, ademais, que pode ser realizada em qualquer momento processual. [...] – Conquanto o art. 334, § 4º, do CPC/15, dispense a audiência de conciliação apenas quando ambas as partes manifestarem expresse desinteresse na composição consensual ou quando o caso não admitir autocomposição, *pode o Magistrado, em casos excepcionais, deixar de designar o ato, até porque cabe a ele zelar pela aplicação dos princípios da celeridade processual, da duração razoável do processo e da efetividade jurisdicional*. As peculiaridades do caso permitem concluir pela inviabilidade de acordo entre as partes, fato que possibilita a dispensa da realização da audiência de conciliação prevista no art. 334, do CPC/15. (...) (TJPR – 18ª C. Cível – 0015955-55.2020.8.16.0000 – Campo Mourão – Rel.: Desembargador Péricles Bellusci de Batista Pereira – J. 13.07.2020). Destacado.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Maranhão possui ato normativo que determina: “A dispensa da audiência de conciliação prévia, quando requerida pela parte que apresentar documentos da busca pelo entendimento por intermédio das plataformas digitais que não obtiveram êxito na resolução total ou parcial do conflito”⁸.

1.1 A dispensa da audiência preliminar como forma de incentivo à prévia tentativa de composição extrajudicial

Em que pese a centralidade atribuída pelo CPC aos métodos auto-compositivos, os dados estatísticos divulgados anualmente pelo CNJ, por meio do relatório “Justiça em Números”, demonstram que os avanços na adoção das vias consensuais de resolução de conflitos ainda são tímidos, enquanto o número de feitos ajuizados a cada ano continua elevado⁹.

No intuito de alterar o aludido cenário, existem propostas, no campo doutrinário e jurisprudencial, sugerindo a adoção de medidas tendentes a compelir as partes a submeter o conflito a métodos consensuais de resolução como condição de acesso à via judicial^{10, 11}. Propostas nessa linha, no entanto, enfrentam resistências, a uma, por não contarem com expresso suporte legal; a duas, por restringirem, em alguma medida, o exercício do direito constitucional de ação.

Em síntese, apesar de a adesão voluntária aos métodos consensuais de resolução de conflitos ainda ser relativamente baixa, o direcionamento impositivo de demandas a tais métodos pode reduzir sua efetividade.

Diante desse panorama, a criação de incentivos para que as partes voluntariamente optem pela realização de prévia tentativa de composição antes de judicializar o conflito surge como possível solução intermediária, na medida em que direciona as partes para escolha que é benéfica aos envolvidos no conflito e ao sistema jurisdicional como um todo, sem, contudo, cercear a liberdade de escolha e o exercício do direito de ação.

Nesse sentido, a dispensa da audiência preliminar, mediante a comprovação da prévia tentativa de solução consensual extrajudicial, constitui relevante incentivo para que as partes adotem voluntariamente tal

procedimento, com o objetivo de obter mais celeridade no trâmite do processo¹², caso a questão venha a ser posteriormente judicializada.

A partir de tais premissas, cabe ponderar se a substituição da audiência preliminar pela prévia tentativa de composição intermediada pelo “consumidor.gov.br” é medida que favorece a obtenção de solução efetiva e em tempo razoável dos conflitos de consumo e se deve ser incentivada.

2. A plataforma “consumidor.gov.br” em comparação à audiência preliminar

No âmbito dos conflitos de consumo, a plataforma “consumidor.gov.br” possibilita a tentativa de solução consensual, por meio da interlocução direta em ambiente digital, entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços previamente cadastrados. Trata-se de serviço público gratuito, instituído pelo Decreto 8.573/15 e vinculado à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) do Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

A plataforma viabiliza que o consumidor registre reclamação contra as empresas previamente cadastradas, que, em seguida, possuem o prazo de 10 dias, para analisar e responder. Por fim, o consumidor dispõe de até 20 dias para informar se sua reclamação foi resolvida ou não, e ainda indicar seu nível de satisfação com o atendimento recebido.

As reclamações registradas são inseridas em base de dados pública, que apresenta informações como o prazo médio de resposta e os índices de solução e satisfação no tratamento das reclamações pelas empresas cadastradas. Tais informações podem ser facilmente acessadas, mediante consulta ao sítio eletrônico “consumidor.gov.br”, que apresenta rankings das empresas com melhor desempenho em cada um dos índices monitorados (índice de solução, índice de satisfação, prazo médio de resposta e reclamações respondidas).

Trata-se de um mecanismo de estímulo para que os fornecedores busquem solucionar adequadamente as reclamações que lhes são apresentadas, a fim de obter melhores posições em tais rankings.

A plataforma apresenta expressivo índice de solução das reclamações apresentadas, no percentual de 80%, bem como reduzido prazo médio para obtenção de resposta (6,5 dias)¹³.

Em contraposição, consonante dados do relatório “Justiça em Números”, divulgado anualmente pelo CNJ, o índice de conciliações obtidas em processos judiciais aumentou em apenas um ponto percentual desde a entrada em vigor do CPC¹⁴.

Conforme demonstra Erik Wolkart Navarro, os crescentes investimentos em aumento da estrutura especializada na resolução consensual de conflitos não têm refletido diretamente nos índices de conciliação. Embora o número de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs instalados no país tenha mais que dobrado entre 2014 e 2018 (passando de 362 para 982 unidades), o percentual de conciliações na fase de conhecimento dos processos caiu de 19,1% para 14% entre 2015 e 2018.

Diante desse cenário, cabe perquirir quais são os motivos que justificam a disparidade de resultados obtidos pela plataforma de solução eletrônica e pelas tentativas de conciliação ou mediação realizadas no curso do processo judicial, no âmbito dos CEJUSCs.

A primeira diferença diz respeito ao meio no qual são realizadas as tratativas de acordo. Enquanto a negociação realizada por intermédio da plataforma “consumidor.gov.br” ocorre em ambiente integralmente digital, dispensando o deslocamento físico dos envolvidos, a audiência preliminar é realizada, de regra, presencialmente, na localidade de residência do consumidor. Por tal motivo, os fornecedores são frequentemente representados, nas audiências, por prepostos que não detêm real poder decisório, sendo corriqueiro o emprego de representantes que não possuem qualquer relação com a empresa reclamada, contratadas apenas para comparecimento ao ato (os chamados “correspondentes”), frustrando a efetiva possibilidade de negociação¹⁵.

Em relação à colheita e divulgação de dados estatísticos relacionados à solução das reclamações apresentadas, que constituem um importante fator de estímulo à solução do conflito na medida em que refletem na imagem do fornecedor, a própria capilaridade dos CEJUSCs dificulta e torna onerosa a consolidação de dados acerca do tratamento dado

pelos fornecedores às reclamações apresentadas pelos consumidores. Ainda que seja possível que cada tribunal ou unidade do CEJUSC formule estatísticas a esse respeito, o impacto da divulgação de tais dados é menor do que aquele divulgado em rankings, na plataforma “consumidor.gov.br”, de abrangência nacional e facilmente acessíveis pela internet.

Outra diferença relevante diz respeito aos custos envolvidos na utilização de cada uma das vias de transação. A audiência preliminar

No âmbito dos conflitos de consumo, a plataforma “consumidor.gov.br” possibilita a tentativa de solução consensual, por meio da interlocução direta em ambiente digital

ocorre após o ajuizamento de demanda judicial, que constitui o fato gerador de custas processuais e despesas com a contratação de advogados, a serem suportadas pelas partes e alocadas em eventual acordo. A necessidade de definir a responsabilidade pelo custeio de tais despesas aumenta a complexidade e dificulta eventual composição, por envolver mais fatores na disputa. Como adverte Posner, “quanto mais coisas estiverem em jogo numa disputa, tanto mais provável que esta seja litigada, ou seja, que não se chegue a um acordo” (2007, p.

484). Por outro lado, a tentativa de composição por intermédio da plataforma “consumidor.gov.br” é gratuita e não demanda a assistência por advogado ou o comparecimento presencial¹⁶.

Sob a perspectiva da administração pública, os investimentos necessários para possibilitar a tentativa de solução consensual por meio de plataforma digital de atendimento, de abrangência nacional, também parecem ser menores, porquanto não exige a presença de um terceiro mediador ou mesmo a disponibilização de unidades físicas distribuídas em diversas localidades do país, com instalações e corpo de servidores próprios.

Por fim, em relação ao tempo necessário para o tratamento da reclamação, o serviço prestado pela plataforma digital apresenta vantagem. Conforme exposto acima, as estatísticas demonstram que, na plataforma “consumidor.gov.br”, as reclamações são respondidas, em

média, no prazo de 6,5 dias. Embora inexistam dados estatísticos compilados de todos os estados, a realização da audiência preliminar, com a designação de data para realização de ato presencial, consome prazo consideravelmente superior, tendo em vista que se sujeita à pauta da unidade e demanda um interregno temporal mínimo de 30 dias de sua designação e de 20 dias entre a data de sua realização e a citação da parte requerida, que usualmente leva considerável lapso temporal para ser concretizada (art. 334 do CPC).

Em síntese, o direcionamento da tentativa de composição nos conflitos de consumo à plataforma “consumidor.gov.br” em substituição à audiência preliminar apresenta possíveis vantagens, quais sejam: (i) a comunicação entre a plataforma e seus usuários ocorre integralmente no âmbito digital, sem necessidade de deslocamento das partes; (ii) a redução dos custos de transação, aumentando o excedente cooperativo e as chances de êxito na tentativa de solução consensual; (iii) a divulgação de ranking específico, indicando as empresas com melhor prazo médio de resposta e de resolução do conflito, o que constitui relevante incentivo à composição; (iv) a desnecessidade de pauta ou intermediação de um terceiro mediador.

Assim, entende-se que a audiência preliminar pode ser substituída, com ganhos, pela prévia tentativa de composição realizada por intermédio da plataforma “consumidor.gov.br”, proporcionando mais chances de solução consensual do conflito e relevante redução dos custos temporais e financeiros necessários à sua realização.

Conclusão

Inobstante a divergência doutrinária e jurisprudencial, defende-se, neste artigo, ser possível dispensar a realização da audiência preliminar, prevista no art. 334 do CPC, nas hipóteses em que a judicialização do conflito é precedida de tentativa de composição extrajudicial.

Ademais, em uma análise comparativa, conclui-se que o direcionamento da tentativa de composição nos conflitos de consumo à plataforma “consumidor.gov.br”, em substituição à aludida audiência,

apresenta possíveis vantagens, quais sejam: (i) a comunicação entre a plataforma e seus usuários ocorre integralmente no âmbito digital, sem necessidade de deslocamento das partes; (ii) a redução dos custos de transação, aumentando o excedente cooperativo e as chances de êxito na tentativa de solução consensual; (iii) a divulgação de ranking específico, indicando as empresas com melhor prazo médio de resposta e de resolução do conflito, o que constitui relevante incentivo à composição; (iv) a desnecessidade de pauta ou intermediação de um terceiro mediador.

Trata-se, assim, de sistemática que aumenta as chances de solução consensual dos conflitos de consumo, com menor custo financeiro e temporal aos envolvidos e ao poder público, devendo, portanto, ser incentivada.

Notas

1. Henrique Kurscheidt. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor da Escola da Magistratura do Paraná.
2. Luciana Gonçalves Nunes. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera. Juíza Substituta na 33ª Seção Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
3. Doravante denominada apenas como “audiência preliminar”.
4. Termo cunhado por Frank Sander, professor da Harvard Law School, em discurso proferido na Pound Conference de 1976 (BODART e FUX, 2019, p. 49).
5. “Nos Estados Unidos [...] a maioria dos estudos aponta um índice de acordos da ordem de 95% dos casos cíveis, muito embora esse índice possa ser bastante inferior a depender da matéria controvertida. Perante a Justiça Federal daquele país, segundo dados de 2002, apenas 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento) das causas cíveis foram efetivamente julgadas – percentual que era de 11,5% (onze inteiros e meio por cento) em 1962. Embora não se possa afirmar que os 98,2% (noventa e oito inteiros e dois décimos por cento) de causas restantes resultaram em acordo, é inegável que os meios alternativos de solução de controvérsias possuem um papel relevante para manter as prateleiras dos Tribunais americanos mais vazias” (BODART e FUX, 2019, p. 51).
6. Cf. BODART e FUX, 2019, p. 49.

7. Nos Juizados Especiais, cujo procedimento é orientado, dentro outros, pelos princípios da informalidade, economia processual e celeridade (conforme art. 2º da Lei 9.099/95), a possibilidade de adotar tal solução, para dispensar a realização da audiência prevista no art. 16 da Lei 9.099/95, parece-nos ainda mais nítida.
8. Disponível em <<https://www.tjma.jus.br/atos/cgj/portarias-conjuntas/titulo-portaria/416572>>. Acesso em 08/04/2021.
9. No ano de 2018, foram proferidas 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordo (das quais 3,7 milhões foram proferidas na fase processual e 700 mil na fase pré-processual), que representa 12% do total de casos julgados pela Justiça brasileira naquele ano. Cf. CNJ, 2019, p. 14.
10. Cf. KURSCHIEDT, NUNES, 2020 e GAJARDONI, 2020.
11. No âmbito do TJMG, o Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos – NUPEMEC recentemente editou a orientação 01/2021, com o seguinte teor: “Nas ações em que for admissível a autocomposição, a exigência de prévia comprovação da tentativa de negociação poderá ser considerada como condição para aferição do interesse processual, cabendo ao juiz suspender o feito, por prazo razoável, para que a parte comprove tal tentativa, sob pena de indeferimento da inicial ou extinção do feito sem resolução do mérito” (disponível em <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/orientacao-do-nupemec-3-vice-presidencia-n-01-2021.htm#.YG7pPGRKJIU>>. Acesso em 08/04/2021).
12. A realização da audiência preliminar aumenta o tempo necessário para conclusão do processo, na medida em que sua designação depende da disponibilidade de pauta da unidade e deve ser antecedida, em no mínimo 20 dias, pela citação da parte requerida, que, por vezes, demanda considerável lapso temporal para ser concretizada.
13. Cf “Boletim Consumidor.gov.br – 2019”, divulgado em 14/06/2020.
14. CNJ, 2019, p. 14.
15. A opção legislativa de eleger a via presencial como meio de realização dos atos no âmbito dos CEJUSC’s é objeto de críticas de parcela da doutrina, que defende que deveriam ter sido privilegiados os meios de mediação eletrônica, a fim de simplificar a dinâmica dos atos e reduzir os custos de transação envolvidos. (WOLKART, 2020, p. RB 6.12).
16. Como demonstra Ivo T. Gico Jr., a medida em que as partes incorrem em custos irre recuperáveis, o excedente cooperativo diminui proporcionalmente, reduzindo as chances de eventual composição (2020, p. 156-159).

Referências

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2019* – sumário executivo, p. 14. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>>. Acesso em: 20/06/2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Consumidor.gov.br*. Disponível em: <<https://consumidor.gov.br>>. Acesso em: 19/06/2020.
- CAMBI, Eduardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. São Paulo: RT, 2016. p. 885
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 14, Volume 21, Número 2, p. 99-112, mai.-ago. 2020.
- _____. DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. Volume 2. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Foco, 2020.
- KURSCHEIDT, Henrique; NUNES, Luciana Gonçalves. Como minimizar a sobreutilização da atividade jurisdicional e a morosidade do Poder Judiciário? A “tragédia dos comuns” e as soluções propostas por Garrett Hardin. *Revista da Escola Nacional da Magistratura: políticas públicas, democracia e justiça*. n. 8, 2020.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- WOLKART, Navarro Erik. *Análise econômica do processo civil* [livro eletrônico]: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Portugal – Conteúdos e serviços digitais – Nova lei em perspectiva

Mário Frota¹

Diretor do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Portugal e Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC)

I. Generalidades

O REGIME DO FORNECIMENTO DE CONTEÚDOS e serviços digitais está em vias de ser transposto para o ordenamento jurídico português, de harmonia com o que consta do projeto de Decreto-Lei 1049/XXII/21, do 1º de julho transacto.

E corresponde a um normativo emanado do Parlamento Europeu – a Diretiva (UE) n. 2019/770, de 20 de maio.

Os contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais passarão, por conseguinte, a estar disciplinados de modo estrito, entre nós, como nos demais Estado-membros da União Europeia. Com o início de vigência protraído para o 1º de janeiro de 2022.

O regime jurídico a que a enunciada diretiva confere relevância visa oferecer adequada resposta à célere evolução tecnológica observada neste domínio de molde a garantir o enquadramento devido às questões suscitadas no desenvolvimento do conceito e suas repercussões no ordenamento.

Ora, por conteúdos e serviços digitais se entende, designadamente, os *programas informáticos*, as *aplicações*, os *ficheiros de vídeo*, de áudio e de *música*, os *jogos digitais*, os *livros eletrônicos* e outras *publicações eletrônicas*, bem como serviços digitais que permitam a criação, o tratamento ou o armazenamento de dados em formato digital

ou o respectivo acesso, nomeadamente o *software* enquanto serviço, de que são exemplo a *partilha de ficheiros de vídeo e áudio* e outro tipo de *alojamento de ficheiros, o processamento de texto ou jogos* disponibilizados *no ambiente de computação em nuvem*, bem como as redes sociais.

Como o previne o preâmbulo da Diretiva UE 2019/770, de 20 de maio de 2019, do Parlamento Europeu e do Conselho, “uma vez que há várias maneiras de fornecer um conteúdo ou serviço digital, como por exemplo através de um suporte material, de *descarregamentos feitos pelos consumidores para os seus dispositivos*, de difusões em linha, de *concessão de acesso a unidades de armazenamento de conteúdos digitais* ou de *acesso ao uso de redes sociais*”, o presente instrumento deverá aplicar-se independentemente do meio utilizado para a sua transmissão ou para permitir o acesso aos conteúdos ou serviços digitais.

Exclui-se, porém, a sua aplicação aos *serviços de acesso à internet*.

“A fim de corresponder às expectativas dos consumidores e de proporcionar aos fornecedores de conteúdos digitais um regime jurídico simples e bem definido, a dos Conteúdos e Serviços Digitais deverá ser igualmente aplicada aos conteúdos digitais fornecidos num suporte material, tais como os DVD, os CD, as chaves USB e os cartões de memória, bem como ao próprio suporte material, desde que [...] funcione exclusivamente como meio de disponibilização de conteúdos digitais.”

No entanto, em lugar da aplicação das suas disposições à obrigação que pende sobre o fornecedor e aos meios de ressarcimento ao consumidor em caso de não fornecimento, entende-se de aplicar o disposto na Diretiva Direitos do Consumidor no que tange às obrigações que se prendem com a *entrega de bens* e os *meios de ressarcimento em caso de incumprimento*.

Além disso, as disposições da designada diretiva acerca, entre outros, do direito de retratação e da natureza do contrato ao abrigo do qual são fornecidos os bens, deverão igualmente continuar a aplicar-se a tais suportes materiais e aos conteúdos digitais neles fornecidos.

O projeto, no capítulo de que se trata, desdobra-se em duas seções, a saber:

I – Do fornecimento e da conformidade dos conteúdos e serviços digitais

II – Responsabilidade do fornecedor, ónus da prova e direitos do consumidor.

A primeira das seções versa sucessivamente sobre:

- obrigação de fornecimento de conteúdos e serviços digitais
- conformidade dos conteúdos e serviços digitais
- requisitos subjetivos de conformidade
- requisitos objetivos de conformidade
- integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais
- direitos de terceiros restritivos da utilização de conteúdos ou serviços digitais.

A segunda seção consagra a disciplina atinente a:

- responsabilidade do fornecedor pelo não fornecimento e pela não conformidade
- ónus da prova nos conteúdos e serviços digitais
- direitos do consumidor em caso de não fornecimento
- direitos do consumidor em caso de não conformidade
- obrigações do fornecedor em caso de resolução do contrato
- obrigações do consumidor em caso de resolução do contrato
- prazos e modalidades de reembolso pelo fornecedor
- alterações aos conteúdos ou serviços digitais.

II. Breve referência aos requisitos de conformidade

Os requisitos de conformidade desdobram-se em subjetivos e objetivos.

Eis os *subjetivos*:

São conformes com o contrato, os conteúdos ou serviços digitais que:

- correspondam à descrição, à quantidade e à qualidade e detenham a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características previstas no contrato;
- sejam adequados à finalidade específica, previamente acordada, a que o consumidor os destine;

- sejam fornecidos com todos os acessórios e instruções, inclusive de instalação, e suporte ao consumidor, tal como exigidos pelo contrato; e

- sejam actualizados, de acordo com o estipulado no contrato.

Os requisitos *objetivos* perfilam-se como segue:

- sejam adequados ao uso a que os bens de análoga natureza se destinam;

- correspondam à descrição e possuam as qualidades da amostra ou modelo que o fornecedor haja apresentado em momento prévio ao da celebração do contrato, sempre que aplicável;

- sejam entregues com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções, expectáveis na perspectiva do consumidor. sempre que aplicável, e;

- correspondam à quantidade e possuam as qualidades e outras características, inclusive no que tange à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo, considerando, designadamente, a sua natureza e qualquer declaração pública feita pelo fornecedor, ou em seu nome, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia comercial, em que se inclui o produtor, nomeadamente na publicidade ou na etiquetagem.

De significar que o fornecedor não fica vinculado às declarações públicas a que se refere o último ponto em realce no passo precedente, se mostrar que:

- não tinha, nem deveria razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa;

- no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou

- a decisão de contratar não poderia ter sido influenciada por uma tal declaração.

Sempre que o contrato estipule um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, o fornecedor deve assegurar que as atualizações, incluindo as de segurança, necessárias para manter os conteúdos ou serviços digitais em conformidade, são comunicadas e facultadas ao consumidor, durante o período razoavelmente

expectável, tendo em conta o tipo e finalidade dos conteúdos ou serviços digitais, as circunstâncias e natureza do contrato.

No caso de o contrato prever o fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais, o dever de comunicação e de fornecimento das atualizações vigora pelo período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos, nos termos do contrato.

Se o consumidor não proceder à instalação, em prazo razoável, das atualizações que lhe forem facultadas, o fornecedor não responderá pela não conformidade que resulte exclusivamente da omissão de um tal dever, desde que:

- o fornecedor comunique ao consumidor a disponibilidade da atualização e as consequências da sua não instalação; e
- a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor não resulte de deficiências nas instruções de instalação transmitidas pelo fornecedor.

Se o contrato estipular um fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais, estes devem ser conformes durante o período correspondente à duração do contrato.

Não se considera existir, porém, não conformidade quando, no momento da celebração do contrato, o consumidor tiver sido inequivocamente informado de que uma característica particular do bem se desviava dos requisitos enunciados e houver aceite de forma expressa e em documento separado, autónomo, tal desvio.

Salvo acordo em contrário, os conteúdos ou serviços digitais devem ser fornecidos na versão mais recente disponível no momento da celebração do contrato.

III. Direitos do consumidor em caso de não fornecimento

Em caso de não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais, o consumidor deve interpelar o fornecedor a que proveja ao fornecimento.

Se o fornecedor, interpelado, não fornecer os conteúdos ou serviços digitais sem demora injustificada ou de acordo com um prazo adicio-

nal, expressamente acordado, o consumidor tem direito à extinção do contrato através da resolução.

Tal não obsta à imediata resolução do contrato sempre que:

– o fornecedor declarar, ou resultar claramente das circunstâncias, que não irá fornecer os conteúdos ou serviços digitais;

– o consumidor perca o interesse na realização da prestação, considerando a existência de prévio acordo das partes acerca da essencialidade do prazo certo para o seu cumprimento.

O consumidor exerce o direito de *resolução do contrato* através de uma declaração ao fornecedor em que comunique a sua decisão de pôr termo ao contrato. Em caso de resolução do contrato, o fornecedor deve reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos.

O reembolso dos pagamentos deve ser efetuado sem demora indevida e, em qualquer caso, no prazo de 14 dias a contar da data em que o fornecedor tiver sido informado da decisão do consumidor de proceder à resolução do contrato. Deve ainda ser efetuado por meio análogo ao do adotado pelo consumidor na transação inicial, salvo acordo expresso em contrário e desde que o reembolsado não incorra em quaisquer custos como consequência do reembolso.

O fornecedor não pode impor ao consumidor qualquer encargo referente ao reembolso.

IV. Direitos do consumidor em caso de não conformidade

Em caso de *não conformidade* dos conteúdos ou serviços digitais, e de acordo com as condições neste passo estabelecidas, o consumidor tem direito à:

- reposição da conformidade;
- redução proporcional do preço; ou
- resolução do contrato.

O consumidor tem direito à reposição da conformidade, salvo se tal for impossível ou impuser ao fornecedor custos desproporcionados, tendo em conta as circunstâncias concretas, incluindo:

– o valor que os conteúdos ou serviços digitais teriam se não se verificasse a não conformidade; e

- a relevância da não conformidade.

O fornecedor deve *repor a conformidade* dos conteúdos ou serviços digitais, de harmonia com o que se enunciou, tendo em conta a natureza dos conteúdos ou serviços digitais e a finalidade a que o consumidor os destina e de acordo com os seguintes requisitos:

- num prazo razoável, desde o momento em que tiver sido informado da não conformidade pelo consumidor;

- a título gratuito; e

- sem grave inconveniente para o consumidor.

O consumidor tem um direito de escolha entre

- a *redução proporcional* do preço

sempre que os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos contra o pagamento de um preço, e

- a *resolução do contrato*, em qualquer dos seguintes casos, quando:

- o profissional:

- não tiver reposto a conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, como se dispôs;

- tiver declarado ou resulte evidente das circunstâncias que não irá repor os conteúdos ou serviços digitais em conformidade num prazo razoável ou sem graves inconvenientes para o consumidor;

- a solução de reposição da conformidade for impossível ou desproporcionada;

- a não conformidade tiver reaparecido apesar da tentativa de reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade;

- ocorrer uma nova não conformidade;

- a gravidade da não conformidade justificar a imediata redução do preço ou a resolução do contrato.

A *redução do preço* deve ser proporcional à diminuição do valor dos conteúdos ou serviços digitais em comparação com o que teriam se estivessem em conformidade.

O consumidor tem direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço até que o fornecedor cumpra as obrigações até então enunciadas

Nas situações em que o contrato estipular o fornecimento contínuo ou uma série de atos individuais de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais contra o pagamento de um preço, a *redução do preço* é correspondente ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais se mantiveram desconformes.

Nos casos em que o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais tiver sido efetuado contra o pagamento de um preço, o consumidor *tem direito à resolução do contrato* apenas se a falta de conformidade não for menor: há neste passo uma ideia de proporcionalidade ou, noutra formulação, de contenção ao abuso do direito. Cabe ao fornecedor a prova de que a não conformidade é menor.

O consumidor exerce o direito de resolução do contrato, como noutro passo se evidenciou, através de uma declaração ao fornecedor em que comunique a sua decisão de pôr termo ao contrato. Tal declaração pode ser efetuada, designadamente, por carta, correio electrónico, ou por outro meio susceptível de prova, nos termos gerais.

O consumidor tem direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ou de parte do preço até que o fornecedor cumpra as obrigações até então enunciadas.

Os direitos que se vêm de evidenciar são transmissíveis a terceiro adquirente do conteúdo ou serviço digital, seja a título gratuito, seja oneroso.

Eis, pois, em breve síntese, o regime a que o diploma em gestação sujeitará o *fornecimento dos conteúdos e serviços digitais* num avanço significativo, em termos de tutela da posição jurídica do consumido, de obtemperar.

Mário Frota

apDC – DIREITO DO CONSUMO – Coimbra (Portugal)

Nota

1. Mário Frota. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Portugal e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC).

O enfrentamento da violência contra a mulher por meio de políticas públicas: sob o olhar atento às questões históricas e culturais

Ana Lúcia Lourenço¹

Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Tammy Fortunato²

Mestranda em Ciência Jurídicas e Políticas pela Universidade Portucalense

Resumo: A violência contra a mulher está perpetrada em nossa sociedade desde os tempos mais remotos. Várias são as violências sofridas pelas mulheres em todos os cinco continentes; no entanto, a morte de uma mulher por sua questão de gênero é a mais voraz das violências. O Estado, por meio de políticas públicas eficazes, é capaz de prevenir as violências contra mulheres e, assim, erradicá-las. Neste artigo, analisou-se, em um primeiro momento, a relação da violência contra a mulher e o patriarcado, e, então, passou-se aos estudos das políticas públicas no Brasil e em Portugal. Para realização do trabalho, utilizou-se o método qualitativo, buscando-se uma análise sobre a importância das políticas públicas no combate à violência contra a mulher, abrangendo uma visão do Brasil e de Portugal, e os resultados obtidos foram satisfatórios à conclusão da pesquisa.

Introdução

O PRESENTE TRABALHO TEM COMO OBJETO precípua analisar o enfrentamento da violência contra as mulheres por meio de políticas públicas, e busca conceituar quais são violências contra as mulheres e qual seria a função do Estado para prevenir, punir e erradicar tais práticas violentas.

O enfoque jurídico abordado na temática do trabalho será a legislação empregada por Brasil e Portugal, utilizando-se, portanto, de uma análise em direito comparado.

O estudo em mesa se mostra relevante na medida em que a violência contra as mulheres, não obstante seja alvo de políticas públicas pelos Estados em questão, continua a ser uma triste realidade no cotidiano de brasileiros e portugueses, como se pretende demonstrar.

Buscou-se, em um primeiro momento, a fim de firmar as bases sobre as quais a questão se erige, bem como estabelecer o estágio de desenvolvimento do assunto ora sob debate, analisar a relevância do patriarcado quando abordamos a temática de violências contra a mulher, trazendo, ainda, um comparativo entre as legislações de ambos os países.

Após, prosseguindo na fundamentação, trata-se do conceito de políticas públicas a ser adotado no presente estudo.

Objetivou-se, então, abordar a importância da aplicação de políticas públicas na efetiva prevenção às mais diversas formas de violências praticadas contra as mulheres, principalmente as políticas destinadas à prevenção do feminicídio, o ponto final da violência contra a mulher.

Do mesmo modo, almejou-se trazer ao debate, sendo esta a problemática da investigação, a importância dos aspectos socioculturais na (in)efetivação das referidas medidas, visto que estas, por vezes, podem se configurar como um verdadeiro empecilho à efetiva proteção da mulher.

O método qualitativo foi utilizado para o desenvolvimento da pesquisa, sendo utilizada consulta a bibliografia de autores nacionais, além de pesquisa no ambiente virtual e consulta de artigos e legislação.

O machismo e o patriarcado como causas primordiais da violência contra a mulher

O patriarcado que, segundo a teoria de Simone de Beauvoir, é resultante da biologia ou psicologia masculina, leva à dominância dos homens sobre as mulheres, ocasionando a supremacia do masculino (LERNER, 2019, p. 99).

Nesse contexto de patriarcado, à mulher cabe o papel do ser frágil, que menstrua e engravida, condições vistas como debilitantes ou doença, o que as torna pessoas anormais, inferiores (LERNER, 2019, p. 56). Para Lerner, “defensores científicos do patriarcado justificavam a definição de mulheres pelo papel materno e pela exclusão de oportunidades econômicas e educacionais como algo necessário para a sobrevivência da espécie” (2019, p. 56).

Schrupp conceitua o patriarcado como a posição geral de privilégio do masculino, que não se cinge somente às questões de gênero (2019, p. 4). Aduz o citado autor:

Quase sempre essa forma de hierarquia abrange, além da relação entre os sexos, também outras formas de soberania: do senhor da casa sobre seus filhos, criados e servos; dos homens livres sobre as escravas e escravos; dos “nativos” sobre os imigrantes; dos “abastados” sobre a “classe baixa” e assim por diante (2019, p. 4).

O patriarcado, às mulheres, retira-lhes o poder de controle de decisões e, ainda, de controle de seus corpos, e é uma forma de violência, na medida em que cerceia suas vontades e lhes tolhe direitos (LERNER, 2019, p. 152). Por violência, entende-se, aqui, “uma perturbação do estado de coisas normal e pacífico” (ZIZEK, 2007, p. 17), perturbação esta que, em se tratando da violência de gênero, está arrigada em nossa sociedade há séculos, como uma força perturbadora e inquietante (STEVENS *et al.*, 2017, p. 16-17). Sobre o tema, a lição de Stevens *et al.*:

“A violência era tratada como sendo da ordem do conflito, usada muitas vezes para a ‘resolução’ dos mesmos de maneira racional.

A violência era abordada como parte da herança patriarcal de um mundo historicamente já considerado passado”. E continua: “é necessário reconhecer que a violência contra a mulher é uma força social herdada da ordem patriarcal e dotada de capacidade estruturante da realidade social” (2017, p. 21).

O controle do homem sobre a mulher veio, inicialmente, por meio da violência física, como uma forma de dominação e repressão. Na lição de Teles e Almeida, “gradativamente foram introduzidos novos métodos e novas formas de dominação masculina: as leis, a cultura, a religião, a filosofia, a ciência, a política” (2002, p. 14).

As mulheres, tolhidas de qualquer escolha livre, deveriam tão somente obedecer, perdendo, assim, sua autonomia, liberdade e até mesmo o direito sobre o seu corpo (TELES e ALMEIDA, 2002, p. 14). A respeito do tema, mostram-se prestadias as lições de Nucci, segundo o qual, “culturalmente, em várias partes do mundo, a mulher é inferiorizada sob diversos prismas. Pior, quando é violentada e até mesmo morta, em razão de costumes, tradições ou regras questionáveis sob a aura dos direitos humanos fundamentais” (2019, p. 125).

Partilhando desse posicionamento, Blay entende que os valores patriarcais são a base para a manutenção da opressão, sendo que os homens são socializados para acreditar que as mulheres são sua propriedade, podendo delas dispor como bem entenderem (BLAY, 2014, p. 16).

Nesse contexto, mostra-se pertinente distinguir duas instâncias de violência:

A primeira é aquela em que o agressor sabe que trata a vítima abusivamente; a segunda é aquela em que o agressor trata a vítima abusivamente, mas, equivocadamente, supõe que ao fazê-lo exerce um direito. O primeiro caso é de pura delinquência; o segundo, de delinquência “convalidada” pela distorção na representação social das categorias construtoras da identidade (CARNEIRO, 2012, p. 26).

No âmbito da violência praticada contra a mulher – especialmente no bojo de relações domésticas e afetivas –, tal diferenciação é relevante, pois ideais patriarcais incorporados no inconsciente coletivo podem, muitas vezes, dar ensejo à denominada violência estrutural (CARNEIRO, 2012, p. 30). Trata-se, justamente, de violências que, por razões socioculturais, são aceitas ou, ao menos, toleradas pelo senso comum.

Assim, salienta-se que a violência sofrida pelas mulheres, que é noticiada com mais ênfase desde o fim do século 19 (BLAY, 2014, p. 13), ganhando destaque na segunda metade do século 20 (FERNANDES, 2017, p. 17) e ainda se fazendo presente, demonstra que os valores trazidos pelo patriarcado ainda se encontram enraizados em nossa sociedade. Nucci aponta que “até a metade do século 20 havia uma naturalidade histórica acerca da violência contra a mulher” (2019, p. 126).

Mulheres são objetificadas e discriminadas pela sociedade, que cultiva práticas que estimulam a violência; estímulos culturais que desprezam e humilham a mulher, gerando uma grande desigualdade de gênero (DIAS, 2017, p. 16). Segundo leciona Dias, “a sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem da superioridade do sexo” (2007, p. 16).

A superioridade masculina, ainda presente em nossa sociedade, fere os direitos humanos, que primam pela igualdade e dignidade, não permitindo a distinção entre os sexos, gerando uma violência e opressão sistêmica contra as mulheres.

As violências contra as mulheres são aquelas praticadas em razão do gênero, causando morte, sofrimento físico, sexual ou psicológico, além de dano, praticado tanto na esfera pública quanto privada (BRASIL, 1996). Para Teles e Almeida, a violência é “um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano” (2002, p. 8).

As violências contra as mulheres são aquelas praticadas em razão do gênero, causando morte, sofrimento físico, sexual ou psicológico, além de dano, praticado tanto na esfera pública quanto privada

A violência contra a mulher: uma visão geral abarcando Brasil e Portugal

Independente do Estado em que se esteja, há alguma violência contra a mulher sendo cometida, tanto no ambiente público quanto no privado. A violência contra a mulher está presente nos cinco continentes, sendo mais naturalizada por uns e amplamente combatida por outros

O Brasil, atualmente, ocupa a quinta posição no ranking dos países mais violentos contra a mulher (ONU MULHERES, 2017). Segundo consta do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, no ano de 2019, 1.326 mulheres foram mortas por questão de gênero, sendo que 66,6% eram negras, 56,2% tinham entre 20 e 39 anos e 89,9% foram mortas pelo companheiro ou ex-companheiro (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

O mesmo documento apontou, ainda, que ocorre no Brasil um estupro a cada oito minutos, totalizando 66.123 vítimas de estupro, sendo que 57,9% das vítimas possuíam no máximo 13 anos de idade e, 85,7% delas eram do sexo feminino (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). Os dados apresentados sobre violência sexual são altos, e ainda hão de ser considerados os percentuais de subnotificação. Mendes aponta que “o estupro é crime com o maior índice de subnotificação no mundo. Pesquisas mostram que somente 10% a 35% das vítimas de violência sexual denunciam seus agressores” (2020, p. 96).

Já no que tange à violência física em terras brasileiras, os dados apresentam que ocorre uma agressão a cada dois minutos, existindo 266.310 registros de lesão corporal dolosa em sede de violência doméstica (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Os números no Brasil são assustadores, mas Portugal também registra um número elevado de dados, se analisados proporcionalmente, por número de habitantes. Segundo dados apresentados pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima – APAV, em 2020 foram registradas 14.854 denúncias de violência cometidas no âmbito doméstico, o que corresponde a 75,4% dos crimes registrados pela APAV (2020).

Dentre os dados trazidos pela APAV, verificou-se que 75,4% das vítimas que contataram a associação são de nacionalidade portuguesa, ocupando a nacionalidade brasileira a segunda colocação, com 5,2%.

Portugal também possui um alto número de mortes de mulheres pela questão do gênero e no contexto doméstico. Segundo dados da Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Gênero – CIG, 27 mulheres foram vitimadas pelo feminicídio no ano de 2020 (CIG, 2020).

No Brasil, a violência contra a mulher (cometida fora do ambiente doméstico) é regulada pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, ratificada pelo Decreto 1.973/96, em que se reconhece que esta forma de violência é uma violação aos direitos humanos e liberdades individuais. Já quando tratamos de violências cometidas no ambiente doméstico, nos embasamos na Lei 11.340/06.

Portugal trata sobre a temática da violência contra a mulher na Resolução da Assembleia da República 4/2013, também chamada de Convenção de Istambul, sendo a temática da violência doméstica abordada no art. 152 do Código Penal.

A violência contra a mulher, quando levada ao seu último estágio, acarreta a morte dessas vítimas, violando, assim, o direito à vida resguardado pelas mais diversas legislações, nacionais ou internacionais.

A morte de mulheres por sua condição de gênero é chamada de feminicídio (DIAS, 2018, p. 110). No Brasil, somente com o advento da Lei 13.104/15 esta conduta foi tipificada como crime, trazendo uma nova redação do Código Penal, que passou a vigorar com a redação deste crime, trazendo não só o conceito, mas as causas também³.

Já Portugal não tipifica o crime específico de feminicídio em seu Código Penal (PORTUGAL, 2013), mas traz no art. 132, 2, b, a qualificadora do homicídio quando cometido em contexto doméstico: “Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1º grau”.

A morte de uma mulher em contexto doméstico, familiar ou íntimo de afeto, nas palavras de Teles e Melo, acontece quando “seu agen-

te considera que não há mais como controlar a mulher em seu todo, tanto o corpo como seus desejos, pensamentos e sentimentos” (2002, p. 23).

O feminicídio é um crime de ódio, considerado como a forma mais extrema da violência cometida contra a mulher, mas é um crime passível de prevenção, na maioria das vezes. Políticas públicas eficazes são capazes de prevenir a morte de mulheres pela questão de gênero.

Políticas públicas

As políticas públicas fazem parte do desenvolvimento da sociedade e podem, na lição de Chrispino, ser conceituadas como “um metaconceito – seria a ação intencional de governo que vise atender à necessidade da coletividade” (2016, p. 19).

A aplicação das políticas públicas deve abranger a coletividade, não abraçando a esfera privada e individual, entendendo-se como público aquela esfera da atividade humana que requer a regulação ou intervenção por parte do governo ou da sociedade. (PARSONS, 2007, p. 37).

A participação do governo se torna indispensável quando tratamos de políticas públicas voltadas ao combate e à erradicação das violências praticadas contra as mulheres, seja no âmbito público ou privado.

Segundo Teles e Almeida, sobre políticas públicas voltadas para as mulheres, “são medidas compensatórias para remediar as situações historicamente desvantajosas em que ainda se encontram as mulheres” (2002, p. 16). Na visão das autoras, “as primeiras políticas públicas adotadas para enfrentar a violência de gênero nasceram sob o enfoque criminalístico tradicional, reproduzindo procedimentos existentes sem considerar as relações de gênero” (2002, p. 49).

No Brasil, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi ratificada pelo Decreto 1.973/96, e apresenta em seu art. 7º, como um dever do Estado, a adoção de políticas públicas voltadas a prevenir, punir e erradicar as violências cometidas contra as mulheres, de um modo geral (BRASIL, 1996).

Quanto ao âmbito doméstico, traz-se à baila a Lei 11.340/06, também conhecida como “Lei Maria da Penha” que, já nas disposições preliminares, no parágrafo 1º do art. 3º, trata sobre a aplicação de políticas públicas com a seguinte redação: “O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 2006).

Há, ainda, no Brasil, o Decreto 9.586/18, que trata exclusivamente de políticas públicas para mulheres, e que institui o Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres e o Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica, objetivando a ampliação, o fortalecimento, a formulação e execução de políticas públicas para as mulheres, buscando o enfrentamento a todos os tipos de violência (BRASIL, 2018).

Já quanto à temática de políticas públicas para mulheres na esfera europeia, reporta-se à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, chamada de Convenção de Istambul. Em Portugal, a Convenção de Istambul foi aprovada pela Assembleia da República e vigora por meio da Resolução 4/2013, reconhecendo que a violência praticada contra as mulheres é decorrente das relações de poder historicamente desigual entre homens e mulheres, e que, embora os homens também possam ser vitimados pela violência doméstica, as mulheres ainda continuam a ser as maiores vítimas, sendo elas afetadas de modo desproporcional (PORTUGAL, 2013).

Dentre as finalidades da Convenção de Istambul está a criação de políticas e medidas de proteção e assistência às vítimas de violência contra as mulheres, bem como às vítimas de violência doméstica. Traz, ainda, que medidas legislativas ou outras necessárias deverão ser adotadas para a aplicação de políticas nacionais eficazes e coordenadas para prevenir e combater as violências cometidas contra as mulheres.

Dentre as finalidades da Convenção de Istambul está a criação de políticas e medidas de proteção e assistência às vítimas de violência contra as mulheres

A garantia da dignidade da pessoa humana é um dos nortes das políticas públicas voltadas para a prevenção e a erradicação das violências cometidas contra as mulheres, e a ausência destas políticas ocasiona outras violências. Sobre a ausência de políticas públicas, colhe-se o entendimento de Teles e Almeida:

A falta de políticas públicas e de vontade política das autoridades e poderes constituídos para impulsionar e destinar recursos para a promoção da mulher e da equidade de gênero impede o desenvolvimento de respostas globais às demandas das mulheres. A negligência e o descaso são responsáveis por ceifar vidas de mulheres e torná-las mutiladas física e moralmente.

De fato, a ausência de políticas públicas não só mutila, física e moralmente, as mulheres, mas ceifa sua vida. É preciso a implantação de políticas eficazes que sejam amplamente efetivadas e não fiquem restritas “ao papel”. Na lição de Dias, tem-se por “imprescindível que o Estado adote políticas públicas capazes de suprir as necessidades, social, física e psicológica das vítimas, em razão da situação de fragilidade emocional e até mesmo física em que se encontra a mulher” (2018, p. 249).

A aplicação de políticas públicas voltadas à prevenção é o primeiro passo à erradicação da violência cometida contra mulheres, assim como uma efetiva punição dos agressores. Exemplos de políticas públicas são trazidas por Nucci:

Na Áustria, Polônia, Espanha, Suécia, Inglaterra e Gales, desenvolveram-se programas em prisões para homens que tenham incorrido em violência de gênero, mediante intervenções psicológicas ou educativas. Esses programas podem caracterizar-se pelos seguintes núcleos comuns: centram-se especificamente na violência contra mulheres, com a finalidade de prevenir os homens de exercê-las no futuro; os participantes são homens que tenham perpetrado violência de gênero, e os programas são realizados preferencialmente em grupos, sem prejuízo de que em alguns casos esteja disponível, ademais, a assistência individual (2019, p. 128).

A concreta aplicação de políticas públicas voltadas à violência cometida contra as mulheres criará uma sociedade mais equitativa e com relações mais justas entre os gêneros (BLAY, 2014, p. 138).

Políticas públicas adotadas no Brasil e em Portugal

Brasil: políticas públicas implementadas e em fase de implementação

No Brasil, a Lei Maria da Penha consubstancia marco legislativo em termos de proteção à mulher e no combate à violência doméstica.

Maria da Penha foi vítima de violência doméstica, tendo levado um tiro enquanto dormia; tal disparo a deixou paraplégica. Além disso, duas semanas após à sua alta hospitalar, seu marido tentou eletrocutá-la enquanto ela tomava banho. Sucede que, mesmo com tais circunstâncias indicativas da gravidade da violência praticada pelo seu cônjuge, a punição deste somente incidiu dezanove anos e seis meses depois do ocorrido.

Diante desse cenário, leciona Alves:

Maria da Penha formalizou denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, pela violação aos acordos internacionais, de que o Brasil era signatário, de proteção à mulher e à dignidade humana. A partir disto, a Comissão da OEA publicou o relatório de n. 54/2001, que sugeriu que o legislativo brasileiro desse continuidade ao processo reformatório das leis nacionais, para bastar a ocorrência da violência contra a mulher (2021, p. 106).

Nessa linha, a Lei Maria da Penha implementou diversas medidas preventivas e repressivas, dentre as quais se destacam, nas primeiras, aquelas que têm como objetivo proteger a mulher, como “a saída do agressor da casa, a proteção dos filhos e o direito da mulher de reaver bens e também de cancelar procurações feitas no nome do agressor” (TONELIL, BEIRAS e RIED, 2017, p. 181).

Ademais, tal norma possibilitou a ampliação do conceito de violência a ser objeto de sanção penal, passando a abranger cinco modalidades de violência, quais sejam: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (LOPES e LEITE, 2013, p. 20-21). A norma contém, ainda, “previsão e estímulo à criação e consolidação de uma diversificada rede de assistência (incluindo, entre outros equipamentos, casas-abrigos, centros de referência da mulher, serviços de educação e responsabilização para autores de violência doméstica” (LOPES e LEITE, 2013, p. 20-21).

Sobreleva-se, também, a criação de juizados especiais – com competência cível e criminal – de proteção à mulher, cuja implementação visa a coibir “diversas distorções, pois, num único ato, o magistrado poderá determinar a separação de corpos, com o comunicado da agressão; desta vez, o autor do fato delituoso não seria beneficiado pela burocracia legal, que apenas traz para a mulher uma forte insegurança jurídica” (CARNEIRO, 2021, p. 112).

É importante asseverar, nessa linha, a previsão das denominadas medidas protetivas de urgência, as quais deverão ser apreciadas pelo juiz, no prazo de 48 horas, independentemente de audiência das partes, a requerimento do Ministério Público ou da ofendida, conforme dispõe o art. 18 da lei em comento (BRASIL, 2006).

O art. 23, incisos I e II, da Lei 11.340/06 dispõe medidas administrativas, tais quais: o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; a determinação a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor (BRASIL, 2006).

Sobre o tema, Carneiro esmiúça:

Têm-se no art. 23, I e II, medidas de cunho administrativo, em que pesem atribuídas ao juiz desnecessariamente. Nada impede que fossem determinadas pelo Ministério Público, do que, aliás, cuida o art. 26, I. Dada a natureza administrativa de tais medidas, no caso de serem dirigidas ao juiz, pode a mulher requerer diretamente, independente, neste caso somente, de assistência de advogado ou defensor (2021, p. 110).

Além dessas medidas, a lei cuidou de aspectos relacionados ao direito de família, a fim de facilitar o atendimento da mulher em situação de violência, possibilitando a integração de medidas penais e extrapenais, de forma, em tese, mais célere. Menciona-se, aqui, aquelas disposições legais que visam a preservar o patrimônio da sociedade conjugal, tais como a proibição de celebração de contratos de compra e venda de bens comuns.

A norma prevê, ainda, em seu art. 30, a disponibilização de atendimento multidisciplinar à vítima, com profissionais da área psicossocial, jurídica e de saúde. Além disso, se a complexidade do caso exigir maior aprofundamento, o magistrado pode determinar a manifestação de profissional especializado, indicado pela equipe multidisciplinar, conforme expressa dicção do artigo seguinte (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha promoveu, também, alterações no Código Penal brasileiro, assim como na Lei de Execução Penal. No que concerne ao Código Penal, foram incluídos os parágrafos 9º, 10º, 11º ao art. 129, inserindo nova modalidade qualificada do crime de lesão corporal, especialmente voltada ao âmbito doméstico (BRASIL, 2006). Sucede que, não obstante tenha havido alteração na pena máxima aplicável ao crime de lesão corporal praticado no âmbito doméstico, tal modificação, ainda que, em tese, promissora, não é capaz de reparar, efetivamente, a dinâmica adotada pelo operador do direito quando da aplicação da pena, na medida em que, segundo Nucci, um crime dessa gravidade “jamais poderia redundar em um singelo aumento do máximo em abstrato da pena” (2017, p. 479-480)⁴.

Em suma, embora a norma legal tenha possibilitado a aplicação de pena superior àquela prevista para a lesão corporal genérica, havendo uma praxe jurisdicional de relativização da violência contra a mulher ocorrida no âmbito doméstico, a tendência é que esta seja naturalizada pelo Judiciário, o que, por corolário, acaba por fazê-lo aplicar, recorrentemente, a pena mínima.

Ademais, deveras relevante ressaltar também o Decreto 9.586/18, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres e o Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica. O objetivo de tal ato normativo, consoante a literalidade do art. 1º deste, é “ampliar e fortalecer

a formulação e a execução de políticas públicas de direitos das mulheres, de enfrentamento a todos os tipos de violência e da inclusão das mulheres nos processos de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País” (BRASIL, 2018).

Dentre as medidas contidas em referida norma, ressalta-se a previsão de implementação do Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher – PNAVID, cujo intento é promover o enfrentamento da violência doméstica, buscando a sua prevenção e prestando assistência às mulheres vitimadas. O seu art. 6º, §1º, prevê, inclusive, a criação de estruturas de apoio e atendimento, voltadas não apenas às vítimas, mas também aos agressores e aos profissionais atuantes na área, buscando a qualificação destes e a recuperação daqueles (BRASIL, 2018)⁵.

Em suma, embora a efetividade dos instrumentos instituídos pelo poder público brasileiro seja questionável, por ora, fato é que a previsão destes já demonstra certa preocupação estatal com o tema em debate. Portanto, ao menos de forma abstrata, os diplomas normativos brasileiros abarcam de modo satisfatório a questão da violência contra a mulher. Todavia, a eficácia de tais normas, tendo em vista os altos índices de agressões e de feminicídios ocorridos no Brasil, é controversa.

Portugal: políticas públicas implementadas e em fase de implementação

O primeiro instrumento de políticas públicas voltadas para a igualdade de gênero em Portugal foi a Resolução do Conselho de Ministros 49/97, a qual configurou o denominado Plano Global para a Igualdade de Oportunidades, cujo texto demonstrava a preocupação do poder público com tal tema. Em que pese não tivesse a questão da violência contra a mulher como questão central, a referida resolução previu, como um dos seus objetivos, a prevenção de tal violência e a garantia de proteção adequada às vítimas desta (GREGÓRIO, 2020, p. 5-6).

Ressalta-se que Portugal possui, desde os anos 2000, crescente visibilidade do fenômeno da violência doméstica, crescendo em uma mé-

dia de 11% ao ano desde então, sendo que em 2006 foram apresentadas 20.595 denúncias e, em 2007, 22 mil (DIAS, 2008, p. 165).

Com o fito de introduzir políticas públicas de combate a tal violência, em 1999, a resolução do Conselho de Ministros 55/99 criou pela primeira vez um Plano Nacional contra a Violência Doméstica (I PNCVD). Nesse mesmo ano, por meio da Lei 107/99, o governo português se comprometeu a criar as denominadas casas de abrigo em cada um dos distritos de Portugal continental e em cada uma das regiões autônomas (PORTUGAL, 1999). Todavia, foi somente no ano de 2006 que tais casas de acolhimento às mulheres vítimas de violência foram efetivamente estabelecidas, por meio de previsão contida no Decreto-Lei 323/2000 (DIAS, 2008, p. 166).

Anteriormente a tal ato normativo, cumpre avultar que as organizações não governamentais portuguesas é que instituíram as primeiras casas de abrigo na época, bem como os primeiros Núcleos e Gabinetes de Atendimento a Vítimas de Violência Doméstica (DIAS, 2008, p. 166).

Na esfera criminal, ressalta-se que o Código Penal luso prevê, e pune, os crimes de violência doméstica em seu art. 152, “o que significa que o procedimento criminal não está dependente de queixa por parte da vítima, bastando uma denúncia ou o conhecimento do crime para que o Ministério Público promova o processo” (DIAS, 2008, p. 167)

A atual redação do artigo supracitado, com as alterações promovidas pela Lei 19/2013, estabelece:

Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite (PORTUGAL, 1995).

Nesse liame, o novo texto legal tratou de abarcar, de forma explícita, as relações de namoro como suscetíveis de ensejar o delito previsto na tipificação delituosa do artigo supracitado. Incluiu, ainda, disposição no sentido de que a pena acessória de proibição de contato com a vítima deverá ensejar, necessariamente, o afastamento da residência ou do local de trabalho desta (GREGÓRIO, 2020, p. 5-6).

Notabiliza-se, logo, que o conceito de violência doméstica possui amplitude que pretende alcançar aqueles que estão em regime de coabitação – vivem no mesmo ambiente – e, ainda, aqueles que, a despeito da ausência de tal circunstância, possuam vínculo familiar ou tenham tido relações afetivas com o agressor (GREGÓRIO, 2020, p. 1).

Ademais, cumpre evidenciar que Portugal foi o primeiro país da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul, incorporando-a ao ordenamento jurídico português (PORTUGAL, 2013). Posteriormente a tal ratificação, Portugal instituiu o V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Gênero 2014-2017 (PORTUGAL, 2013), que, na lição de Gregório,

aposta em medidas de proteção das vítimas, “na intervenção junto de agressores(as), no aprofundamento do conhecimento dos fenómenos associados e da prevenção dos mesmos, da qualificação dos(as) profissionais envolvidos(as) e do reforço da rede de estruturas de apoio e de atendimento às vítimas” (2020, p. 5-6).

Além disso, importa sobrelevar que, em 16 de setembro de 2009, foi promulgada a Lei 112/09, destinada precipuamente à proteção e assistência das vítimas (PORTUGAL, 2009). Dentre os direitos lá assegurados, destaca-se o de informação, que, na lição de Carneiro, refere-se:

ao acesso de: a) serviços a que pode se dirigir para obtenção de apoio; b) tipos de apoio que pode obter; c) onde e de que maneira pode obter a denúncia; d) procedimentos que serão adotados em razão da denúncia do crime e qual é o papel de cada ator neste processo, inclusive referente à vítima; e) de que forma e em que termos receberá a proteção; f) as medidas em que tem condições de acesso;

g) o aconselhamento jurídico; h) outras formas de aconselhamento; i) requisitos para seu direito de indenização; j) mecanismos especiais para sua defesa, se residente em outro Estado (2012, p. 116-117).

A norma estabelece também, em seu artigo, similarmente à legislação brasileira, certas medidas de coação urgentes como a entrega de armas, retirada do agressor da residência, afastamento da vítima, entre outras (CARNEIRO, 2012, p. 121).

A norma em comento prevê, ainda, diversas atribuições ao Instituto de Segurança Social, entidade de majorada relevância na implementação de políticas públicas de combate à violência doméstica, dentre elas o de “pagamento do subsídio de reestruturação familiar das vítimas de violência doméstica” (PORTUGAL, 2009).

A instituição de tal subsídio às vítimas de violência constitui política pública de majorada relevância, especialmente porque muitas das mulheres em situação de violência possuem dependência econômica do agressor. Desse modo, a concessão de tal renda viabiliza a reestruturação familiar das vítimas, retirando-as da esfera de influência do autor e, conseqüentemente, do ciclo de violência.

Portanto, a lei lusa vai além da mera repressão estatal, adentrando nas razões culturais e socioeconômicas que, sem embargo, consubstanciam fatores favoráveis à perpetuação da violência contra a mulher.

Destarte, assim como a ordem jurídica brasileira, o direito português conta com diversos diplomas normativos com disposições que tendem a, em tese, promover o combate à violência contra a mulher.

Aspectos socioculturais como impasses à efetivação das políticas públicas de combate à violência contra a mulher

Na medida em que se busca analisar, aqui, a influência dos aspectos socioculturais na implementação e efetivação das políticas públicas de combate à violência contra a mulher, faz-se necessário, em um primeiro momento, diferenciar os conceitos de sexo e gênero:

De acordo com Badinter (2003:34 e ss.) o gênero é a construção sociocultural do sexo. Assim, enquanto as diversas interpretações sobre o sexo levam à compreensão do que seja macho e do que seja fêmea, o gênero relaciona-se às decorrências sociais do desenvolvimento dessas condições biológicas, objetivando a suplantação de equívocos, normalmente relacionados às práticas de dominação dos indivíduos de um sexo sobre o outro, mais comumente, dos homens para com as mulheres (CARNEIRO, 2012, p. 34).

Trata-se de uma linha de pensamento cristalizada na década de sessenta do século 20, com a disseminação dos movimentos feministas; tal distinção terminológica, inclusive, foi amplamente incorporada pelos estudos sociológicos. A diferenciação objetiva promover a reflexão acerca das diferenças entre homem e mulher que são, de fato, biológicas (sexo) daquelas que são uma construção social, desprovida de lastro biológico que justifique tal diferenciação (CARNEIRO, 2012, p. 35).

O propósito, desde a ascensão dos movimentos feministas, era combater aspectos socioculturais enraizados que acabavam por legitimar desigualdades entre os homens e mulheres despidas de qualquer razoabilidade biologicamente justificável, não obstante o senso comum – em menor ou maior grau, conforme as circunstâncias de tempo e de lugar analisadas –, acreditasse que a verticalidade entre estes era proveniente de questões biológicas.

A partir dessa reflexão é que se verifica a importância de distinguir a igualdade formal – que, conforme delineado, encontra-se satisfatoriamente regulamentada tanto no Brasil quanto em Portugal – da igualdade material – aquela observada, ou não, no plano concreto, nas relações sociais efetivas da vida cotidiana.

Dessa forma, consoante destrincha Carneiro, tal distinção:

envolve questões que vão desde a eficácia da lei até a existência, por motivos culturais, de concepções ideológicas arraigadas que, conforme discute Thompson (1995), podem fazer com que haja grande discrepância entre os entendimentos de conceitos como justiça, razoabilidade, direito e, portanto, nas ideias a respeito de sua violação, como injustiça, violência e crime (2012, p. 85).

Afinal, na prática, os ciclos de violência – por séculos, inclusive, legitimados no direito positivado – a que mulheres são, rotineiramente, submetidas acabam por diminuir a reação destas a tais violações, na medida em que, inconscientemente, ainda há certas concepções retrógradas que servem de argumento permissivo a tais práticas lesivas à integridade física, sexual e até mesmo ao direito à vida, em casos extremos. Some-se a isso o fato de que

é maior a descrença e o distanciamento das mulheres em relação ao Judiciário enquanto poder historicamente masculino, que ainda não incorporou adequadamente a especificidade de gênero em seus julgados; e, em muitos casos, continua perpetuando uma visão estereotipada e preconceituosa sobre os papéis femininos e masculinos na sociedade (MASSULA, 2006, p. 143).

Nesse liame, assevera-se que toda forma de violência possui repercussões morais, sendo que a própria moral é construída socialmente, com base em práticas individuais que passam a se tornar coletivas e, assim, tornam-se normas sociais (VÁZQUEZ *apud* CARNEIRO, 2012, p. 97).

Por conseguinte, se não houver a incorporação de novos valores compatíveis com o tratamento equânime dado pela norma a ambos os gêneros, pouca valia terá a lei abstrata. Ora, se a mulher vítima de violência, durante todo o deslinde judicial e extrajudicial, observar que o acusado obteve diversas concessões por parte do poder público, o sentimento de impunidade a fará desistir de buscar amparo estatal. O homem agressor, por sua vez, terá o sentimento de que a sua conduta violenta é tolerada pela ordem jurídica – ainda que de forma implícita ou velada.

Dessa forma, a atuação dos agentes públicos ganha relevância, conforme argumenta Copello:

Os agentes públicos envolvidos no atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica deveriam ter conhecimento maior sobre os direitos das mulheres, entender a violência doméstica contra a mu-

lher em uma perspectiva de gênero. Na verdade, uma especialização baseada na perspectiva de gênero deveria ser um critério para profissionais que atuam no atendimento às mulheres em situação de violência doméstica (COPELLO, 2017, p. 7).

Os agentes públicos devem ser instrumentos de efetivação da norma legal, e para isso é indispensável que estes tenham pleno conhecimento dos direitos das mulheres. Deve-se coibir, assim, qualquer concepção ideológica – ainda que culturalmente aceita pelos leigos, ressalta-se – que pretenda diminuir a gravidade da violência contra a mulher.

Nesse contexto, é evidente que o machismo e a permanência de valores patriarcais ainda ressoam no inconsciente coletivo. Circunstâncias que jamais seriam levantadas em violações à integridade física perpetradas em outros contextos servem de instrumento para justificar a impunidade ou, ao menos, a mitigação da sanção aplicada pelo poder público.

Assim, infere-se que o machismo, o *animus* da sociedade patriarcal, apresenta-se como um grande desafio na concretização da proteção da mulher contra a violência doméstica, alçando os atributos masculinos a elevados patamares, enquanto, por outro lado, desfavorece as mulheres (COPELLO, 2017, p. 8).

Nessa linha, transcreve-se reflexão preceituada por Solnit (2017):

Um marido bate na mulher para silenciá-la, um namorado ou um conhecido estuprador impede que o “não” da sua vítima signifique o que deveria significar, isto é, que a jurisdição sobre o seu corpo pertence somente a ela; a cultura do estupro afirma que o depoimento das mulheres não tem valor, não merece confiança; os ativistas contra o aborto também procuram silenciar a autodeterminação das mulheres; um assassino silencia para sempre.

Enfim, é imperioso expurgar da vida cotidiana acepções históricas e culturais que pretendem naturalizar as agressões cometidas contra as mulheres, seja qual for o argumento invocado para tal fim.

Conclusão

Notabiliza-se, logo, que tanto o direito brasileiro quanto o direito português possuem atos normativos hábeis a regular satisfatoriamente o combate à violência contra a mulher.

A eficácia de tais normas, todavia, pressupõe a modificação de discursos, ações, sentimentos e pensamentos enraizados historicamente e culturalmente que, infelizmente, acabam por possibilitar a tolerância de agressões e abusos. Violações que, caso ocorressem em outros contextos – ou seja, fora das relações domésticas e afetivas –, seriam, indiscutivelmente, inaceitáveis.

Assim, a adoção de políticas públicas deve ter como ponto central a disseminação de ideais que puguem a igualdade de gênero. A ingerência do poder público, então, pressupõe a adoção de medidas educativas visando a elucidar a distinção entre sexo e gênero. Destrinchando-se que aquele embasa-se em fatores, de fato, biológicos; e este tem como alicerces questões culturais – suscetíveis, logo, de serem modificadas conforme circunstâncias de tempo e de lugar.

A diferenciação terminológica, não obstante possa parecer, à primeira vista, dotada de certo preciosismo, é crucial para que as próximas gerações se desenvolvam com amparo em concepções mais equitativas, com a eliminação de distinções embasadas, única e exclusivamente, em fatores culturais.

Por corolário, a modificação de conceitos que colocam a mulher em posição de inferioridade, os quais se encontram penetrados no ideal coletivo, é que viabilizará uma postura menos violenta por parte dos homens, assim como uma conduta menos condescendente por parte das mulheres vítimas de violência.

Destarte, ao se propagar a visão de que os delitos praticados nos âmbitos doméstico e afetivo são dotados de gravidade – não sendo possível dirimi-la com fulcro em discrepâncias pautadas em questões de gênero –, tal ideal impossibilita que referida violência seja convalidada ou mitigada pela coletividade.

Em suma, as causas culturais e históricas que envolvem a violência cometida contra a mulher devem ser expurgadas, pouco a pou-

co – através de políticas públicas educativas, preventivas e repressivas, reitera-se –, do senso comum. Com isso, irrefutavelmente, as consequências da verticalidade da relação entre homem e mulher serão suprimidas, o que, por conseguinte, materializará um contexto relacional mais saudável e respeitoso entre homens e mulheres.

Legislação e jurisprudência

BRASIL. Decreto-lei 2.348, de 7 de abril de 1940. *Diário Oficial da União*, 31/12/1940 e retificado em 3.1.1941. Acesso em mai. 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União*, 27/09/1995. Acesso em mai. 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

_____. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 [em linha]. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em abr. 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

_____. Lei 13.104 de 9 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em mai. 2021. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13104&ano=2015&ato=defMTS65UNVpWTac>

_____. Decreto 9.586 de 27 de novembro de 2018. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em abr. 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9586.htm

_____. Decreto 1.973 de 1º de agosto de 1996 [em linha]. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em abr. 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 542*, 3ª Seção. Aprovada em 26/8/2015, DJe 31/8/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/07/2012.

PORTUGAL. Código Penal [em linha]. Lisboa. Assembleia da República. Lei 19/2013. Acesso em fev. 2021. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1880&tabela=leis&so_miolo=

_____. Decreto-Lei 48/95. *Diário da República* 63/1995, Série I-A de 1995-03-15; alterado pelo Alterado pelo Artigo 1.º da Lei 59/2007, *Diário da República* 170/2007, Série I de 2007-09-04, em vigor a partir de 2007-09-15. Acesso em mai. 2021. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/73474054/diploma/indice>

_____. Lei 19, de 21 de fevereiro de 2013, *Diário da República* 37/2013, Série I de 2013-02-21, em vigor a partir de 2013-03-23; que alterou o art. 152 do Decreto-lei 48/95, *Diário da República* 63/1995, Série I-A de 1995-03-15.

- _____. Lei 112, de 16 de setembro de 2009. Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas e revoga a Lei 107/99, de 3 de agosto, e o Decreto-Lei 323/2000, de 19 de dezembro. Acesso em mai. 2021. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1138&tabela=leis
- _____. Resolução da Assembleia da República 4/2013. Lisboa. Acesso em abr. 2021. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1878&nversao=&tabela=leis&sso_miolo
- _____. Resolução do Conselho de Ministros 49/97, de 24 de março. *Diário da República* 70/1997, Série I-B de 1997-03-24. Acesso em mai. 2021. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/526583/details/maximized?perPage=100&sort=whenSearchable&q=Lei+n.%C2%BA%2010%2F97&sortOrder=ASC%2Fen>
- _____. Resolução do Conselho de Ministros 102/2013, de 31 de dezembro. Aprova o V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género 2014-2017. *Diário da República* 253/2013, Série I de 2013-12-31. Acesso em mai. 2021. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/483890/details/maximized#:~:text=O%20Programa%20do%20XIX%20Governo,e%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20v%C3%ADtima.>
- _____. Resolução do Conselho de Ministros 61/2018, que instituiu a Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030, *Diário da República*, 1ª série – nº 97 – 21 de maio de 2018. Acesso em mai. 2021. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115360036>.

Notas

1. Ana Lúcia Lourenço. Mestranda em Ciência Jurídicas e Políticas pela Universidade Portucalense; Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; <http://lattes.cnpq.br/9058775421179689>. E-mail: allo@tjpr.jus.br
2. Tammy Fortunato. Mestranda em Ciência Jurídicas e Políticas pela Universidade Portucalense; Advogada. <http://lattes.cnpq.br/8549463050681368>. E-mail: tammyfortunato@gmail.com
3. Dispõe o art. 121, VI, do Código Penal: “Art. 121 (...) Femicídio VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: § 2º – A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.
4. Outro avanço a ser pontuado aqui é que, com as alterações promovidas pela Lei 11.340/06, o crime de lesão corporal praticado no âmbito das relações familiares passou a ser considerado como delito sujeito à ação pública incondicionada. Tal medida se mostra relevante, na medida em que, conforme já apontado pelo próprio Pretório Excelso no bojo da ADI 4424/DF, o índice de renúncia ao direito de

- representação pelas vítimas de violência doméstica chega ao percentual de 90%, de modo que se torna necessária, até mesmo impositiva, a intervenção estatal na questão.
5. Em igual sentido, o § 2º do dispositivo em comento estabelece que o PNAVID “Integrará às políticas em curso, especialmente àquelas cujo desenvolvimento impactará nas ações de segurança pública, saúde, educação, justiça e assistência social e nas políticas setoriais que tangenciam a equidade de gênero, observada a transversalidade, com vistas à promoção de um ambiente sem discriminação e seguro para todos” (BRASIL, 2018).

Referências

- ACCORSI, Fernanda Amorim; MAIO, Eliane Rose. O objeto jogado do quarto andar era um corpo: de mulher. *Revista Diversidade e Educação*, v. 7, n. 1, p. 27-38, 2019.
- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA. *Relatório anual de 2020*. Acesso em 17 de abril de 2021. Disponível em https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/estatisticas-apav.
- BEIRAS, Adriano; MORAES, Maristela; ALENCAR-RODRIGUES, Roberta de.; CANTERA, Leonor M. Políticas e leis sobre violência de gênero – reflexões críticas. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 24, n. 1, p. 36-45, abr. 2012.
- BIRULÉS; Fina. Replantearse Marx y repensar lo político. *El Siglo*, nº 477, out. 2001.
- BLAY, Eva Alterman. *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.
- CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. *O combate institucional da violência contra a mulher: estudo comparativo entre Brasil, Portugal e Espanha na implantação de Políticas Públicas* (Tese de Doutorado). Salvador: Universidade Católica, 2012.
- CHRISPINO, Álvaro. Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.
- COMISSÃO PARA A CIDADANIA E A IGUALDADE DE GÊNERO. *Dados trimestrais/ Crimes de violência doméstica*. Acesso em 17 de abril de 2021. Disponível em <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2021/03/Dados-trimestrais-4o-trimestre-2020.pdf>
- COPELLO, Vaniele Soares da Cunha. A efetividade da justiça na garantia de direitos das mulheres vítimas de violência doméstica. *II Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Políticas públicas*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, out. de 2017.
- DIAS, Isabel. Violência e gênero em Portugal: abordagem e intervenção. *Cuestiones de género*, 2008, nº 3, pp. 153/171.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- _____. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5a. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-2432-8
- FERNANDES, Aryel. *Mulheres na política: a luta por representação*. São Paulo: Editora Flutuante, 2017.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020, ano 14. Acesso em 28 de abril de 2021. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>.
- FREITAS, Leandra Dias Araújo. *Discurso, poder e violência de gênero: As implicações da discriminação contra a mulher no discurso jurídico: Uma análise crítica do discurso em acórdãos portugueses sobre casos de violação (Dissertação de Mestrado)*, 2020, Faculdade de Letras da Universidade do Porto.
- GREGÓRIO, Maria Brandão da Silva. *Representações sobre a violência nas relações íntimas: análise de comentários na imprensa online (Dissertação de mestrado)*, 2020, Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto.
- LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo: Cultrix, 2019.
- LOPES, Paulo Victor Leite.; LEITE, Fabiana. (orgs.). *Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos da Religião, 2013, p. 20-21.
- MASSULA, Leticia. *A violência e o acesso das mulheres à justiça: O caminho das pedras ou as pedras do (no) caminho. Vinte e cinco anos de respostas: Brasileiras em violência contra a mulher*. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts.121 a 212 do Código Penal*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- _____. Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ONU MULHERES. *ONU alerta para custos da violência contra as mulheres no mundo*. Acesso em 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-alerta-para-os-custos-da-violencia-contra-as-mulheres-no-mundo/>.
- PARSONS, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica Del análisis de políticas públicas*. Traducción Atenea Acevedo. México: FLACSO, 2007.
- SCHRUPP, Antje. *Uma breve história do feminismo no contexto euro-americano*. Tradução de Eline Alves Kraus. São Paulo: Blucher, 2019.
- SOLNIT, Rebecca. *A mãe de todas as perguntas: reflexões sobre os novos feminismos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane; ZANELLO, Valeska; SILVA, Edlene; PORTELA, Cristiane. *Mulheres e violências: interseccionalidades*. Brasília, DF: Technopolitik, 2017.

- TELES, Maria Amélia; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. Editora Brasiliense: São Paulo, 2002.
- TONELI, Maria Juracy F.; BEIRAS, Adriano; RIED, Juliana. Homens autores de violência contra mulheres: políticas públicas, desafios e intervenções possíveis na América Latina e Portugal. *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, v. 51, n. 1, p. 174-193, 2017.
- ZIZEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014.

Ransomware no ordenamento jurídico brasileiro

Matheus Tauan Volpi¹

Doutorando em Direito Tributário pela UFPR

Murilo Alan Volpi²

Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie

Resumo: *Ransomware* é um software que promove o sequestro de dados, exigindo como resgate o pagamento de quantia em criptomoedas para o reestabelecimento do acesso aos dados. Consiste basicamente em uma chantagem para que a informação capturada seja novamente disponibilizada ao usuário. Neste artigo, a partir da análise da bibliografia nacional e internacional sobre o tema, investigamos o tratamento jurídico penal dado ao *ransomware* no ordenamento brasileiro. Ao fim, concluímos que a conduta de sequestro de dados com o uso do *ransomware* para obter indevida vantagem econômica amolda-se ao crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal.

Introdução

RANSOMWARE É UMA ESPÉCIE DE SOFTWARE capaz de bloquear o acesso a um sistema, o qual só é restabelecido com o pagamento de uma quantia em criptomoedas como resgate. O elemento chave do *ransomware* é o uso da criptografia (PUODZIUS, 2016, p. 1). Após infectar um dispositivo, os arquivos são criptografados, impedindo o acesso

aos dados. Em seguida, uma mensagem é publicada na tela do dispositivo exigindo o pagamento do resgate em criptomoedas para a recuperação dos arquivos, sob a ameaça de destruição dos dados na hipótese do não pagamento (HERN; GIBBS, 2017, p. 2).

Atualmente, multiplicaram-se os casos de ciberataques pelo uso do *ransomware*. Essas condutas são capazes de gerar inúmeras consequências. Em 2017, uma rede de hospitais no Reino Unido teve seu

Ransomware é um software malicioso que promove o sequestro de dados, exigindo como resgate quantia em criptomoedas para o reestabelecimento do acesso

sistema invadido. Como consequência, alguns pacientes tiveram que interromper seu tratamento contra o câncer durante os ataques criminosos (SANTOS, 2020, p. 74-5). Da mesma forma, um município brasileiro no Rio Grande do Sul precisou interromper seus serviços aos cidadãos após um ciberataque com o uso do *ransomware*. Os dados do sistema municipal foram criptografados, impossibilitando o acesso a vários serviços. Em virtude disso,

contratações foram interrompidas e a arrecadação tributária foi prejudicada (AIRES, 2018, p. 2).

Diante dos inúmeros casos de sequestro de dados cada vez mais frequentes, muito se discute na doutrina sobre o *ransomware*. Vários aspectos já foram abordados em outros artigos. Há trabalhos investigando a melhor forma de combate ao *ransomware*, pontuando que os esforços deveriam ser voltados à prevenção, e não à simples punição, de forma que essa deveria ser a política criminal adotada para os crimes informáticos (BOITEUX, 2004, p. 153). Outros trabalhos, por sua vez, tiveram foco nas dificuldades de elucidação da autoria em crimes informáticos (BARROS; GARBOSSA; CONTE, 2007, p. 425).

Neste artigo, contudo, o enfoque é peculiar. Pretende-se investigar qual o tratamento jurídico penal conferido ao *ransomware* pela lei brasileira. Em outros termos, intenciona-se conceituar o que é o sequestro de dados (*ransomware*) e se essa conduta é tipificada pelo ordenamento brasileiro. Em caso positivo, objetiva-se identificar qual o delito cometido por quem pratica o sequestro de dados (*ransomware*).

Para tanto, o artigo foi dividido em três partes. Inicialmente, analisamos a origem, o conceito e as características da prática do sequestro de dados (*ransomware*). Em seguida, verificamos a ausência de normas sobre o tema e a necessidade de legislação sobre o assunto. Por fim, analisamos o crime de extorsão em todos seus aspectos, a fim de verificar se a figura do *ransomware* se amolda a esse delito.

Por fim, concluímos que a conduta de sequestro de dados com o uso do *ransomware* para obter indevida vantagem econômica amolda-se ao crime do art. 158 do Código Penal (crime de extorsão).

2. O que é *ransomware*?

Ransomware é um software malicioso que promove o sequestro de dados, exigindo como resgate quantia em criptomoedas para o reestabelecimento do acesso. Consiste basicamente em uma chantagem para que a informação capturada seja novamente disponibilizada ao usuário (DUMBRA, 2020, p. 75).

O mecanismo de funcionamento do *ransomware* consiste basicamente em infectar um dispositivo e criptografar seus arquivos. Depois que os arquivos são criptografados, uma mensagem é enviada ao usuário do dispositivo, solicitando pagamento para descriptografar os arquivos. Em regra, há uma ameaça de destruição dos arquivos caso o resgate não seja pago, inclusive com a fixação de prazo para pagamento (HERN; GIBBS, 2017, p. 2). A figura abaixo representa um exemplo de mensagem deixada no sequestro de dados.

2.1 Origem

O sequestro de dados (*ransomware*) tem origem remota na década de 1990. Joseph L. Popp, nessa época, criou um software malicioso que bloqueava o acesso aos arquivos do computador infectado. Os arquivos só eram liberados após o pagamento do resgate no valor de 189 dólares à empresa PC Cyborg Corp. À época, o malware ficou conhecido como “AIDS”, em razão de ter sido espalhado através de disquetes

que armazenavam um questionário sobre o risco de exposição ao vírus HIV (CERT.BR, 2018).

2.2 Criptografia

O elemento chave do *ransomware* é o uso da criptografia (PUODZIUS, 2016, p. 1). Após infectar um dispositivo, os arquivos são criptografados, o que impede o acesso aos dados. Em seguida, uma mensagem é publicada exigindo o pagamento do resgate para que seja efetuada a descryptografia (HERN; GIBBS, 2017, p. 2).

A criptografia, do grego *kryptós* (escondido) e *gráphein* (escrita), é o elemento fundamental utilizado na prática criminosa. Romper a criptografia sem o recebimento das chaves e o pagamento do resgate é praticamente impossível.

Nesse contexto, discute-se qual seria o modelo ideal de regulamentação da criptografia (LIGUORI FILHO, 2018, p. 61-8). Há inúmeras formas possíveis de regulamentação, as quais variam de ordenamento para ordenamento jurídico, a saber: (i) criação de normas obrigando a descryptação; (ii) exigência de licença governamental para utilização da criptografia; (iii) proibição/criminalização do uso da criptografia; e (iv) estímulo à adoção da criptografia (LIGUORI FILHO, 2018, p. 61-8).

Alguns países optam pela criação de normas obrigando a descryptação. Uma das formas de regulamentação da criptografia é justamente estabelecer no ordenamento jurídico regras que obrigam pessoas e empresas a descryptar dados ou informação criptografadas quando necessário para investigações criminais, seja entregando as chaves criptográficas, seja fornecendo as informações de forma acessível (LIGUORI FILHO, 2018, p. 61-8).

Outra forma de regulamentação da criptografia é a exigência de licença governamental para a sua utilização. Em regra, são estabelecidas várias condições para a concessão das licenças por autoridades do governo, inclusive com diferenciação de licenças específicas para desenvolvimento, implantação e comercialização (LIGUORI FILHO, 2018, p. 61-8).

De modo diverso, há países que, de forma indiscriminada, proíbem a utilização da criptografia de maneira geral, excepcionando apenas a possibilidade de autorização discricionária do governo para tanto (LIGUORI FILHO, 2018, p. 61-8).

Por fim, na contramão das imposições regulatórias, há países que estimulam ao máximo a adoção e desenvolvimento da criptografia (LIGUORI FILHO, 2018, p. 61-8).

2.3 Finalidade de lucro

O elemento central na conduta de sequestro de dados (*ransomware*) é a finalidade lucrativa. Esse fim é inerente ao sequestro de dados (*ransomware*) desde sua origem remota na década de 1990, com Joseph L. Popp, até os exemplos atuais.

Embora o número de pagamentos efetuados tenha diminuído (COVEWARE, 2021), o volume de recursos arrecadados pelos criminosos ainda é muito grande, sendo o sequestro de dados uma das práticas mais lucrativas no ambiente virtual (POPPER, 2020).

2.4 Danos gerados pelo *ransomware*

Inúmeros são os danos gerados pelo sequestro de dados. Os danos gerados vão muito além do valor eventualmente pago como resgate. Inúmeros dados, por si só, são fundamentais para o regular funcionamento das repartições públicas, de empresas, indústrias e hospitais.

Além disso, o sequestro de dados provoca grave abalo na confiança e na segurança jurídica. Nesse sentido:

Esse ataque revela um grande temor da comunidade jurídica e confirma o que se sabe desde os tempos mais remotos da humanidade: a necessidade de confiança e de segurança jurídica. Desde as fontes escritas mais antigas que conhecemos, provenientes da Mesopotâmia, a confiança na autoridade que aplicaria as regras regentes da sociedade, ou seja, o direito, é fundamental para o funcionamento dessa comunidade. A estrutura das legislações de escrita

cuneiforme, por exemplo, o famoso Código de Hamurabi, revela a presença de três partes distintas: um prólogo, o texto normativo e o epílogo. Assim, o prólogo tinha a função de legitimar a autoridade real, enaltecendo as características do soberano e revelando que ele tinha sido escolhido pelos deuses para governar sobre os povos, criando as normas a serem seguidas por todos. O texto normativo trazia as regras a serem aplicadas, com o mais variado conteúdo, típico para a sociedade da época. Por fim, o epílogo trazia maldições e consequências nefastas, estabelecidas pelo soberano, para aqueles que não cumprissem suas normas.

Desse modo, não diferentemente do que temos em períodos posteriores, já na origem conhecida do direito o elemento da confiança no sistema era decisivo. Era preciso que a autoridade fosse considerada competente e legítima para criar e aplicar o direito. Por sua vez, a autoridade impunha a obediência a esse direito, obrigando a sua aplicação.

Apenas assim é possível vislumbrar um sistema funcionando. Quando ataques ao seu funcionamento, como aqueles sofridos pelo STJ, revelam uma fragilidade desse sistema, a confiança depositada também é abalada. Para que se continue a acreditar no sistema jurídico é imprescindível que o nível de segurança seja o mais elevado possível, elemento fundamento para que ele produza seus melhores efeitos (HIRATA; OLIVEIRA, 2020, p. 1).

3. Da inexistência de legislação específica

Os crimes informáticos possuem características peculiares, sendo, em regra, condutas inovadoras, intangíveis, transientes, globais e difíceis de prever. Em razão dessas características, os crimes informáticos são de difícil elucidação quanto à autoria (BARROS; GARBOSSA; CONTE, 2007, p. 425). Tais características, ademais, dificultam a análise jurídico-penal dessas condutas (SANTOS, 2020, p. 64).

Acrescente-se ainda que, na legislação brasileira, há apenas uma incipiente previsão de crimes de informática específicos. A doutrina

ênfatisa a premente necessidade de delimitação dos crimes informáticos no Brasil, para não remanescer a atual lacuna em relação aos atos praticados no ambiente virtual (SANTOS, 2020, p. 68).

Nesse contexto, a elaboração de leis específicas sobre crimes informáticos é capaz de proporcionar segurança jurídica, tanto para a vítima quanto o acusado. A edição de leis específicas, por si só, não é capaz de fazer cessar tais condutas criminosas. Contudo, por outro lado, a ausência de leis específicas dificulta tanto a persecução penal como a análise da adequação típica da conduta (SANTOS, 2020, p. 72).

Além de simplesmente criar uma infração penal, os tipos penais incriminadores possuem várias outras funções relevantes, com destaque para as seguintes: função de garantia; função indiciária da ilicitude; função seletiva; função motivadora; função diferenciadora do erro (MASSON, 2019).

O tipo penal incriminador desempenha uma função de garantia do indivíduo, conferindo segurança jurídica. Permite conhecer, por uma descrição clara e objetiva, qual é a conduta proibida. Por outro lado, ao cidadão é permitido praticar todas as outras condutas que não foram proibidas. Além disso, o tipo desempenha uma função seletiva: seleciona as condutas que devem ser proibidas ou ordenadas à luz da missão do direito penal no contexto da sociedade atual. Da mesma forma, o tipo desempenha função motivadora, estimulando que os destinatários se comportem conforme a norma (MASSON, 2019).

Em relação ao sequestro de dados, não há um tipo específico que criminalize essa conduta. Todavia, a interpretação das antigas normas penais à luz da atual realidade, com as novas práticas criminosas, permite verificar que o sequestro de dados é sim crime.

Interpretar é descobrir a norma jurídica – para que o direito seja aplicado, é indispensável que se conheça o sentido das normas. Dessa forma, a atividade de aplicação do direito pressupõe a interpretação (KELSEN, 1998, p. 245).

A elaboração de leis específicas sobre crimes informáticos é capaz de proporcionar segurança jurídica, tanto para a vítima quanto o acusado

O termo interpretar vem do latim *interpretare* (*inter-penetrare*). Na origem, significava penetrar, aprofundar. Liga-se, segundo alguns autores, às antigas práticas religiosas de feiticeiros e adivinhos que, para conhecer o destino das pessoas e obter resposta às mais variadas questões humanas, penetravam suas mãos nas entranhas de animais mortos (SOARES, 2019, p. 24).

Uma releitura do crime de extorsão permite verificar que a conduta de sequestro de dados se amolda com perfeição a ele

Interpretar consiste verdadeiramente em descobrir a norma. Já há muito tempo se reconheceu ser inadequada a máxima *in claris cessat interpretativo* (a clareza afasta a interpretação). Hodiernamente, reconhece-se que só é possível falar que uma lei é clara após interpretá-la. Interpretar é dar significado aos termos, mostrar o real sentido de uma expressão, extrair de um texto tudo que nele se contém (MAXIMILIANO, 2017, p. 268).

A interpretação é regida por regras próprias, ditadas por uma ciência específica, chamada de hermenêutica. Hermenêutica e interpretação, portanto, são conceitos distintos. Hermenêutica jurídica é a teoria científica da arte de interpretar. A hermenêutica tem como objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. A hermenêutica fixa os princípios que regem a atividade de interpretar.

O desempenho adequado da atividade interpretativa pressupõe uma clara compreensão da diferença entre texto normativo e norma jurídica. São conceitos distintos, embora comumente confundidos no cotidiano. Texto normativo é um enunciado linguístico. É construído através do regular processo legislativo, após superar todas as suas complexas fases e, finalmente, entrar em vigor.

Por outro lado, a norma jurídica é o produto da interpretação. É construída pelo intérprete. Opera-se dentro de uma moldura, em que os limites são ditados pelo texto normativo (KELSEN, 1998, p. 247). A norma jurídica está em constante movimento, alterando-se junta-

mente com as mudanças ocorridas no contexto em que está inserida. Ressalve-se, por evidente, que, por estarmos tratando de lei penal, a interpretação deve ser estrita. Conforme o antigo brocardo jurídico, “as leis que estatuem pena, ou coarctam o livre exercício de direitos, ou contêm exceção a preceito geral, estão sujeitas a exegese estrita” (Codex Juris Canonici, no c. 19).

Nesse contexto, uma releitura do crime de extorsão permite verificar que a conduta de sequestro de dados se amolda com perfeição a ele.

4. Do crime de extorsão

4.1 Introdução

O crime de extorsão está previsto no art. 158 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 158 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§1º – Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º – Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º – Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Inicialmente previsto no Brasil por meio do Código Penal republicano, de 1890, o delito de extorsão é crime complexo, tutelando tanto a liberdade individual quanto o patrimônio, e a integridade psíquica e física das pessoas (NUCCI, 2020a). A extorsão é capaz de causar tanto

prejuízo econômico quanto constrangimento físico ou psíquico em razão da violência sofrida pela vítima (BITENCOURT, 2020, p. 156).

4.2 Sujeito ativo e sujeito passivo

Trata-se de crime comum. Pode ser praticado por qualquer pessoa e contra qualquer sujeito. Inclusive pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do delito (BITENCOURT, 2020, p. 156). No caso do sequestro de dados, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas podem ser sujeito passivo do delito de extorsão.

4.3 Tipo objetivo

A conduta típica é constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, deixar de fazer ou tolerar alguma coisa, com o fim de obter indevida vantagem econômica.

Constranger é coagir, obrigar. A conduta de constranger pode ser praticada com violência física ou grave ameaça (*vis compulsiva*). Grave ameaça é a promessa de mal capaz de intimidar a vítima (NUCCI, 2020, p. 357). Consideram-se as circunstâncias pessoais da vítima.

A ameaça pode consistir, entre outras, em diversas possibilidades como: ameaça à integridade física, ainda que em “falso sequestro”; causar mal à honra ou reputação; revelar segredo de fatos escandalosos ou difamatórios; causar prejuízo econômico à vítima (STJ. 5ª Turma. REsp 1207155-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 7/11/2013).

Recentemente, o STJ decidiu que constitui extorsão a conduta de constranger alguém a fazer, deixar de fazer ou tolerar alguma coisa, com o fim de obter indevida vantagem econômica, sob a ameaça de causar mal espiritual na vítima, desde que a ameaça seja idônea a aterrorizar a vítima. O julgado restou assim ementado, *in verbis*:

Penal. Recurso Especial. Estelionato e extorsão. (...). Mal espiritual. Ineficácia da ameaça não configurada. Vítima que, coagida, efetuou o pagamento da indevida vantagem econômica. Princípio

da consunção. Falta de prequestionamento. Desclassificação para o crime do art. 284 do CP. (...) Agravo regimental na tutela provisória julgado prejudicado.

1. (...)

3. A alegação de ineficácia absoluta da grave ameaça de mal espiritual não pode ser acolhida, haja vista que, a teor do enquadramento fático do acórdão, a vítima, em razão de sua livre crença religiosa, acreditou que a recorrente poderia concretizar as intimidações de “acabar com sua vida”, com seu carro e de provocar graves danos aos seus filhos; coagida, realizou o pagamento de indevida vantagem econômica. Tese de violação do art. 158 do CP afastada.

4. O pedido de aplicação do princípio da consunção não foi deduzido nas contrarrazões do apelo do Ministério Público, na apelação criminal da defesa e tampouco por ocasião da oposição dos embargos de declaração e, por tal motivo, deixou de ser enfrentado pelo Tribunal de origem, o que caracteriza a ausência de prequestionamento e impede, no ponto, o conhecimento do recurso especial.

5. Não há, na dinâmica dos fatos descritos pelo Tribunal de origem, elemento que autorize, de plano, o acolhimento da tese de que a recorrente agiu com o intuito de, com fórmulas e rituais, resolver os problemas de saúde supostados pela vítima., praticando, em verdade, o crime de curandeirismo. Para afastar a conclusão da instância ordinária, de que a recorrente, desde o início, valeu-se da liberdade de crença da vítima e de sua fragilidade para obter vantagem patrimonial indevida, seria necessário reexaminar fatos e provas, providência incabível no recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

6. Devidamente motivada a fixação da reprimenda inicial acima do mínimo legal, não há falar em violação do art. 59 do CP. Em relação ao crime de estelionato, o acórdão registrou que a recorrente “explorou os sofrimentos da vítima, bem como obteve ganhos expressivos”, elementos que justificam o acréscimo da pena-base em apenas 2 meses de reclusão. Quanto ao crime de extorsão, a instância ordinária exasperou a reprimenda em 8 meses de reclusão, haja vista que a recorrente, além de consumir a extorsão, obteve

com a conduta o proveito de R\$ 20.000,00. Correta a mais severa fixação da pena nesta hipótese, quando comparada, por exemplo, com a conduta de agente que consuma a extorsão, mas não exaure o crime, vale dizer, não obtém a indevida vantagem econômica que desejava.

7. Por força do concurso material, as penas foram aplicadas de forma cumulativa, não havendo reparo a ser feito no regime inicial semiaberto, que observou o art. 33, § 2º, “b”, do CP.

8. Julgado o recurso especial, sem êxito, não há falar em atribuição de excepcional efeito suspensivo ao reclamo para obstar a execução imediata da pena, providência que está em consonância com entendimento firmado pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral. Agravo Regimental na Tutela Provisória no Recurso Especial prejudicado.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido. Agravo regimental prejudicado (REsp 1299021/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017).

Nesse contexto, verifica-se, com igual razão, que a conduta de constranger alguém a fazer, deixar de fazer ou tolerar alguma coisa, com o fim de obter indevida vantagem econômica, sob a ameaça a ameaça de destruição dos arquivos de um sistema, que estão previamente criptografados por ação criminosa, configura sem dúvidas o delito de extorsão.

O tipo penal exige, ademais, que o constrangimento seja feito para que o agente adote um dos três comportamentos: fazer, deixar de fazer ou tolerar alguma coisa. No caso do sequestro de dados, tem-se a nítida exigência de um fazer, consistente no pagamento de determinada quantia em criptomoedas.

Por fim, a finalidade do agente na extorsão é obter vantagem econômica indevida. A vantagem buscada deve ser indevida. Destaca a doutrina que, se a vantagem é devida, o crime será de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Além disso, a vantagem

deve ser econômica, conforme expressamente exigido pelo tipo. Se a vantagem não for econômica, o crime poderá ser constrangimento ilegal (art. 146 do CP). Pode abranger todo e qualquer interesse ou direito patrimonial, não se limitando a coisa alheia móvel, como no roubo. No caso do sequestro de dados, conforme destacado acima, o elemento central na conduta é a finalidade lucrativa. Esse fim é inerente ao sequestro de dados desde sempre.

Registre-se, ademais, que o crime de extorsão é muito semelhante ao delito de roubo, sendo em algumas hipóteses muito difícil diferenciá-los. Há inúmeros critérios para diferenciar esses delitos, conforme o quadro abaixo. O critério mais apropriado, sem dúvidas, é a “dispensabilidade ou não do comportamento da vítima”.

Quadro 1. Diferenças entre roubo e extorsão

Roubo	Extorsão
A colaboração da vítima é dispensável.	A colaboração da vítima é indispensável.
O agente subtrai.	O agente faz com que a coisa seja entregue a ele.
O mal é iminente e o proveito é contemporâneo.	O mal e a vantagem são futuros.
A vantagem econômica indevida somente pode ser um bem móvel.	A vantagem econômica indevida pode ser um bem móvel ou imóvel.
Ex.: Aponta a arma e determina a entrega do celular. Mesmo que não fosse entregue, o aparelho seria tomado.	Ex.: aponta a arma e determina que a vítima entregue o cartão e a senha. A senha está na cabeça da vítima. Se a vítima não informar a senha, ele pode matá-la, mas não conseguirá a senha.

Fonte: os autores (2021)

Nesse contexto, no sequestro de dados, é possível verificar que a conduta se amolda ao crime de extorsão e não ao crime de roubo. A colaboração da vítima é indispensável. Caso a vítima não efetue o pagamento, o autor do sequestro de dados poderá apagar definitivamente os arquivos criptografados, mas jamais receberá a vantagem econômica pretendida.

4.4 Tipo subjetivo

Os tipos penais são compostos por elementos objetivos e subjetivos. Elementos subjetivos são os fenômenos anímicos do agente, ou seja, o dolo, especiais motivos, tendências e intenções. Abrange o dolo e o especial fim de agir.

O dolo é composto por dois elementos, a saber: elemento cognitivo e elemento volitivo. O elemento cognitivo do dolo é o conhecimento, a representação, a consciência de todos os fatos que compõem a figura típica. Essa consciência deve ser real, atual, não basta que seja potencial. Além disso, deve abranger todos os elementos do tipo. O elemento volitivo do dolo, por sua vez, é a vontade de realizar o ato, de concretizar o tipo objetivo. O elemento volitivo pode consistir numa vontade deliberada ou no mero assentimento (dolo eventual).

Existem diversas espécies de dolo (MASSON, 2019), conforme exposto no tabela abaixo.

Quadro 2. Diferenças entre roubo e extorsão

Dolo Direto		Dolo Indireto	
O agente quer produzir um resultado almejado.		O agente não tem a vontade dirigida a um resultado determinado.	
Dolo Direto de 1º Grau	Dolo Direto de 2º Grau	Dolo Alternativo	Dolo Eventual
É que recai sobre o fim proposto e os meios para tanto.	É o anuir com as consequências inerentes à conduta, tido como certas em razão dos meios escolhidos.	O agente deseja indistintamente um resultado ou outro.	O agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzir.

Fonte: os autores (2021)

O crime de extorsão exige o dolo e um especial fim de agir. Dolo é a vontade livre e consciente de constranger uma pessoa a fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça algo. Além disso, exige-se o especial fim de agir e obter indevida vantagem econômica, para si ou para outrem.

No sequestro de dados, há inequívoca consciência e vontade de constranger uma pessoa a fazer algo. Após criptografar os dados, uma mensagem ameaçadora é enviada à vítima, inclusive com prazo pré-fixado para pagamento, com aumento do preço do resgate com o passar do tempo até um prazo final, quando os arquivos são definitivamente apagados.

Ademais, é possível vislumbrar que a finalidade principal do agente é obter uma indevida vantagem econômica consistente no preço do resgate.

4.5 Extorsão majorada

Nos termos do § 1º do art. 158 do CP, aumenta-se a pena de 1/3 até 1/2 quando o crime foi cometido por duas ou mais pessoas. Exigiu-se expressamente a coautoria. Diferentemente do furto e do roubo, não basta o “concurso de pessoas”, gênero que abarca coautoria e participação. Aqui, exige-se expressamente coautoria. Se houver mera participação, não incidirá o aumento de pena. Nesse contexto, caso o sequestro de dados seja cometido por duas ou mais pessoas, haverá o aumento da pena de 1/3 até 1/2.

4.6 Extorsão qualificada pela morte ou pela lesão grave

Se da violência empregada na extorsão resulta morte ou lesão grave, o art. 158, § 2º, do CP determina a aplicação do disposto no § 3º do art. 157 do CP. O art. 157, § 3º, do CP, por sua vez, exige que só será qualificado o delito quando o resultado advém da violência empregada, e não da grave ameaça.

Dessa forma, caso o sequestro de dados torne indisponível, por exemplo, o sistema informático de um hospital e pacientes morram em razão disso, não será aplicável a qualificadora do art. 158, § 3º, do CP, pois o resultado lesão grave ou morte foi consequência da grave ameaça. O agente poderá responder por outros delitos em concurso, a exemplo do crime de homicídio, mas não pela extorsão qualificada.

4.7 Consumação e tentativa

Em razão da necessidade ou não da modificação do mundo exterior pela conduta do agente, os crimes são classificados em crimes materiais, formais e de mera conduta (JESUS, DAMASIO DE; ESTEFAM, 2020; PRADO, 2019; REALE JÚNIOR, 2012; TOLEDO, 1994), nos termos da tabela infra:

Quadro 3. Crime material, crime formal e crime de mera conduta.

Crime Material	Crime Formal	Crime de Mera Conduta
O tipo penal descreve a conduta e o resultado naturalístico, exigindo sua ocorrência para a consumação do delito.	O tipo penal descreve a conduta e o resultado naturalístico, mas este é dispensável para a consumação do crime.	O tipo penal menciona apenas a conduta. O resultado naturalístico sequer é mencionado.
O resultado é indispensável para a consumação do crime	O resultado é dispensável, sendo mero exaurimento do crime. A consumação se dá com a conduta.	Não há resultado naturalístico.
Ex.: homicídio (art. 121 do CP)	Ex.: extorsão (art. 158 e Súmula 96 do STJ) e ameaça (art. 147)	Ex.: violação de domicílio (art. 150) e omissão de socorro.

Fonte: os autores (2021).

O crime de extorsão é um crime formal, mas com uma peculiaridade. Ele possui três estágios. Em um primeiro momento, o autor do crime constrange a vítima, com o emprego de violência ou grave ameaça. Em um segundo momento, a vítima pratica uma conduta em razão do constrangimento; ela faz, deixa de fazer ou tolera que se faça alguma coisa. Por fim, em um terceiro momento, o agente obtém a vantagem econômica visada.

O crime de extorsão consuma-se no segundo estágio, isto é, quando a vítima age. Trata-se de crime formal. É dispensável a obtenção do resultado econômico, mas exige-se a conduta da vítima. A tentativa, contudo, é possível.

Nos termos da Súmula 96 do STJ, o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida. Não se con-

suma o crime de extorsão quando, apesar de ameaçada, a vítima não se submete à vontade do criminoso, ou seja, não assume o comportamento exigido pelo agente. Nesse caso, haverá tentativa de extorsão. Conforme entendimento do STJ, *in verbis*:

Recurso especial. Extorsão. Tentativa. Possibilidade.

1. Não se consuma o crime de extorsão quando, apesar de ameaçada, a vítima não se submete à vontade do criminoso, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo contra a sua vontade.
2. Recurso especial improvido (STJ. 6ª Turma. REsp 1.094.888-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/8/2012).

Nesse contexto, para a consumação do sequestro de dados é dispensável que o agente receba a vantagem pretendida. Contudo, caso o agente tenha seu dispositivo invadido, receba a mensagem em seu computador exigindo pagamento, mas a ignore por ter um *backup* dos arquivos, o crime de extorsão será apenas tentado, na linha do que foi decidido pelo STJ no REsp 1.094.888-SP.

Conclusão

Ransomware é um software malicioso que promove o sequestro de dados, exigindo como resgate o pagamento de dinheiro em criptomonedas para o restabelecimento do acesso aos dados.

O elemento chave do *ransomware* é o uso da criptografia. Após infectar um dispositivo, os arquivos são criptografados, impedindo o acesso aos dados. Em seguida, uma mensagem é publicada exigindo o pagamento do resgate para que seja efetuada a descriptografia. A criptografia é o elemento fundamental utilizado na prática criminosa. Romper a criptografia sem o recebimento das chaves e o pagamento do resgate é praticamente impossível. Todavia, não há consenso entre os países quanto à melhor forma de regulamentação da criptografia.

O elemento central na conduta de sequestro de dados (*ransomware*) é a finalidade lucrativa. Esse fim é inerente ao sequestro de dados desde sua origem. Embora o número de pagamento efetuado

tenha declinado (COVEWARE, 2021), o volume de recursos arrecadados pelos criminosos ainda é muito grande, sendo o sequestro de dados uma das práticas mais lucrativas no ambiente virtual (POPPER, 2020).

Em relação ao crime de sequestro de dados, não há um tipo específico que criminalize essa conduta. Na legislação brasileira, há apenas uma incipiente previsão de crimes de informática específicos. A doutrina enfatiza a premente necessidade de delimitação dos crimes informáticos no Brasil, para não remanescer a atual lacuna em relação aos atos praticados no ambiente virtual. A elaboração de leis específicas sobre crimes informáticos é necessária para proporcionar segurança jurídica tanto para a vítima quanto para o acusado.

Apesar da inexistência de um tipo penal específico que incrimine a conduta de sequestro de dados (*ransomware*), concluímos que essa ação criminosa praticada pela internet se amolda ao crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal.

Notas

1. Matheus Tauan Volpi. Doutorando em Direito Tributário pela UFPR. Mestre e Especialista em Direito Tributário pela USP. Professor de Direito Penal e Processo Penal na UNIP-São José do Rio Preto/SP. Delegado de Polícia (PC/MG). E-mail: volpi.mt@gmail.com Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0111272040274580>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-0863-9947>>
2. Murilo Alan Volpi. Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Especialista em Direito Tributário pela USP. Promotor de Justiça (MP/PR). E-mail: vmvolpi@gmail.com Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1183964859259783>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5593-8272>>.

Referências

AIRES, Anderson. *Hackers pedem US\$ 4 mil em bitcoins após ciberataque à Prefeitura de Jóia*. 2018. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2018/01/hackers-pedem-us-4-mil-em-bitcoins-apos-ciberataque-a-prefeitura-de-joia-cjccdtvsa014w01phfrqdtppq.html>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

- BARROS, Marco Antonio de; GARBOSSA, Daniella D'Arco; CONTE, Christiany Pegorari. Crimes informáticos e a proposição legislativa: considerações para uma reflexão preliminar. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 865, p. 399-433, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – volume 3*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BOITEUX, Luciana. Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 47, p. 146-187, 2004.
- COVEWARE. *Ransomware Payments Fall as Fewer Companies Pay Data Exfiltration Extortion Demands*. 2021. Disponível em: <<https://www.coveware.com/blog/ransomware-marketplace-report-q4-2020>>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- DUMBRA, Bruno de Moraes. Sequestro de dados e terrorismo digital: os atuais tipos penais são suficientes para punir os crimes em ambiente virtual? In: *Direito e Novas Tecnologias*. São Paulo: Almedina, 2020.
- HERN, Alex; GIBBS, Samuel. *What is WannaCry ransomware and why is it attacking global computers?* 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/12/nhs-ransomware-cyber-attack-what-is-wanacrypt0r-20>>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- HIRATA, Alessandro; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. *39 dias após o ataque cibernético ao STJ: reflexões e desafios*. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/337701/39-dias-apos-o-ataque-cibernetico-ao-stj--reflexoes-e-desafios>>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. *Direito penal – Volume 1 – Parte Geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. Criptografia em debate: modelos regulatórios ao redor do mundo. *Caderno Especial – A Regulação da Criptografia no Direito Brasileiro*, [s. l.], v. 1, p. 61-78, 2018.
- MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1*. 13. ed. São Paulo: MÉTODO, 2019.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. a.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. b.
- POPPER, Nathaniel. *Ransomware Attacks Grow, Crippling Cities and Businesses*. 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/02/09/technology/ransomware-attacks.html>>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- PRADO, Luis Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Vol. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2019.

- PUODZIUS, Cassius. *How encryption molded cryptoransomware*. 2016. Disponível em: <<https://www.welivesecurity.com/2016/09/13/how-encryption-molded-crypto-ransomware/>>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Novos espaços de proteção do direito penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s. l.], v. 173, p. 61-101, 2020.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

O futuro da probidade administrativa: Análise de algumas das alterações propostas

Acácia Regina Soares de Sá¹

Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Resumo: A proposta deste artigo é analisar as perspectivas futuras para a probidade administrativa no Brasil, especialmente em razão da discussão, no Congresso Nacional, do PL 2.505/21 que trata das alterações na lei que sanciona os atos de improbidade administrativa, uma vez que além de alterações destinadas a atualizar a legislação, dada a evolução do direito, a exemplo da possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível, dispõe ele sobre outras mudanças que podem vir a comprometer a preservação da probidade, um dos valores protegidos pela Constituição Federal, quando prevê a sanção em razão da prática de atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, é necessário analisar se as referidas propostas de alteração poderão impactar na defesa da probidade administrativa. Para tanto, serão analisados artigos, posições doutrinárias acerca do tema e o projeto de lei proposto, para, ao final, concluir sobre a possibilidade do comprometimento da probidade administrativa.

Introdução

A PROBIDADE ADMINISTRATIVA tem relação direta com uma administração pública honesta, instrumento de proteção da coisa pública,

tanto que a Constituição Federal de 1988 previu sanções em caso de sua inobservância em diversos pontos do seu texto, desde questões relacionadas a condições de elegibilidade, conforme prevê seu art. 15, V, até crime de responsabilidade do Presidente da República, trazido no art. 85, V².

Apesar de a sanção dos atos de improbidade administrativa nos moldes que hoje conhecemos ser recente, a proteção da probidade administrativa já estava prevista na legislação brasileira desde a Constituição Federal de 1824³. No entanto, foi a Constituição Federal de 1946⁴ que trouxe mais avanços no tema, isso porque previu a possibilidade de sequestro e perdimento de bens em razão do enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, medidas regulamentadas por meio da Lei 3.164/57⁵ (previu a tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa), da Lei 3.502/58⁶ (tratou do sequestro e perdimento de bens) e da Lei 4.717/65⁷ (ação popular), sanções que se tornaram mais severas com a promulgação da Emenda Constitucional 01/69⁸.

Com a Constituição Federal de 1988, a probidade administrativa se tornou um modelo vinculado ao direito constitucional e administrativo, sendo as sanções em caso de sua inobservância elencadas no art. 37, § 4^o.

Nesse contexto, aproximadamente quatro anos após a promulgação da Constituição Federal, foi sancionada a Lei 8.429/92¹⁰, que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Ante o exposto, primeiramente serão abordados alguns pontos da moralidade e da probidade administrativa; em um segundo momento serão analisadas algumas das principais alterações propostas pelo PL 2.505/21¹¹ e, ao final, as principais implicações para a probidade administrativa.

Nesse diapasão o presente estudo se mostra importante como forma de verificar como algumas das alterações propostas na Lei 8.429/92 pelo PL 2.505/21 podem impactar na preservação da probidade administrativa.

1. Moralidade e probidade administrativa

Preliminarmente, dada a proximidade entre os conceitos de moralidade e probidade, faz-se necessário realizar uma breve síntese sobre eles.

O princípio da moralidade comporta diversas interpretações, algumas vinculadas ao princípio da finalidade, a exemplo do que defendia Diogo de Figueiredo Moreira Neto, e outras ligadas ao princípio da legalidade, como fez Almiro de Couto e Silva.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹² a verificação da moralidade deve estar ligada ao resultado e não à intenção, ou seja, para a análise do ato quanto à sua moralidade é necessária a aferição do que foi produzido, não sendo suficiente a intenção do agente em praticar o ato de modo imoral, mostrando-se necessária sua concretização, razão pela qual defende que a finalidade do ato é seu parâmetro de moralidade.

Ainda para Moreira Neto¹³ a análise da violação do princípio da moralidade ocorre de modo a verificar a finalidade e o motivo do ato administrativo e, a partir de então, observar caso se mostre eficiente, adequado e proporcional, chegando-se, ao final, ao conteúdo do princípio da moralidade.

Caio Tácito¹⁴, em trabalho denominado *Desvio de atos administrativos, legislativos e judiciários*, defendia que o desvio de poder, caracterizado pelo desvio de finalidade, é uma ofensa ao princípio da legalidade, razão pela qual não demonstra a existência de uma relação direta com o princípio da moralidade administrativa, tanto que, ao citar a possibilidade de anulação de ato administrativo na ação popular, refere-se ao desvio de finalidade como um desdobramento da violação ao princípio da legalidade.

Ainda que tal posição tenha sido firmada anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o princípio da moralidade administrativa ainda não possuía patamar constitucional, é importante observar que a razão pela qual o autor acima mencionado o vincula ao princípio da legalidade é o seu objeto ligado ao desvio de finalidade, o que – conforme o próprio direito francês também trouxe – é a base do princípio da moralidade.

Para Marcelo Caetano¹⁵, ainda que o princípio da moralidade administrativa seja atrelado ao poder discricionário, sua violação se liga à uma ilegalidade e não a fundamentos diversos de cunho moral, já que o mérito administrativo de um ato, ainda que conceda uma maior liberdade ao agente público, não pode se afastar da legalidade, pois a decisão a ser tomada deve, obrigatoriamente, observar o referido princípio, sob pena de ser anulada.

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, com a elevação do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional,

A diferença entre moralidade e probidade está em que aquela afronta a boa-fé, honestidade, normas de conduta, ao passo que a probidade diz respeito à má qualidade de uma administração

alguns autores, reconhecendo a subjetividade do conceito do referido princípio, passaram a vinculá-lo ao desvio de finalidade, a exemplo de Almiro de Couto e Silva¹⁶, que entendeu estar o citado princípio englobado pelo princípio da legalidade, a exemplo de Caio Tácito¹⁷.

Já a probidade administrativa é abarcada pelo princípio da moralidade administrativa e está ligada aos deveres para com a administração pública. Para Wallace Paiva Martins Jr.¹⁸, em razão da constitucionalização do princípio da moralidade, sendo a probidade dela decorrente, independentemente da existência de legislação específica, poderia haver a imputação de sanções em razão do seu descumprimento, tendo em vista que a probidade administrativa seria considerada como um subprincípio.

Corroborando a afirmação acima, é possível observar que a probidade está presente expressamente na Constituição Federal, no seu art. 15, V (direitos políticos), e art. 85, V (crime de responsabilidade)¹⁹.

Para Flávio Sátiro Fernandes²⁰ a diferença entre moralidade e probidade está em que aquela afronta a boa-fé, honestidade, normas de conduta, entre outras, ao passo que a probidade diz respeito à má qualidade de uma administração.

Dessa forma, por tudo que foi exposto é possível verificar que, mesmo possuindo uma relação muito próxima, a moralidade e a probidade são distintas, sendo que aquela pode ser considerada gênero e esta espécie.

2. As principais alterações propostas pelo PL 2.505/21

O Projeto de Lei 2.505/21²¹, em trâmite no Senado Federal, prevê diversas alterações na Lei 8.429/92²², que trata de sanções em razão da prática de atos de improbidade administrativa. Algumas se fazem necessárias para atualizá-la no intuito de lhe garantir uma maior efetividade; outras alterações propostas no texto, no entanto, podem vir a ocasionar um enfraquecimento do sistema de proteção à probidade e, por consequência, do princípio da moralidade administrativa.

Nesse contexto, a primeira se refere à alteração do art. 11 da Lei 8.429/92, que torna taxativas as hipóteses de ato de improbidade administrativa em razão da violação dos princípios administrativos. Ainda que o dispositivo legal fosse muito questionado por ser muito aberto e subjetivo, crítica pertinente, o estabelecimento de hipóteses taxativas irá provocar um engessamento nesse tipo de punição, de modo que se mostraria mais razoável o estabelecimento de critérios objetivos para a caracterização da violação de um princípio administrativo, solução que, de um lado, não engessaria a atuação do Ministério Público e, de outro, traria uma maior segurança jurídica aos agentes públicos.

Outra alteração que, de início, pode soar como útil diz respeito à adoção dos princípios do direito administrativo sancionador à ação de improbidade administrativa, o que se mostra bastante coerente, tendo em vista que o controle da improbidade administrativa juntamente com o processo administrativo disciplinar fazem parte do eixo do direito administrativo brasileiro, originário do direito espanhol. Não se pode confundir, contudo, a utilização de regras do direito administrativo sancionador com as regras de direito penal, apesar de sua proximidade, como faz o projeto em comento quando estabelece nor-

mas de execução das sanções similares às normas de execução penal, o que não se mostra processualmente possível em razão de questões ligadas à competência no âmbito cível.

As alterações vinculadas à vedação de o magistrado indeferir provas requeridas pelo réu, sob pena de declaração de nulidade da sentença proferida, sem que haja igual possibilidade no direito processual civil ou penal e justificativa para tanto, traz dúvidas acerca de sua constitucionalidade.

No tocante ao Ministério Público, propõe-se realizar duas alterações: a primeira em relação à sua legitimidade, a qual passou a ser exclusiva, e a segunda, de constitucionalidade duvidosa, que obriga o referido órgão ao pagamento de honorários advocatícios em caso de improcedência da ação de improbidade administrativa.

Por fim, outra alteração de grande impacto em relação à preservação da probidade administrativa se refere à diminuição dos prazos prescricionais.

Algumas alterações, a exemplo da revogação da possibilidade da sanção em razão de ato de improbidade administrativa, de conduta culposa e da manifestação preliminar, se mostram como instrumentos que asseguram segurança jurídica e efetividade na proteção da probidade administrativa.

Assim, elencadas algumas das principais alterações propostas no PL 2.505/21, especialmente as que podem trazer impactos para a proteção da probidade administrativa, passaremos a analisar os referidos impactos em caso de sua aprovação.

3. As implicações da aprovação do PL 2.505/21 na proteção à probidade administrativa

Pelo que vimos no item anterior, o PL 2.505/21 traz diversas alterações na Lei 8.429/92, algumas que contribuirão para sua maior efetividade e segurança jurídica, mas outras que, além de – possivelmente – ferir princípios constitucionais, diminuem a proteção da probidade administrativa, um dos pilares do princípio da moralidade.

Nesse sentido, a alteração que prevê a diminuição do prazo prescricional no caso da retomada da contagem após sua interrupção possibilita uma maior chance de ocorrência da prescrição e, em consequência, a ocorrência de uma maior impunidade, tendo em vista que uma ação de improbidade administrativa dura, em média, 4,24 anos, conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça²³. Assim, considerando o prazo prescricional de 08 (oito) anos estabelecido no PL n. 2.505/21 para a propositura da ação de improbidade administrativa, contado da data do fato, uma vez, terá sua a contagem retomada pela metade – 04 (quatro) anos, ultrapassando, dessa forma, o tempo médio de tramitação acima mencionado.

Na mesma direção, ao contrário do que ocorre atualmente, o prazo prescricional terá como termo inicial a ocorrência do fato, independentemente do seu conhecimento, o que também pode trazer prejuízos ao eventual ajuizamento da referida ação, uma vez que desde a prática da conduta até seu efetivo conhecimento pode decorrer lapso temporal maior.

Ainda, a previsão de que o indeferimento da realização das provas requeridas pelo réu acarretará a nulidade da sentença proferida é outro fator que pode contribuir para a ocorrência da prescrição, tendo em vista que a dilação probatória pode vir a estender o prazo para que a sentença venha a ser a proferida superando os quatro anos previstos no projeto de lei em comento.

Outro ponto também de impacto, que pode trazer implicações negativas, refere-se ao estabelecimento de condenação do autor da ação de improbidade administrativa ao pagamento de honorários advocatícios em caso de improcedência da ação, isso porque, tradicionalmente, ações que visam à proteção do patrimônio público e outros direitos difusos e coletivos não implicam a condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios, especialmente em se tratando do Ministério Público, o qual tem o dever constitucional de proteger o estado democrático de direito e os valores constitucionais. Assim, imputar a referida obrigação ao Ministério Público mostra-se contrária aos interesses da sociedade, uma vez que, tratando-se o processo de um instituto dialético e dinâmico, não há garantia de procedência nessas ações.

Outro ponto que merece reflexão diz respeito à extinção da modalidade de “improbidade administrativa culposa”, uma vez que pelo novo texto somente será possível a sanção em razão de condutas ímprobadas dolosas, o que cria uma celeuma quanto às condenações em razão da prática de uma das condutas culposas previstas no art. 10 da Lei 8.429/92, ou seja, em face da natureza da condenação deverá então ser analisada a possibilidade da extinção das execuções então em

A alteração que prevê a diminuição do prazo prescricional no caso da retomada da contagem após sua interrupção possibilita uma maior chance de ocorrência da prescrição

andamento, o que traria diversas consequências tanto do ponto de vista processual como social, isso porque ocasionaria uma impressão de impunidade para toda a sociedade, pois condutas que causaram prejuízo ao patrimônio público ficarão sem punição, já que as respectivas condenações serão extintas.

Outra alteração que causará impacto no âmbito da probidade administrativa e, de forma reflexa, no princípio da moralidade é uma eventual violação ao princípio constitucional da igualdade, tendo em conta que foram asseguradas garantias na instrução probatória não previstas no sistema do direito processual civil e penal, mesmo que fosse trazido argumento que justificasse a referida diferenciação como forma de garantir igualdade material. Isso porque a impossibilidade de indeferimento de provas requeridas não está presente sequer no direito processual penal, uma vez que cabe ao magistrado indeferir as provas que julgar impertinentes ou desnecessárias, do mesmo modo que ocorre em relação ao direito processual civil. Assim não há justificativa a demonstrar que, no âmbito da ação de improbidade administrativa, esse poder do magistrado deve ser mitigado, razão pela qual resta caracterizada uma violação ao princípio constitucional da igualdade, conforme já mencionado.

Alteração prevista que também pode macular a probidade administrativa se refere à possibilidade de unificação das sanções, em caso

de mais de uma condenação, observando-se o limite máximo de 20 anos para as sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou de receber incentivos fiscais ou creditícios do poder público, uma vez que reduz o lapso temporal da sanção aplicada, o que traz uma crença de impunidade.

Por fim, mostra-se importante trazer uma última alteração prevista no PL 2.505/21 que pode causar prejuízos à preservação da probidade administrativa. Diz respeito ao *caput* do art. 11 da Lei 8.429/92, o qual passou a prever hipóteses taxativas de ato de improbidade administrativa por violação a princípios. De início, é importante afirmar que se trata de uma mudança que, de um lado, põe fim a diversas celeumas e diversidades de interpretações, além de trazer segurança jurídica aos gestores públicos, uma vez que havia muitas críticas em razão de sua subjetividade, além da abrangência, a qual permite que um número indeterminado de condutas possa figurar como ato de improbidade administrativa por violação a princípios. No entanto, a forma como a alteração acima mencionada seria realizada engessaria o autor da ação de improbidade administrativa, limitando-a a quatro condutas como modalidade de improbidade administrativa, de modo que outras condutas igualmente violadoras de princípios administrativos não poderão ser sancionadas a título de ato ímprobo.

Nesse sentido, é importante esclarecer que não se defende aqui a subjetividade e insegurança jurídica que a atual redação do artigo em comento traz, mas sim que as alterações sejam realizadas de modo a não restringir a atuação do Ministério Público. Seria suficiente o estabelecimento de critérios para a caracterização da violação dos princípios, isso porque, de um lado, não limitaria a atividade do Ministério Público e, de outro, garantiria segurança jurídica aos gestores públicos, pois não seriam admitidas imputações genéricas sem que fosse demonstrada a eventual prática de ato de improbidade administrativa por meio de critérios objetivos que permitiriam ao réu o devido processo legal substancial.

Há ainda várias outras alterações previstas no PL 2.505/21; no entanto, as acima trazidas são as que geram maior impacto à preservação da probidade administrativa.

Conclusão

Após a explanação acerca do princípio da moralidade e da probidade administrativa, demonstrando a importância da probidade administrativa como instrumento de proteção do princípio da moralidade administrativa, um dos pilares da administração pública, e discorrendo acerca de algumas das principais alterações propostas na Lei 8.429/92 por meio do PL 2.505/21, é possível então concluir que parte das referidas alterações propostas se mostram necessárias não somente para proceder à atualização do diploma legal acima referido como também para incluir novos institutos e adequar outros já existentes de modo a garantir sua maior efetividade e segurança jurídica. Outras alterações, todavia, diminuem a preservação da probidade administrativa e, por consequência, causam sua fragilização, uma vez que tornam mais flexíveis normas de cumprimento das sanções aplicadas, deixam a sistemática da aplicação do instituto da prescrição mais leve em razão da diminuição dos prazos prescricionais, além de garantirem direitos não extensíveis a outras ações ainda mais gravosas.

Desse modo, concluímos, por fim, que o cenário trazido no presente estudo demonstra que algumas das alterações propostas pelo PL 2.505/21 impactam de forma negativa a proteção da probidade administrativa, favorecendo a disseminação da corrupção na administração pública, contrariamente aos movimentos e iniciativas internacionais de combate à corrupção, a exemplo dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Notas

1. Acácia Regina Soares de Sá. Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Função Social do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Mestre em Políticas Públicas e Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Coordenadora do Grupo Temático de Direito Público do Centro de Inteligência Artificial do TJDF, integrante do Grupo de Pesquisa de Hermenêutica Administrativa do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB e integrante do Grupo de Pesquisa

- Centros de Inteligência, Precedentes e Demandas Repetitivas da Escola Nacional da Magistratura – ENFAM.
2. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
 3. BRASIL. [Constituição (1824)] Constituição de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. *Coleção de Leis do Império do Brasil – 1824*, página 7, vol. 1. Rio de Janeiro, 1824.
 4. BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte em 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União – Seção 1 – 19/9/1946*, página 13059. Rio de Janeiro, RJ, 1946.
 5. BRASIL. Lei 3.164 de 1º de junho de 1957. Lei Pitombo Godói Ilha. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do art. 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União – Seção 1 – 4/6/1957*, página 13802. Rio de Janeiro, RJ, 1957.
 6. BRASIL. Lei 3.502 de 21 de dezembro de 1958. Lei Bilac Pinto. Lei do Enriquecimento Ilícito. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. *Diário Oficial da União – Seção 1 – 22/12/1958*, página 26947. Rio de Janeiro, RJ, 1958.
 7. BRASIL. Lei 4.7717 de 29 de junho de 1958. Lei da Ação Popular. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União – Seção 1 – 5/7/1965*, Página 6241, Rio de Janeiro, RJ, 1958.
 8. BRASIL. [Constituição Federal (1967)]. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União – Seção 1 – 20/10/1967*, página 8865, Brasília, DF, 1967.
 9. BRASIL. Constituição Federal de 1988, *op. cit.*
 10. BRASIL. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa. Lei do Enriquecimento Ilícito. Lei do Colarinho Branco. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União – Seção 1 – 3/6/1992*, Página 6993, Brasília, DF, 1992.
 11. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 2.505 de 2021*. Iniciativa: Deputado Federal Roberto Lucena (PODEMOS – SP). Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Situação: incluído na pauta da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>>. Acesso em: 09 set. 2021.
 12. *Idem. Ibidem.*
 13. MOREIRA NETO, 1992, *op. cit.*, p. 15.

14. TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-74, out. 2005. ISSN 2238-5177. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42964>>. Acesso em: 09 set. 2021.
15. *Idem. Ibidem.*
16. SILVA, Almiro Couto e. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>>. Acesso em: 07 set. 2020.
17. TÁCITO, 2005, *op. cit.*
18. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 3. ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006.
19. BRASIL, Constituição, 1988, *op. cit.*
20. FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 136, p. 101-108, out./dez. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/296>>. Acesso em 09 set. 2021.
21. CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 2505/21, *op. cit.*
22. BRASIL. Lei 8.429, *op. cit.*, 1992.
23. GOMES JÚNIOR *et al.* Luiz Manoel. (coord.) *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>>. Acesso em 09 set. 2021.

Referências

- BRASIL. [Constituição (1824)] Constituição de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1824*, Página 7 Vol. 1. Rio de Janeiro, 1824.
- BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembleia Constituinte em 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União - Seção 1 - 19/9/1946*, Página 13059. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

- BRASIL. Lei 3.164 de 1º de junho de 1957. Lei Pitombo Godói Ilha. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do art. 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 4/6/1957, Página 13802. Rio de Janeiro, RJ, 1957.
- BRASIL. Lei 3.502 de 21 de dezembro de 1958. Lei Bilac Pinto. Lei do Enriquecimento Ilícito. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 22/12/1958, Página 26947. Rio de Janeiro, RJ, 1958.
- BRASIL. [Constituição Federal (1967)]. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 20/10/1967, Página 8865, Brasília, DF, 1967.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa. Lei do Enriquecimento Ilícito. Lei do Colarinho Branco. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 3/6/1992, Página 6993, Brasília, DF, 1992.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997, Tomo I, (p. 506/509, nº 207).
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997, Tomo II, (p. 749, nº 288).
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 2.505 de 2021*. Iniciativa: Deputado Federal Roberto Lucena (PODEMOS – SP). Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Situação: incluído na pauta da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>>. Acesso em: 09 set. 2021.
- FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 136, p. 101-108, out./dez. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/296>>. Acesso em 09 set. 2021.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. As Práticas Administrativas e o Controle da Moralidade – *Revista de Direito Administrativo* – jan./mar. de 1974.
- GOMES JÚNIOR *et al.* Luiz Manoel. (coord.) *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>>. Acesso em 09 set. 2021.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa – do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out. 1992, p. 57. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>>. Acesso em: 09 set. 2021.
- SILVA, Almiro Couto e. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>>. Acesso em: 07 set. 2020.
- TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-74, out. 2005. ISSN 2238-5177. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v242.2005.42964>>. Acesso em: 09 set. 2021.

Os direitos da pessoa doente e os princípios da bioética como elemento central no trato das questões da pandemia da covid-19¹

Marcelo Quentin²

Juiz de direito e juiz eleitoral no Estado do Paraná

Resumo: O presente artigo trata dos direitos da pessoa doente em paralelo com os principais princípios da bioética. Primeiramente se faz um apanhado sobre quais seriam os princípios elementares da bioética a serem debatidos para depois seguir-se à enumeração dos principais direitos consagrados à pessoa doente, sobretudo com fulcro na Lei de Bases da Saúde e a Nova Carta de Direitos do Utente. Feito o paralelo, passa-se à conclusão a fim de indicar que os direitos do doente e os princípios da bioética devem constituir elemento central na discussão e criação de medidas tendentes a trabalhar com a diminuição do risco de contágio da COVID-19, não se podendo a pretexto de combater a pandemia relegar a segundo plano os princípios da bioética e os direitos dos pacientes ou pessoas doentes.

Introdução

DENTRO DA PROPOSTA DE SE FALAR a respeito da tutela jurídica dos direitos individuais, tem-se como fundamental diante do atual cenário pandêmico a atenção específica aos direitos individuais da pessoa doente, proposta deste trabalho.

Os direitos da pessoa doente se inserem no contexto mais amplo do direito à saúde. Trata-se de um direito social, presente no título III da parte II da “Constituição da República Portuguesa”. É ainda um direito fundamental, portanto tido de um lado como universal e de outro como geral. Nesse viés, entende-se por universalidade³ a ideia de que todos têm direito de acesso ao Sistema Nacional de Saúde (SNS); já o caráter geral diz com a integralização de todos os serviços de saúde do país⁴.

Pois bem, em um contexto de exceção ou de “nova normalidade”, como alguns preferem se referir, em face de uma pandemia, cujo vocábulo já sugere, de proporções globais, causada pelo vírus Sars-Cov-2, conhecido mundialmente em 2020 simplesmente por coronavírus, é comum e constatado que as atenções se voltam para a proteção da coletividade, sobretudo no que tange ao contágio da doença. Medidas são idealizadas e efetivadas a fim de se tentar proteger aqueles que não estão doentes, evitar a disseminação do vírus, impedir a superlotação dos leitos de hospitalares, enfim, estancar o avanço da doença em meio à coletividade.

Por outro lado, é preciso pensar também nos direitos daqueles que já adoeceram, e ainda em como esses direitos hão de ser garantidos em face de uma situação excepcional como a vivida em 2020 e que se espalha agora pelo ano de 2021. Como tratar os direitos da pessoa doente em um contexto de pandemia e de uma doença altamente contagiosa – esta é a questão que se coloca.

Não se pode, portanto, relegar o doente a uma luta inglória contra uma doença nova, garantindo-lhe tão só o direito a um tratamento médico propriamente dito; é necessário ir além. E é função do jurista pensar a respeito disso, uma vez que o direito à saúde como direito fundamental consagrado na constituição comporta em sua totalidade uma série de direitos anexos de percepção necessária e concretização impositiva.

Esse é o propósito, pois, do presente estudo: pensar os direitos afeitos à pessoa doente dentro do atual contexto.

1. Direitos da pessoa doente

O surgimento e crescimento da questão ligada aos direitos das pessoas doentes é fenômeno relativamente novo, verificado principalmente nas décadas mais recentes. Na Europa, especificamente, vem se implementando cada vez mais a esfera legislativa, o que se verifica tanto internamente como em âmbito internacional no direito comum entre os países da União Europeia sobretudo. Destaca-se neste ponto a Declaração de Princípios dos Direitos dos Pacientes na Europa⁵, lançada em 1994, a partir da qual diversos países europeus passaram a legislar internamente sobre o assunto.

Com o lançamento deste primeiro marco legislativo comum, portanto, passam a fazer parte dos ordenamentos jurídicos internos dos países europeus em geral direitos importantes e que passam a ser cada vez mais conhecidos e consagrados, como, por exemplo, o direito de ser o doente informado e de fazer uma escolha informada sobre o tratamento de saúde a que será submetido. Pode-se dizer, aliás, que o hoje já conhecido direito de “consentimento informado” do paciente é algo central dentro da ideia do chamado “princípio da autonomia” do paciente, a que se deve dar alguma atenção neste estudo.

Apenas a título de esclarecimento, o consentimento informado tem como pilares o dever de esclarecimento do paciente e o consequente direito ao consentimento, incluído neste conceito o direito de recusar ou aceitar tratamento, bem assim o direito de revogar o consentimento já dado. É evidente aqui a importância da capacidade do paciente para consentir⁶.

Ainda, é relevante desde já acrescer com o conceito do princípio da autonomia especificamente no que diz respeito à bioética médica, concebido como “o poder que tem o usuário de decidir que profissional escolher para atendê-lo, que tratamento aceita ou admite, seja por razão de credo ou não, determinando seus interesses, que exerce de forma independente”⁷. Em outras palavras, “a obrigação que o profissional de saúde tem de deixar o paciente exercer a sua liberdade de decisão acerca daquilo que mais convém a sua dignidade de pessoa, respeitando a sua autonomia”⁸.

À toda evidência, conforme se verifica, a ligação forte entre o consentimento informado como direito do paciente e o princípio da autonomia do paciente como princípio da bioética. É importante dizer, embora claro, que com a autonomia do paciente fica pressuposta a necessidade de respeito a suas decisões. Este princípio há de nortear, assim, toda a conduta dos profissionais de saúde, na medida em que todos devem respeitar a autonomia do paciente.

Mais do que isso, veremos em frente outros dois princípios da bioética (beneficência e justiça), os quais estão intimamente entrelaçados com a autonomia, assim como com eles todos o está o princípio da dignidade humana, de cunho constitucional e dedicado também especificamente à pessoa doente.

Nesse sentido, o respeito à autonomia do paciente se conjuga com a dignidade humana. “Respeitar a pessoa autônoma pressupõe a aceitação de um pluralismo ético-social, característico do nosso tempo; é reconhecer que cada pessoa possui pontos de vista e expectativas próprias quanto ao seu destino, e que é ela quem deve deliberar e tomar as decisões seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando estes diverjam dos valores dos profissionais de saúde ou dos dominantes da sociedade. Afinal, cabe sempre lembrar que o corpo, a dor, o sofrimento, a doença, são da própria pessoa e que violar a autonomia significa tratar as pessoas como meios e não como fins em si mesmas”⁹.

Seguindo-se com os principais marcos legislativos a dar substrato aos direitos das pessoas doentes, destaque importante deve ser dado também à Diretiva do Parlamento Europeu 2011/24/UE, referente aos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.

A partir da referida diretiva, os Estados-membros da União Europeia passaram a internalizar a aplicação de prestação de cuidados de saúde às pessoas doentes, independente da forma de sua prestação, organização ou financiamento (isto é, seja na esfera pública ou privada)¹⁰. Trata-se de instrumento fundamental para o desenvolvimento dos direitos das pessoas doentes na Europa e sobretudo eleva a aplicação dos já tratados aspectos da universalidade e generalidade do di-

reito à saúde, além de dar incremento à aplicação do que veremos em frente: o princípio da isonomia como postulado basilar do trato dos direitos dos adoentados, juntamente com a dignidade humana.

Também na doutrina e na jurisprudência, cada vez mais, vem avançando a discussão sobre os direitos da pessoa doente e sobretudo quanto à relação médico-paciente, dando azo, inclusive, ao aprofundamento da ciência sobre a responsabilidade civil do médico e profissionais da saúde. Nesse ponto, frisa-se que a questão não fica resignada apenas ao direito civil, mas é verdadeiramente interdisciplinar, perpassando pelo direito constitucional, pelos direitos humanos, pelo direito administrativo e até pelo que se pode chamar de direito médico, ou ainda direito da saúde¹¹.

É fundamental, por conseguinte, passar-se neste trabalho pela enunciação dos direitos da pessoa doente, ainda que sem esgotar o tema, tendo como base para tanto, em Portugal, principalmente, a Nova Lei de Bases da Saúde (Lei 95/2019, que revogou a Lei 48/90).

Ainda, como significativas bases complementares, tem-se a chamada “Carta dos Direitos e Deveres dos Utentes” e a “Nova Carta de Direitos do Utente”¹², estas que, embora não tenham caráter legislativo, possuem o condão de sintetizar de forma adequada os direitos das pessoas doentes, a merecer atenção especial no presente trabalho, conforme se verá em frente.

Vale o registro, por fim, de que os termos “paciente” e “utente” embora por vezes sejam aqui utilizados de modo genérico, são de fato evitados na Nova Lei Bases da Saúde, na medida em que os direitos ali consagrados não se destinam apenas à pessoa submetida ao sistema público de saúde (tecnicamente reconhecida como utente do SNS), nem tão só às pessoas que estejam submetidas a algum tipo de tratamento médico ou estejam internadas (tecnicamente tidas por pacientes).

Prefere-se, portanto, o termo “pessoa doente”, posto que comporta todo o arcabouço de destinatários dos direitos em questão; sendo cabível, por exemplo, falar-se em direitos de pessoa doente que esteja sendo cuidada por cuidadores informais, consoante o que está na Base 2, Direitos e deveres das pessoas, item 3: “As pessoas cuidadas e os res-

pectivos cuidadores informais têm o direito a ser apoiados nos termos da lei, que deve prever direitos e deveres, a capacitação, a formação e descanso do cuidador”. É nítido, assim, que a lei, e via de consequência o direito, não se aplica apenas a médicos, profissionais de saúde e pacientes ou utentes¹³.

a. Postulados e princípios da Bioética aplicáveis aos direitos da pessoa doente

São direitos das pessoas doentes, segundo a Carta de Direitos do Utente do Serviços de Saúde – com a ressalva já feita quanto ao fato de o termo “utente” ser restrito ao sistema público e em verdade os direitos se aplicarem tanto ao sistema público quanto ao privado, lembrando ainda que estes direitos enunciados são o reflexo da Lei de Bases da Saúde a respeito do assunto, mas dispostos de forma mais didática, razão pela qual opto por enumerá-los –, os seguintes.

Primeiramente o “respeito pela dignidade humana”. A dignidade humana, de fato, e até pela forma como é colocada na Carta de Direitos (art. 2º e também no art. 22), não constitui propriamente um direito, mas sim um princípio do qual eflui o próprio ordenamento jurídico. Trata-se de um verdadeiro postulado, também chamado de metadireito, e integra todo os sistemas, desta feita, em específico, se referindo à dignidade da pessoa que sofre de alguma moléstia, o doente.

Da dignidade humana, portanto, irão efluir diversos direitos em específico e pode-se dizer que a dignidade humana é mesmo o grande vetor da maneira como os direitos das pessoas doentes são tratados. É pensando na dignidade humana que se chega à dignidade da pessoa doente e daí se sobressai o nascedouro de diversos direitos específicos aplicáveis a situações específicas a serem objetadas e perquiridos por toda a sociedade.

É interessante, neste ponto, pensar também na aproximação que o princípio da dignidade humana ostenta com o que pode ser chamado em bioética de “princípio da beneficência”, ligado a uma perspectiva de benevolência e com três características fundamentais que citamos rapidamente: primeiramente, a benevolência está ligada a uma disposi-

ção emocional de todo homem para fazer o bem a seu semelhante; em segundo lugar, é considerada a benevolência uma virtude intrínseca a todo ser humano; e, por terceiro, denota a benevolência a disposição de todos para agir de forma correta¹⁴.

Pode-se dizer que, para a bioética, o princípio da beneficência está assentado no reconhecimento do valor moral do outro e pretende exaltar o bem do outro, impedindo ou evitando o seu mal. Em outras palavras, deve então o profissional de saúde (e toda a sociedade em verdade), diante da beneficência, avaliar todos os riscos e benefícios potenciais nos casos das pessoas doentes, sejam benefícios individuais ou coletivos, e deve sempre buscar o máximo de benefício que possa ter o doente com o mínimo de riscos de possíveis danos a ele decorrentes. A beneficência é, portanto, uma espécie de eficiência da benevolência: conseguir o maior benefício ao doente, com o mínimo de riscos a este.

Diz-se que o princípio da beneficência engloba também o que se chama de princípio da “não maleficência”, calcado na busca pela não causação de danos ao doente, acomodando, portanto, um caráter de abstenção por parte do profissional de saúde (e não só dele, de todos, toda a sociedade) em não causar danos à pessoa doente. Seria o outro lado da moeda, o negativo do positivo, o polo sul do norte, isto é, a leitura a contrário senso da beneficência a gerar efeitos inibitórios em face dos destinatários que devem observação às normas de direitos da pessoa doente.

Ainda, convém mencionar o art. 3º da Carta de Direitos, a revisar o “princípio da igualdade”, já mencionado acima, outro verdadeiro postulado, agora considerado em relação às pessoas doentes em específico.

Pelo princípio da igualdade ou isonomia, não se pode discriminar o utente (ou qualquer doente, diga-se) em relação à sua ascendência, sexo, gênero, raça, cor, origem étnica ou social, território de origem, caracte-

Em bioética,
o princípio da
justiça se confunde
com a ideia de
igualdade e com
o que se denomina
equilíbrio
nas relações
humanas

rísticas genéticas, língua, religião, saúde, orientação sexual, convicções políticas ou ideológicas, condição social, instrução, riqueza, deficiência, idade, ou ainda, caso pertença o doente a uma minoria nacional ou esteja em qualquer outra situação. Mais do que isso, não pode haver discriminação em função da natureza da entidade financiadora da prestação do serviço de saúde, o que é de fato essencial. De vital importância, portanto, tal disposição e sobreleva a constatação de que também se trata de verdadeiro princípio (igualdade, isonomia) a ser aplicado e observado no que toca ao trato dos direitos da pessoa doente.

Assim como se fez com o princípio da dignidade e seu paralelo da bioética no princípio da beneficência, faz-se aqui um paralelo importante entre o princípio da igualdade e o princípio da justiça em se tratando de bioética.

Em bioética, o princípio da justiça se confunde com a ideia de igualdade e com o que se denomina equilíbrio nas relações humanas. É um princípio que implica a igualdade de direitos aos serviços de saúde. O objetivo é garantir a distribuição justa, equitativa e universal, para todos, sem distinção, dos benefícios relativos aos serviços de saúde¹⁵.

Em certa medida, o princípio da justiça não se distancia do princípio da beneficência, mas sim o acompanha, isso porque os dois princípios da bioética buscam a promoção do bem das pessoas, contudo com enfoques um pouco diferentes¹⁶.

Assim, tem-se a tríade dos princípios: da autonomia, beneficência e justiça; todos da bioética a se correlacionar aos princípios efetivamente consagrados como direitos das pessoas doentes, por nós aqui chamados de postulados: da dignidade humana e da igualdade ou isonomia. Todos eles espraiando efeitos para a aplicação adequada e a efetiva garantia dos direitos daqueles acometidos de alguma moléstia.

Vale a nota de que, neste apanhado, o princípio da dignidade humana se coloca como um metaprincípio de cunho ainda hermenêutico, a direcionar a aplicação dos demais princípios e dos direitos dos doentes em espécie. Há autores a dizerem, inclusive, que deve o princípio da dignidade humana servir de regente de todas as situações de colisões entre princípios, daí porque o chamarmos aqui de metaprincípio ou metadireito¹⁷.

b. Direitos das pessoas doentes em específico – “doentes enquanto pessoas”

Ao se passar às disposições mais específicas da Carta de Direitos quanto aos direitos da pessoa doente, considerados estes “enquanto pessoa” propriamente, tem-se presentes o direito à vida, o direito ao respeito pela sua integridade física e moral, vedando-se que o doente seja submetido a tratamento desumano ou degradante. Fala-se ainda em direito de identidade pessoal e ao livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade (arts, 4º a 7º da Carta de Direitos).

É importante, na sequência, o direito de liberdade (art. 8º), não podendo ser a pessoa doente privada da liberdade, seja total ou parcialmente, ressalvadas as hipóteses de internamento do portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, o que deve ser confirmado pela autoridade judicial; ou ainda, a detenção legal de pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, situação bastante presente na atualidade com a questão da pandemia do *coronavirus*.

Nos arts. 9º e 10º tem-se o direito de expressão e divulgação do livre pensamento e a liberdade de consciência e de religião. Ainda, a liberdade de reunião e associação (art. 11º). No art. 12º, o direito ao respeito a sua vida privada e familiar.

Seguindo, no art. 13º consta o direito à proteção da saúde, devendo o doente se beneficiar de todas as medidas que lhe permitam gozar do melhor estado de saúde que possa atingir, nos limites dos recursos humanos, materiais e tecnológicos do sistema de saúde. Mais ainda, o utente tem direito de aceder, independentemente da sua condição econômica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa, paliativa e de reabilitação.

Ainda estão presentes os direitos à segurança social, assistência social e médica, proteção contra a pobreza e exclusão social (arts. 14º e 15º). Direito à educação e cultura, liberdade de aprender e ensinar, orientação, formação e readaptação profissional adequada (art. 18º). Direito ao trabalho (art. 19º), vida cultural (art. 20º) e direito de beneficiar-se do progresso científico (art. 21º).

c. Direitos das pessoas doentes em específico – “doentes enquanto pessoas doentes”

Também a Carta de Direitos das Pessoas Doentes vem tratar dos direitos do utente (ou simplesmente pessoa doente) “enquanto pessoa doente”, afunilando ainda mais a enumeração desses direitos para o caso de pessoas acometidas de alguma moléstia.

Neste ponto a Carta recobra no art. 22 o direito que tem o doente de ser tratado como pessoa humana, mais uma vez fazendo uso do postulado ou metadireito da dignidade, como visto, grande sustentáculo de todo o sistema e ainda elemento agregador para a resolução de conflitos entre direitos e princípios.

A partir do art. 23 especificam-se os direitos, aludindo-se primeiramente ao direito geral ao funcionamento e constituição dos serviços de saúde de modo a atender os interesses legítimos dos utentes. Isso porque, é evidente, não há falar em direitos de pessoa doente sem que haja o bom funcionamento dos serviços e sem que haja viabilidade sequer de atendimento destes.

Na sequência, fala-se ainda no importante direito de informação, que está no art. 24º, devendo ser o doente informado dos serviços de saúde existentes, de suas competências e níveis de cuidado. Ainda, o direito do doente de ser tratado por profissional competente de sua escolha, juntamente com o direito de ser informado sobre o nome e a profissão do pessoal de saúde que o tratar (art. 25º).

Há ainda o direito de ser atendido com qualidade, eficácia e tempo útil (art. 26º). Na sequência, o direito de receber cuidados apropriados ao seu estado de saúde, sejam preventivos, curativos, de reabilitação ou paliativos (art. 27º). Ainda, direito à prestação de cuidados continuados (art. 28º), segurança na prestação dos cuidados da saúde (art. 29º), autodeterminação em matéria de cuidado de saúde (art. 30º).

Neste ponto é importante acrescentar o princípio de atuação do SNS, consagrado na Base 20, 2, f), da Lei de Bases da Saúde, ao estabelecer a atuação com qualidade, visando prestações de saúde efetivas, seguras e eficientes, com base em evidência, realizadas de forma humanizada, com correção técnica e atenção à individualidade da pessoa.

É certo, portanto, que o direito do doente ao tratamento consagra que este seja um tratamento adequado, aliás, como visto acima no art. 13º da Carta de Direitos; contudo, é evidente que o tratamento há de ser limitado pelo que existe em termos de recursos e dentro dos limites humanos, técnicos e financeiros disponíveis¹⁸.

Atinente ao direito de informação, tem o doente o direito de ser informado sobre a sua situação de saúde, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado (art. 31º). O doente também tem o direito de decidir receber ou recusar a prestação de cuidados ou a participação em investigação ou ensaio clínicos que lhe são propostos (art. 32º).

Ainda, e neste caso sem algum reflexo legal, fala-se, no art. 33º, no direito a obter uma segunda opinião sobre a sua situação de saúde. Este, embora consagrado na Carta, tem sido concebido como o que pode ser considerado no máximo um apelo, um norte, já que, sobretudo no que concerne à saúde pública, não seria de se o impor.

Na sequência ainda traz a Carta de Direito das Pessoas Doentes o direito ao respeito pelas suas convicções culturais, filosóficas e religiosas e também a elaborar diretiva antecipada de vontade, seja por testamento ou nomeação de um procurador de cuidados com a saúde (art. 34º).

Concluindo a gama de direitos, há ainda o direito de privacidade em qualquer ato médico (art. 35º), de confidencialidade de toda a informação clínica e de elementos identificativos que lhe respeitem (art. 36º); direito de proteção de dados de caráter pessoal (art. 37º); direito de acesso a dados clínicos (art. 38º); direito de visitas e de recusá-las, direito de repouso e sossego (art. 39º); direito de apresentar reclamações ou sugestões, podendo receber indenização em caso de mal tratamento (art. 40º); direito de não lhe serem cobradas importâncias extras pela prestação do serviço de saúde (art. 41º); direito a terapia adequada e, quando em fase terminal, direito de não ser sujeito a tratamentos inúteis e de ser acompanhado por pessoa de sua escolha (art. 42º). Por fim, o direito de morrer em paz e com dignidade (art. 43º).

Especificamente quanto ao direito de indenização, é claro que a questão há que passar pelo crivo de um processo judicial, em que

se perquirirão as eventuais perdas e danos causados à pessoa doente. Todavia, é de importância capital a menção de que Portugal se encontra vinculado à Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina, a qual prevê expressamente em seu art. 24º que “a pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas em Lei”.

Assim, embora seja evidente o direito de indenização daquele que sofre dano, no caso dos danos causados a pessoa doente submetida a tratamento o reforço é ainda maior por conta da convenção acima, da qual é parte e a qual está vinculado o Estado Português¹⁹.

Perceba-se que os direitos da pessoa doente (e aqui não se esgotam) nem sempre estarão ligados diretamente à proteção da integridade física da pessoa. Como visto, mais do que proteger a integridade física, o direito à saúde e dentro dele os direitos das pessoas doentes, eles possuem substrato na dignidade humana. Por isso se defende que o próprio direito à saúde seja reconhecido como direito subjetivo a buscar seu fundamento de validade diretamente na norma constitucional; mais ainda, que constitui determinadas prestações devidas à pessoa detentora deste direito, cujo não acatamento ou não observância possam gerar, ainda que de forma indireta, danos à vida ou à integridade física da pessoa, no caso, a pessoa doente²⁰.

Conclusões

Tratados dos principais direitos da pessoa doente com o auxílio da Carta de Direitos (dos usuários do Serviço de Saúde de Portugal) e feito ainda o devido paralelo destes com os princípios da bioética, sobretudo da autonomia do paciente, da beneficência e da não maleficência e o princípio da justiça, segue-se agora a analisar o que de conclusivo pode-se ter em relação ao trato dos tempos atuais, relacionado com a pandemia da covid-19.

A pandemia impôs uma série de mudanças em vários sentidos e em diversos segmentos sociais. A necessidade de diminuição do con-

tato pessoal fez com que se criassem mecanismos diversos, sobretudo tecnológicos, a fim de possibilitar a continuidade das coisas, mesmo diante do distanciamento social necessário. Assim se deu com a medicina, inclusive, em especial quanto ao incremento de mecanismos de telemedicina. Outras medidas e comportamentos também passam a ser criados ou alterados nos estabelecimentos de saúde, a fim de garantir maior proteção quanto à não infecção dos profissionais e a própria disseminação do vírus, o que é obviamente salutar.

Entretanto, é de se sopesar, não por amor ao debate, mas sim por imposição, se essas medidas têm sido adequadas ao trato dos pacientes ou, mais do que isso, se essas medidas, mudanças e avanços tecnológicos estão a atender aos consagrados direitos da pessoa doente e aos princípios da bioética.

No que tange à telemedicina, por exemplo, deve se questionar se ela poderia ser imposta aos pacientes ou se isso atentaria contra a sua autonomia, elemento central da bioética, na medida em que o paciente não poderia escolher a melhor forma, na sua visão e à sua escolha, de ter uma consulta médica.

É certo que os riscos da pandemia devem ser sopesados a todo momento, mas seria de se questionar se em determinados casos seria possível se impor ao paciente o uso da telemedicina, havendo possibilidade concreta de outras espécies de consulta, ainda seguras, mas presenciais.

As questões hão de ser resolvidas caso a caso, mas é de se ter em mente desde o princípio quais seriam os elementos norteadores a se analisarem casos concretos que acontecem e acontecerão necessariamente.

Não há dúvida, ao que defendemos aqui neste trabalho, que estes elementos norteadores, e até mesmo hermenêuticos, estão centrados nos princípios da bioética e nos próprios direitos das pessoas doentes, consagrados na Lei de Bases e explicitados na Carta de Direitos, como aqui tratamos.

No caso, por exemplo, da telemedicina, o que se defende de antemão é que o paciente deve ser devidamente informado das possibilidades que ele tem, todas elas seguras, de realizar a consulta médica.

O consentimento informado neste ponto é fundamental, não se lhe impondo nem uma nem outra forma, mas esclarecendo-o das possibilidades e deixando a critério dele (autonomia) a devida escolha. Este é apenas um exemplo singelo que se usa de modo mais didático para perfazer o argumento no sentido de que é a autonomia do paciente e os demais princípios da bioética que devem tutelar e orientar o trato com as questões da pandemia, sejam elas quais forem.

É inequívoco que tudo deve estar dentro dos protocolos para se evitar o contágio, mas todos os espaços possíveis de escolha devem ser preenchidos pela autonomia do doente e não pelo prestador do serviço de saúde.

É de fácil percepção, portanto, a relação proporcional inversa entre a diminuição dos riscos de contágio com a autonomia do paciente. Quanto mais restrito for o mecanismo de evitar o contágio, menos autonomia terá o paciente, gerando-se ainda, possivelmente, uma menor beneficência e uma maior maleficência. Em suma, quanto maiores forem as restrições, menos atinência e alcance terão os princípios da bioética. Por isso, é preciso cautela a atenção aos direitos dos doentes ao se pensarem em tais medidas de contenção. Os direitos dos pacientes devem ser elemento central ao se pensar nas medidas restritivas.

Outro exemplo interessante, a título de conclusão, é quanto ao direito de privacidade do paciente. Em tempos de pandemia o sigilo do tratamento médico não deve ser abandonado, uma vez que a privacidade quanto ao tratamento é direito do doente. Neste aspecto entram em choque o apelo às informações sobre a doença pandêmica e o sigilo do paciente. Um exemplo concreto diz respeito às triagens montadas diante das Unidades de Saúde Familiar de Cuidados Personalizados (ADC). Durante a pandemia foi comum que essa triagem tivesse a participação de diversos profissionais como enfermeiros, secretários clínicos etc. É de se questionar se este tipo de triagem atende a autonomia do paciente e principalmente se atende ao sigilo das informações por ele prestadas e o próprio sigilo do seu posterior diagnóstico e tratamento.

É dizer, mesmo num momento de pandemia, não se pode perder de vista princípios que norteiam o trato dos direitos da pessoa doente,

isso porque os princípios servem justamente para isso: ser o norte seguro, qualquer que seja a tempestade²¹.

O mesmo problema da privacidade pode ser identificado também nas caixas de coleta de exames ou outros documentos complementares. Algumas unidades de saúde se utilizam destas caixas para evitar o contato com os pacientes. Não há problema, mas o que se deve pensar é se essa coleta está respeitando a devida intimidade do paciente e o sigilo que lhe é devido pelos profissionais de saúde; isto é, saber se o mecanismo antes de tudo atende ao critério de confidencialidade.

Da mesma forma, não se quer negar mecanismos que tendam a reduzir o risco de contágio do vírus, mas, frise-se, todos esses mecanismos devem estar atentos aos princípios da bioética e aos direitos das pessoas doentes.

Notas

1. Artigo inédito escrito em Lisboa, para o contexto europeu, em janeiro de 2021.
2. Marcelo Quentin. É juiz de direito e juiz eleitoral no Estado do Paraná; graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); mestrando em ciências jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL); formador de magistrados credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM); membro eleito do Comitê Gestor de Gestão de Pessoas do TJPR; atuou como juiz auxiliar da presidência do TRE/PR na coordenação do processo da biometria; é coordenador e professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP) no curso de pós-graduação e nos preparatórios para concursos públicos; professor da graduação e pós-graduação em Direito em diversas instituições; além de professor em preparatórios para concursos públicos; professor ainda na Academia de Direito Centro Europeu/PR e na Unipública Escola de Gestão Pública/PR; é consultor científico da Editora Appris; foi técnico judiciário e assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), onde atuou em diversas funções da Administração Pública como pregoeiro, presidente e membro de comissões de licitação, comissões de julgamento, defensor em processos administrativos disciplinares, secretário de câmaras do TJPR, entre outros; é autor e palestrante nas áreas do Direito e Concursos Públicos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5987128303452717>
3. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 132.

4. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3. ed. Rev. Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 343.
5. O documento fora consagrado em Amsterdã, em uma conferência da OMS sobre direitos dos pacientes, realizada em 1994. Ao final do evento fora elaborada uma “Carta dos Direitos das Pessoas Doentes” a conter os princípios básicos concernentes aos direitos das pessoas doentes na Europa.
6. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de Direito Civil. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 22.
7. MARCHI, Maria M.; STAJN, Raquel. Autonomia e heteronomia entre profissionais de saúde e usuários de serviços de saúde. In. *Revista Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v 6, n. 1, 1998, p. 42.
8. BECKERT, Cristina. *Bioética e pessoa*, s/p. Disponível em <http://www.terraviva.pt/nazare/1794/BIO%C3%89TICA%20E%20PESSOA.html>. Acesso em dezembro de 2020.
9. FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais: tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente*. Estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998, p. 39-40.
10. Ver nesse sentido, CORREIA DE CAMPOS, Jorge Simões António. *O percurso da saúde: Portugal na Europa*, Coimbra, Almeida, 2011, p. 77.
11. Ver MONGE, Claudia. O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2016, p. 24.
12. Está mais recente, aprovada pela Associação Portuguesa de Bioética em 2010.
13. Nesse sentido, ao analisar ainda o projeto: MONGE, Claudia. Testemunho. *Lei de Bases da Saúde, Materiais e razões de um projeto*. Cadernos de Lex Medicina, n. 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 87.
14. KIPPER, Délio José; CLOTER, Joaquim. Princípios da beneficência e não malficência. In. COSTA, Sérgio I. Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 42.
15. CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (org.). *Fundamentos da bioética*. 2. ed., São Paulo: Paulus, 2002, p. 42.
16. FABRIS, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 111.
17. Cf. FABRIZ, 2003, p. 105-106.
18. Nesse sentido: CORREIA, Sérvulo. As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde. In. AA. VV., *Direito de Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 41.
19. Sobre o tema: MONGE, Claudia. Testemunho. In. *Lei de Bases da Saúde, Materiais e razões de um projeto*. Cadernos de Lex Medicina, n. 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 88.

20. DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: O caso das Advertências Relativas a Produtos Perigosos*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 339.
21. Cf. FONTES, Ana Filipa; BARBOSA, Rita Ribeiro; BRITO, Dinis. Onde mora a autonomia do paciente em tempos de crise em Portugal?. *Ciência e Saúde Coletiva*. 2020. Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/onde-mora-a-autonomia-do-paciente-em-tempos-de-crise-em-portugal/17709?id=17709>, acesso em dezembro de 2020.

Referências

- BECKERT, Cristina. *Bioética e pessoa*, s/p. Disponível em <http://www.terravista.pt/nazare/1794/BIO%C3%89TICA%20E%20PESSOA.html>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed., revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- CORREIA DE CAMPOS, Jorge Simões António. *O percurso da saúde: Portugal na Europa*, Coimbra, Almeida, 2011.
- CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (org.). *Fundamentos da bioética*. 2. ed., São Paulo: Paulus, 2002.
- CORREIA, Sérvulo. As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde. In. AA. VV. *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996.
- DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: O caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.
- FABRIS, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FONTES, Ana Filipa; BARBOSA, Rita Ribeiro; BRITO, Dinis. Onde mora a autonomia do paciente em tempos de crise em Portugal? *Ciência e Saúde Coletiva*. 2020. Disponível em: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/onde-mora-a-autonomia-do-paciente-em-tempos-de-crise-em-portugal/17709?id=17709>.
- FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais: tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente*. Estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998.
- KIPPER, Délio José; CLOTER, Joaquim. *Princípios da beneficência e não maleficência*. In. COSTA, Sérgio I. Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- MARCHI, Maria M.; STAJN, Raquel. Autonomia e heteronomia entre profissionais de saúde e usuários de serviços de saúde. In. *Revista Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v 6, n. 1, 1998.

- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- MONGE, Claudia. *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016.
- MONGE, Claudia. Testemunho. In. *Lei de Bases da Saúde, Materiais e razões de um projeto*. Cadernos de Lex Medicina, n. 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Triunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de Direito Civil. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. ed. Almedina, Coimbra, 2001.

O STF e a pandemia: os reflexos da alta judicialização da saúde no país

Wanderlei José dos Reis¹

Juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso

Resumo: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem reduzir o risco de doença e de outros agravos, com acesso universal e igualitário aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O direito público subjetivo à saúde é uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela carta política da república. Contudo, a alta da judicialização do direito à saúde no Brasil reflete a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível, o que denota a urgência em se repensar a prestação do serviço de saúde pública no país e a implementação de medidas que proporcionem uma mudança definitiva.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS devem ser considerados verdadeira meta da limitação jurídica do Estado, e o conteúdo essencial do estado de direito deve residir no reconhecimento dessa esfera de autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e ao Estado².

A consagração constitucional dos direitos fundamentais teria sido a limitação de todos os poderes do Estado acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição em relação ao Poder Legislativo ordinário³. Os direitos fundamentais assumiram, então, o caráter de di-

reitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contrária às invasões do soberano⁴.

Igualmente, no prisma constitucional, é relevante notar que o estado democrático de direito gravita em torno do princípio da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, estando incluídos nos direitos fundamentais a liberdade, a igualdade e o mínimo existencial que devem ser realizados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Nessa quadra de ideias, há que se assentar que a carta constitucional de 1988, intitulada “Constituição Cidadã”, abriga em seu art. 5º, incs. I a LXXVIII, um vasto rol de direitos fundamentais, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além de outros direitos fundamentais esparsos no seu texto ao longo dos 250 artigos, os quais possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF), estando protegidos, inclusive, de investidas do poder reformador (art. 60, § 4º, IV, CF), elevados ao status de cláusulas pétreas, mantendo hígdas a identidade e a continuidade da lei maior. Além do que, segundo a advertência explícita do § 2º do art. 5º, os direitos e garantias previstos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais.

Assim, sob uma perspectiva dogmático-jurídica e em razão de seu conteúdo, podem ser entendidos também como direitos fundamentais outros postulados com rótulo diferente na carta magna, a exemplo dos direitos sociais estampados no art. 6º, caput, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, bem como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, CF), haja vista que são inerentes à própria existência do ser humano.

A propósito, a Constituição da República de 1988 dispõe quanto à saúde de modo específico (arts. 6º, caput; e 196 a 200), tratando-a como direito social e universal, expressamente, no art. 6º, caput, ao dispor que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

e no art. 196, estabelecendo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Ademais, a lei magna enquadra as ações e serviços de saúde como de relevância pública (art. 197), apresentando as diretrizes de um sistema único de atendimento no art. 198, dispositivo que, interpretado sistematicamente com as demais normas constitucionais, leva à conclusão de que o acesso integral à saúde pública é condicionado ao necessário ingresso do paciente no SUS e que, por meio deste, deve o cidadão receber do Estado todos os meios terapêuticos de que carece. Tais preceitos foram regulamentados pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) e pela Lei 8.142/90, que promovem o conceito de integralidade no campo da saúde.

Deveras, a saúde é, sem dúvida, direito fundamental consagrado ao indivíduo, diretamente afeto ao direito à vida, e, por conseguinte, indisponível, irrevogável, irrenunciável, inalienável e intransmissível, sendo assim considerado pela jurisprudência do STF.

Regida pelos princípios da universalidade, da integralidade e da participação da comunidade, a saúde é um direito fundamental do indivíduo, da espécie que o jurista alemão Georg Jellinek convencionou chamar de “direitos de prestação”⁵, impondo ao Estado o dever de agir para implementar sua utilidade concreta, porquanto se realizam com a intervenção do Estado.

Com efeito, o direito público subjetivo à saúde denota prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela própria carta política da república a todos os brasileiros, tendo sido outorgado ao Poder Judiciário o papel de garantidor desses direitos, sendo que se evidencia cada vez

Todos os temas afetos à ordem jurídica dizem respeito obviamente ao Supremo Tribunal Federal, já que a atual Constituição Federal de 1988 lhe conferiu a tarefa de guardião do texto magno

mais um desejo social de concretização dos direitos sociais (prestações positivas), em especial no campo das políticas públicas relacionadas à saúde. Prova disso é que se tem verificado um crescente movimento de judicialização do direito à saúde no país, que nada mais é do que a obtenção de atendimento médico, medicamentoso e de procedimentos diagnósticos pela via judicial.

Assim, todos os temas afetos à ordem jurídica e ao sistema judiciário, inclusive o direito fundamental à saúde, dizem respeito obviamente ao Supremo Tribunal Federal, já que a atual Constituição Federal de 1988 lhe conferiu a tarefa de guardião do texto magno, estabelecendo, basicamente, três grupos de competências no art. 102, que podem ser assim divididas: competências originárias (inc. I do art. 102); competências recursais ordinárias (inc. II do art. 102); e competências recursais extraordinárias (inc. III do art. 102). Desse modo, passemos à análise das principais decisões do pretório excelso no que tange à pandemia.

Análise do tema

No início de 2020, assistiu-se ao começo de uma grave crise sanitária mundial, desencadeada pela pandemia de covid-19, que não se limitou ao âmbito sanitário, impactando também na seara da economia, educação, liberdades e garantias individuais, entre outras, o que passou a demandar uma mudança comportamental de todas as pessoas e provocou o acionamento excessivo do Poder Judiciário no Brasil, especialmente do STF, num fenômeno já bastante conhecido no país da chamada judicialização da saúde, diante da grande produção de atos normativos sobre essa temática.

Para ter uma noção da inflação normativa vivenciada no Brasil no período da pandemia, recente estudo da Faculdade de Saúde Pública da USP revelou que 3.049⁶ normas relacionadas à covid-19 foram editadas só no âmbito da União, em 2020. Ora, considerando, entre tantos outros pontos, a vacina como direito humano e dever do Estado, as flagrantes discrepâncias entre normas federais e estaduais na definição

das atividades consideradas essenciais durante a pandemia e, sobretudo, o fato de que o direito fundamental à saúde possui previsão normativa nos arts. 6º, caput, e 196 a 200 da carta constitucional, torna-se inevitável, a nosso ver, que parte dessa gama de normas e atos normativos expedidos viesse a ter sua compatibilidade com a ordem constitucional questionada perante o STF – como, aliás, pode ocorrer com qualquer ato emanado do poder público –, e que mais de oito mil decisões fossem exaradas pela corte nesse período a respeito da pandemia.

Com isso, há que se trazer à colação algumas das principais decisões do STF nessa temática, à luz dos seus limites de atuação constitucional, buscando-se fixar se, afinal, a corte teria se excedido em relação às suas competências determinadas na lei fundamental ou se simplesmente teria exercido o seu papel constitucional.

Inicialmente, na ADI 6.341/DF⁷, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionou no STF a Medida Provisória 926/20, que altera a Lei 13.979/20, dispondo sobre medidas destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (Sars-Cov-2). Segundo o autor da ação, a redistribuição de poderes de polícia sanitária introduzida pela MP 926/20 na Lei 13.979/20 estaria interferindo no regime de cooperação entre os entes federativos, pois confiou à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação.

Não obstante, o STF, por maioria, ao referendar a medida cautelar na ADI 6.341/DF, firmou entendimento no sentido de que a MP 926/20 não afasta a competência concorrente da União, estados e municípios para executar medidas sanitárias, epidemiológicas e administrativas relacionadas ao combate ao novo coronavírus, haja vista a competência concorrente para legislar sobre saúde pública (art. 23, inc. II, CF), regulamentada, no plano infraconstitucional, pela Lei 8.080/90 (Lei do SUS). Logo, estados e municípios podem determinar quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União possa interferir no assunto.

Neste contexto, Frank Silva de Moraes, ao fazer uma leitura crítica da decisão proferida pelo STF na apreciação da ADI 6.341/DF, asseve-

rou que a corte “atuou, no caso, como um Poder Moderador, ao assentar que durante a pandemia os Poderes Executivos Estaduais podem tomar medidas restritivas, isto é, definir quais atividades deverão ser suspensas. Impasse resolvido, decisão cumprida pelos Poderes”⁸.

Por um viés mais incisivo, Corrêa e Oliveira pontuam que a decisão emitida no julgamento da ADI 6.341/DF revela uma clara postura ativista do STF durante a pandemia, em que o Poder Judiciário foi provocado a agir diante da atuação deficiente ou omissa do Poder Executivo Federal no enfrentamento da crise sanitária. Assim, “foi necessária a postura ativista do Poder Judiciário para tentar minimizar os efeitos devastadores do novo coronavírus”⁹.

Sob outra perspectiva, Sarlet ressalta que a decisão plasmada na ADI 6.341/DF se afigura assaz importante, haja vista que, “num contexto altamente tensionado politicamente, reafirmou e explicitou a possibilidade de os Estados e os municípios adotarem, no plano legislativo e administrativo, medidas para o combate da pandemia, com reflexos evidentes tanto para a promoção como ao nível da restrição de direitos fundamentais”¹⁰.

Já Streck, em uma posição acadêmica com a qual comungamos, ao analisar o entendimento cristalizado pelo STF no julgamento da ADI 6.341/DF, afirmou que “o Supremo apenas fez o óbvio: garantiu a estrutura cooperativa do federalismo, declarando o exercício compartilhado das referidas competências”¹¹.

No bojo da ADI 6.351/DF¹², à qual foram apensadas duas ações que versavam sobre a mesma matéria (ADIS 6.347/DF e 6.535/DF), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) requereu a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei 13.979/20, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/20. Segundo o proponente, o dispositivo impugnado mitigaria o direito constitucional do cidadão à informação, à transparência e à publicidade dos atos dos órgãos e agentes públicos envolvidos no enfrentamento à pandemia de covid-19.

Neste sentido, o pretório excelso, por unanimidade, ao referendar a medida cautelar anteriormente deferida pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI 6.351/DF, que suspendeu a eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/20 (Lei de Acesso à Informação), incluído pelo art. 1º da Medida

Provisória 928/20, assentou que o dispositivo questionado transformaria “a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda sociedade”, além do que, “o acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta”.

Aliás, sabendo-se que o direito de acesso às informações públicas é uma das garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal, ao se fazer uma análise específica da decisão proferida pela corte na ADI 6.351/DF, percebe-se que a atuação do STF, em certa medida, ao intervir em políticas públicas relativas ao combate à pandemia de covid-19, apenas conferiu, mais uma vez, efetividade aos direitos fundamentais, máxime o direito à informação, consagrado no art. 5º, inc. XIV, da CF, segundo o qual “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e o art. 5º, inc. XXXIII, determina que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Entrementes, nas ADPFs 668/DF¹³ e 669/DF¹⁴, ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pelo partido Rede Sustentabilidade, o STF foi instado a analisar a constitucionalidade da campanha publicitária do governo federal denominada “O Brasil não pode parar”, veiculada na mídia e nas redes sociais. Conforme os autores das ações, o vídeo divulgado na campanha publicitária estaria propagando informações falsas, consubstanciadas na

Ao fazer uma leitura crítica de decisão proferida pelo STF, Frank Silva de Moraes asseverou que a corte atuou, no caso, como um poder moderador, ao assentar que durante a pandemia os estados poderiam tomar medidas restritivas

ideia de que a covid-19 não ofereceria risco real e grave à população, podendo gerar desinformação e incentivar os brasileiros a um comportamento que, posteriormente, ocasionaria grave contágio e comprometimento da saúde pública e da vida.

Com efeito, o ministro Roberto Barroso, relator, ao deferir a medida cautelar vindicada nas ADPFS 668/DF e 669/DF, proibiu a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que sugerisse o retorno da população às suas atividades plenas, ou ainda que atenuasse os riscos da pandemia para a saúde e a vida da população. Na visão do ministro, a contratação de campanhas publicitárias pelo governo federal com o intuito de disseminar informações distorcidas acerca da real gravidade dos efeitos da contaminação pelo coronavírus “traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, além de deixar de alocar valores escassos para a medida que é a mais emergencial: salvar vidas (art. 37, caput e § 1º, CF)”.

De acordo com o magistério de Steinmetz, a decisão proferida pelo STF no exame das ADPFS 668/DF e 669/DF, “indica o propósito deliberado de posicionar o STF como um protagonista não apenas jurídico, mas também como um protagonista político no enfrentamento da covid-19”¹⁵. No mesmo diapasão, vaticinou que, em um ambiente de crise sanitária, em que há uma clara divergência entre posições aditadas pelo governo federal e pelos estados e municípios acerca das medidas de enfrentamento à pandemia da covid-19, “o STF sentiu-se compelido a tomar uma decisão que extrapolou os limites do direito processual e material posto”¹⁶.

A nosso ver, a postura do tribunal maior nas ADPFS 668/DF e 669/DF, da mesma forma que a decisão proferida na ADI 6.351/DF, mesmo que, em certa medida, tenha incidido sobre políticas públicas relativas ao combate à pandemia de covid-19, apenas conferiu concretude a direitos fundamentais, nomeadamente o direito à informação de qualidade (art. 5º, inc. XXXIII, CF, regulamentado pela Lei 12.527/11), reafirmando o papel constitucional da corte, não havendo se falar aí em ativismo judicial.

Já na ADI 6.357/DF¹⁷, o presidente da república acionou o STF para que fosse conferida interpretação conforme a Constituição aos arts. 14,

16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, caput, *in fine*, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020), sob a justificativa de que a incidência pura e simples de tais restrições orçamentárias, sem levar em conta o atual cenário de crise deflagrado pela pandemia de covid-19, feriria de morte a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF), a garantia do direito à saúde (arts. 6º, caput, e 196, CF), os valores sociais do trabalho e a garantia da ordem econômica (arts. 1º, inc. I; 6º, caput; 170, caput; e 193), motivo pelo qual requereu o afastamento da aplicação de tais condicionantes fiscais tão somente às despesas necessárias ao enfrentamento do contexto de calamidade inerente ao coronavírus.

Ao deferir a medida cautelar na ADI 6.357/DF, o ministro Alexandre de Moraes, relator, concedeu interpretação conforme a Constituição Federal aos dispositivos impugnados, de modo que, durante a emergência em saúde pública de magnitude nacional e o estado de calamidade pública decorrente da covid-19, restou afastada a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas públicos voltados ao enfrentamento da conjuntura de calamidade gerado pela disseminação do coronavírus, estendendo os efeitos da medida cautelar a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia.

Na esteira de Mendes, a decisão proferida pela corte no julgamento da ADI 6.357/DF se revela deveras importante, na medida em que “a construção de uma jurisprudência atuante e aberta ao grave contexto atual possibilitou um ambiente institucional equilibrado para a implementação das medidas necessárias à contenção da pandemia”¹⁸.

Ademais, aportaram no STF as ADPFs 661/DF¹⁹ e 663/DF²⁰, propostas, respectivamente, pelo Partido Progressista (PP) e pelo presidente da república, em face de atos editados pelas mesas diretoras do Senado e da Câmara dos Deputados, as quais, tratando de medidas relacionadas ao funcionamento parlamentar durante a crise de saúde pública decorrente da pandemia de covid-19, dispensaram o comparecimento de parlamentares em situações de vulnerabilidade, bem como restringiram o acesso às dependências físicas do parlamento. Segundo

o partido político arguente, o sistema de funcionamento virtual priorizaria a deliberação apenas das matérias relacionadas ao enfrentamento da covid-19, em detrimento da regular tramitação das propostas de medidas provisórias apresentadas pelo Poder Executivo. O chefe do Executivo Federal, por sua vez, afirmou que o atual panorama caracterizaria situação de excepcionalidade no funcionamento do Congresso Nacional, o que poderia comprometer o regular andamento do processo legislativo, sobretudo das medidas provisórias; assim, requereu a

O ministro Roberto Barroso, ao deferir medida cautelar vindicada nas ADPFs 668/DF e 669/DF proibiu a produção e circulação, por qualquer meio, de campanha que sugerisse o retorno da população às suas atividades plenas

ampliação do prazo para a apreciação das medidas provisórias e a suspensão da contagem do prazo de conversão de tais proposições legislativas.

O tribunal excelso, por maioria, ao referendar medidas cautelares anteriormente concedidas pelo ministro Alexandre de Moraes nas ADPFs 661/DF e 663/DF, permitiu que, durante emergência em saúde pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da covid-19, as medidas provisórias fossem instruídas diretamente no plenário da Câmara dos Deputados e do Senado, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão

Mista por parlamentar de cada uma das casas designado na forma regimental, bem como que, em deliberação nos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque pudessem ser apresentados à mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada casa, sem prejuízo da possibilidade das casas legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental.

Igualmente, nas ADIS 6.421/DF²¹, 6.422/DF²², 6.424/DF²³, 6.425/DF²⁴, 6.427/DF²⁵, 6.428/DF²⁶ e 6.431/DF²⁷, propostas pelo Partido Rede Sustentabilidade (REDE), Partido Popular Socialista (PPS), Partido

Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Verde (PV), respectivamente, o STF foi provocado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Medida Provisória 966/20, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Conforme os autores das ações, a medida provisória em tela estaria restringindo a responsabilização dos agentes públicos ao dispor que eles somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

O STF, por maioria e nos termos do voto do relator, ministro Roberto Barroso, deferiu, em parte, a medida cautelar pleiteada nas ADIS 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF para, ao conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da MP 966/20 que versam sobre a responsabilização dos agentes públicos por atos relacionados com a pandemia de covid-19, fixar as seguintes teses:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (I) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (II) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (I) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (II) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Nesse ponto, segundo a óptica de Corrêa e Oliveira, a decisão emanada pelo tribunal máximo no julgamento ADIS 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF é um exemplo de performance ativista durante a pandemia da covid-19, em que o Judiciário assumiu o protagonismo em face da ineficiência ou omissão do governo federal no enfrentamento da grave crise sanitária provocada pelo coronavírus (Sars-Cov-2); daí dizerem que “foi necessária a postura ativista do Poder Judiciário para tentar minimizar os efeitos devastadores do novo coronavírus”²⁸.

Medina e Toledo, por seu turno, advogam a tese de que o Poder Executivo Federal, ao editar a MP 966/20, teria provocado um “ativismo às avessas” ao tentar afastar a culpa e o nexo de causalidade como pressupostos da responsabilidade civil por meio de medida provisória, ao passo que o STF teria incorrido em flagrante confusão conceitual, porquanto, ao invés de analisar a constitucionalidade ou não da medida provisória, passou “a discutir as políticas que devem ser adotadas pelo Poder Executivo no enfrentamento à pandemia de covid-19 com fundamento em ‘valores’ pessoais do intérprete que usa a Constituição Federal para legitimar suas decisões”²⁹.

No mesmo tom crítico, Oliveira e Furlan discorrem que a tese encampada pelo STF no julgamento das ADIS 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF, consistente em evitar o abuso do Poder Executivo pela não imputação de responsabilidade aos agentes públicos, carrega em si um risco compensatório, na medida em que permite que o Judiciário delibere sobre as decisões racionalmente arbitrárias do Poder Executivo e pratique, ele mesmo, tais decisões. “Em outros termos, quando buscou ‘tapar’ um buraco, criou outro, só que para o próprio Judiciário.”³⁰

Outro caso polêmico julgado pelo STF na pandemia se deu na ADPF 635/RJ³¹, de relatoria do ministro Edson Fachin, em que o Partido Socialista Brasileiro (PSB) questionou os decretos estaduais 27.795/01 e 46.775/19, que regulamentam as políticas de segurança pública do governo do estado do Rio de Janeiro. Segundo o partido político proponente, desde abril de 2020 houve aumento no número de operações policiais no estado do Rio de Janeiro e, ao mesmo tempo, excessiva e

crescente letalidade da atuação das forças de segurança que, em tese, estariam violando preceitos fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, o direito à igualdade e a prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do Estado.

A corte excelsa, por maioria, ao referendar a medida cautelar deferida na ADPF 635/RJ, determinou que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não fossem realizadas operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia da covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, fossem adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Ademais, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, em conjunto com seis partidos políticos (PSB, PSOL, PCDOB, REDE, PT e PDT), ajuizou a ADPF 709/DF³², de relatoria do ministro Roberto Barroso, em que os autores argumentaram que haveria falhas e omissões do governo federal no combate ao novo coronavírus nas aldeias indígenas. Assim, com base nessas razões, requereram a adoção, por parte do Executivo Federal, de medidas de proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRCS), bem como de adoção de medidas mais amplas voltadas à saúde dos povos indígenas em geral.

Neste passo, o STF, por maioria, ao cancelar a medida cautelar parcialmente deferida pelo relator na ADPF 709/DF, determinou à União

Quanto aos povos indígenas em isolamento, foi determinada a criação de barreiras sanitárias que impedissem o ingresso de terceiros em seus territórios e a criação de sala de situação, para gestão de ações de combate à pandemia

que formulasse, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da covid-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Quanto aos povos indígenas em isolamento, foi determinada: (I) a criação de barreiras sanitárias que impedissem o ingresso de terceiros em seus territórios e; (II) a criação de sala de situação, para gestão de ações de combate à pandemia. No que tange aos povos indígenas em geral, ordenou: (I) a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (INFRA), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas; (II) imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas; e (III) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados.

A respeito disso, Kaufmann averba que as ADPFS, em razão de sua abertura de objeto e por ter como paradigma o conceito amplo de “preceito fundamental”, têm sido utilizadas como “ações coringas” para se discutir toda e qualquer matéria. Ressalta também que, juntamente aos pedidos amplos, “estão também alegações genéricas e panfletárias que apenas se prestam para emoldurar ímpetos de ativismo judicial até agora irrefreáveis”³³. Esse arranjo observado nas ADPFS daria aos ministros plenos poderes de gestão administrativa e de produção normativa, como ocorreu no caso da ADPF 709/DF, em que os ministros teriam se transformado em verdadeiros implementadores de políticas públicas³⁴.

Nessa mesma toada, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propuseram a ADPF 756/DF³⁵, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em que narraram o caos na saúde pública no estado do Amazonas, sobretudo na capital, Manaus, diante da situação de contaminação e agravamento de casos de covid-19, quadro esse piorado em razão da falta de insumos básicos, como oxigênio hospitalar e mão de obra qualificada. Em acréscimo, asseverou que o governo federal não estaria cumprindo com o seu dever de efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos amazonenses e manauaras, falhando na garantia ao direito básico à vida, bem como à saúde e, ao fim, à própria dignidade da pessoa humana.

Por unanimidade, o STF, ao referendar a medida cautelar concedida pelo ministro Ricardo Lewandowski no âmbito da ADPF 756/DF, em 15 de janeiro de 2021, determinou à União que promovesse, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências, devendo também apresentar à corte, no prazo de 48 horas, um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros, devendo atualizar o plano em questão a cada 48 horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.

Entrementes, nas ADIS 6.586/DF³⁶ e 6.857/DF³⁷, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) acionaram o STF para que fosse conferida interpretação conforme os arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198 da Constituição Federal ao art. 3º, inc. III, alínea *d*, da Lei 13.979/20. Em suas razões, alegam os autores que o presidente da república havia declarado publicamente que a vacina contra a covid-19 não seria obrigatória no país, contrariando a opinião de médicos infectologistas, que consideraram que o seu emprego é fundamental para preservar vidas e atingir a denominada “imunidade de rebanho”. Sustentam, igualmente, que o art. 3º, inc. III, alínea *d*, da Lei 13.979/20 prevê a possibilidade de vacinação compulsória, desde que seja determinada com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde.

Após analisar os argumentos alinhavados nas ADIS 6.586/DF e 6.857/DF, o STF, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos termos do voto do relator, autorizando a vacinação compulsória durante a pandemia, fixando, porém, as seguintes balizas: (a) vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio

de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (I) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (II) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (III) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (IV) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (V) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (b) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos estados, Distrito Federal e municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Ademais, o STF se deparou com mais uma ação relacionada à pandemia da covid-19, o MS 37.760/DF, de relatoria do ministro Roberto Barroso, impetrado pelos senadores Alessandro Vieira (CIDADANIA) e Jorge Kajuru (PODEMOS), ajuizado em 11 de março de 2021, visando à obtenção de provimento jurisdicional, para que o presidente do Senado adote as providências necessárias no sentido de instaurar comissão parlamentar de inquérito (CPI) para a apuração de eventuais atos omissivos e comissivos do governo federal no cenário de crise de saúde pública deflagrado pela pandemia de covid-19, em especial no agravamento da crise no Amazonas com a falta de oxigênio e insumos hospitalares para os pacientes internados. Argumentam também que a instauração de inquérito parlamentar, uma vez satisfeitos os seus requisitos constitucionais, é direito fundamental da minoria parlamentar e que a recusa do presidente da casa legislativa em proceder à leitura do requerimento de instalação da CPI viola direito líquido e certo dos seus subscritores.

A par disso, em julgamento realizado em 14 de abril de 2021, o STF, por decisão majoritária, referendou a medida cautelar anteriormente deferida pelo relator no MS 37.760/DF, para determinar ao Senado a adoção das providências necessárias à criação e instalação da comissão parlamentar de inquérito para a apuração da conduta do Executivo Federal no enfrentamento da pandemia de covid-19. Conforme assentou o relator, a instalação de uma CPI não está vinculada a um juí-

zo discricionário do presidente ou do plenário da casa legislativa, assim, “não pode o órgão diretivo ou a maioria parlamentar se opor a tal requerimento por questões de conveniência e oportunidade políticas. Atendidas as exigências constitucionais, impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito”.

Mais recentemente, o Partido Social Democrático (PSD), por meio da ADPF 811/SP³⁸, ajuizada em 19 de março de 2021, questionou a constitucionalidade do Decreto 65.563 do estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e outras atividades religiosas naquele estado. Discorre o requerente, em síntese, que, a pretexto de instituir medidas de contenção à transmissão do novo coronavírus, o decreto impugnado estabeleceu restrições totais ao direito fundamental à liberdade religiosa e de culto das religiões que adotam atividades de caráter coletivo, criando tanto proibição inconstitucional quanto discriminação inconstitucional, haja vista a existência de práticas religiosas que não possuem ritos que envolvem atividades coletivas.

O STF determinou à União que promovesse, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus

Em 8 de abril de 2021, o STF, por maioria, ao converter o julgamento do referendo à liminar em julgamento de mérito, julgou improcedentes os pedidos formulados na ADPF 811/SP, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes, mantendo a proibição temporária da realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas presenciais no estado de São Paulo, como medida de enfrentamento à pandemia de covid-19. O tribunal firmou entendimento no sentido de que, em um contexto de pandemia, a imposição de restrições pelo estado ao exercício das atividades religiosas coletivas não fere o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes ponderou que a lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, “a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada”.

Por fim, aportaram ao STF outros três processos emblemáticos relacionados à pandemia da covid-19, em que todos questionavam a realização da Copa América de Futebol no Brasil, que se iniciaria no domingo seguinte, dia 13 de junho de 2021, com jogos no Rio de Janeiro/RJ, em Cuiabá/MT, em Goiânia/GO e em Brasília/DF, alegando riscos à saúde pública e de disseminação da pandemia. Em sessão virtual extraordinária realizada imediatamente na quinta-feira (10 de junho de

O tribunal firmou entendimento no sentido de que, em um contexto de pandemia, a imposição de restrições pelo estado ao exercício das atividades religiosas coletivas não fere núcleo essencial do direito

2021) anterior ao início do torneio, o plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou as três ações.

Inicialmente, a ADPF 849/DF³⁹, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM), questionava a decisão do governo federal de sediar a Copa América de Futebol e pedia a suspensão do acordo com a Confederação Sul-Americana de Futebol (Conmebol) que teria autorizado sua realização, sendo que o tribunal, por unanimidade, acompanhou o entendimento da relatora de que a CNTM não tem legitimidade para ajuizar a ADPF, em razão da ausência de pertinência temática entre seus objetivos estatutários, que visam à defesa de metalúrgicos, mecânicos e trabalhadores de material elétrico, eletrônico e de informática, e a eventual realização de jogos do torneio.

Na ADPF 756/DF⁴⁰, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou pedido de tutela incidental para a interrupção de qualquer ato do governo federal que viabilize a realização da competição no país. *In casu*, por 6 votos a 5, prevaleceu a rejeição integral do pedido. De acordo com o ministro Marco Aurélio, o STF não pode substituir o Poder Executivo e exercer crivo sobre a decisão de caráter estritamente administrativo, sinalizando como se deve proceder para definir a realização ou não de evento no país. Além disso, as fronteiras continuam abertas e estão sendo realizados torneios de fu-

tebol, como o Campeonato Brasileiro, a Copa Brasil e a Libertadores da América, com a participação de times nacionais e estrangeiros, sem a presença de torcedores nos estádios.

Finalmente, no MS 37933/DF⁴¹, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o deputado federal Júlio Delgado (PSB-MG) buscavam em sede de mandado de segurança a suspensão de atos legais e administrativos do governo federal que permitiam, promoviam ou facilitassem a realização do torneio no Brasil. Também nesse caso, o tribunal, por maioria, negou seguimento ao mandado de segurança, nos termos do voto da relatora, vencidos os ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Considerações finais

A situação da alta judicialização do direito à saúde no Brasil reflete normalmente a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível, na constante busca pela preservação da dignidade da pessoa humana, o que denota a urgência em se repensar a prestação do serviço de saúde pública no país e a implementação de medidas que proporcionem uma mudança definitiva do panorama atual.

É sabido que a jurisdição constitucional funciona como um mecanismo tutelador da supremacia constitucional e que foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal, de forma expressa no art. 102, caput, da lei fundamental, o papel de seu guardião, o principal garantidor de sua supremacia no ordenamento jurídico e o órgão a quem incumbe a última palavra formal quanto à sua interpretação. Com efeito, das dezenas de competências constitucionalmente atribuídas ao STF, as que, sem dúvida, mais se destacam são aquelas afetas diretamente à jurisdição constitucional.

Da mesma forma, há que se consolidar que os direitos de prestação devem ser oferecidos à população balizados pelo princípio da eficiência, estampado no caput do art. 37 da carta constitucional de 1988. Disso decorre que a saúde deve ser prestada de acordo com os parâmetros de alcance de resultados otimizados, presteza e eficiência.

Pois bem, assentadas essas premissas, em conclusão, em função de uma certa percepção de ativismo judicial de alguns doutrinadores ou segmentos sociais no que tange à atuação do STF na pandemia e da manifesta equivocidade que gravita em torno desse termo, não se verificou até agora, a nosso ver, nenhum excesso judicial da corte suprema nessa temática, porquanto ela, uma vez provocada, tem atuado nos estritos limites de sua competência constitucional dirimindo todas as querelas atinentes à saúde que chegam ao seu conhecimento.

Nota

1. Wanderlei José dos Reis. Pós-doutor e doutor em direito. Mestre em Direito Constitucional. Doutorando em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro titular-vitalício da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). É juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso. Ex-delegado de polícia e ex-militar de carreira do Exército.
2. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.
3. *Idem*, p. 77-78.
4. Em outra obra, em que Novais também trata dos direitos fundamentais, explora suas dimensões objetiva e subjetiva e os denomina de direitos de liberdade, distinguindo-os dos direitos sociais (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 49).
5. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.
6. DIREITOS NA PANDEMIA. Boletim n. 10. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

7. BRASIL. STF. ADI n. 6.341/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 15.04.2020, publicado em 07.05.2020.
8. MORAIS, Frank Silva de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do Supremo Tribunal Federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Tese, 255f. (Doutorado em Direito Constitucional). Orientador: André Luiz Costa Correa. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), junho de 2020. In: *Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações*. Disponível em: http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFOR_ed1396f136d72c573aed66989915304d. Acesso em: 15 abr. 2021.
9. CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e *lockdown*: Judiciário em tempos de pandemia. In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coord.). *Ativismo Judicial em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 166-167.
10. SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 — uma retrospectiva. 15 de janeiro de 2021. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>. Acesso em: 14 abr. 2021.
11. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Desinformação e a hostilidade para com o Direito: o caso da CPI da Covid. 9 de abril de 2021. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/streck-oliveira-desinformacao-hostilidade-direito>. Acesso em: 14 abr. 2021.
12. BRASIL. STF. ADI n. 6.351/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09.04.2020, publicado em 14.08.2020.
13. BRASIL. STF. ADPF n. 668/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.
14. BRASIL. STF. ADPF n. 669/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.
15. STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. 29 de outubro de 2020. In: *Portal Periódicos da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC*. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacouridico/article/view/26595/15814>. Acesso em: 22 abr. 2021.
16. *Idem*.
17. BRASIL. STF. ADI n. 6.357/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 13.05.2020, publicado em 15.05.2020.
18. MENDES, Gilmar Ferreira. O Supremo Tribunal Federal e a pandemia da Covid-19. 26 de setembro de 2020. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>. Acesso em: 20 abr. 2021.

19. BRASIL. STF. ADPF n. 661/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 21.12.2020, publicado em 08.01.2021.
20. BRASIL. STF. ADPF n. 663/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 21.12.2020, publicado em 08.01.2021.
21. BRASIL. STF. ADI n. 6.421/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 03.06.2020.
22. BRASIL. STF. ADI n. 6.422/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 12.11.2020.
23. BRASIL. STF. ADI n. 6.424/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 12.11.2020.
24. BRASIL. STF. ADI n. 6.425/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
25. BRASIL. STF. ADI n. 6.427/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
26. BRASIL. STF. ADI n. 6.428/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
27. BRASIL. STF. ADI n. 6.431/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
28. CORRÊA. *Op. cit.* 166-167.
29. MEDINA, Janáina de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. *In: Research, Society and Development*, v. 10, n. 3, e9010313009, 2021, p. 15. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13009>. Acesso em: 23 abr. 2021.
30. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo. Uma breve crítica da tese do STF na ADI 6421 à luz da visão schmittiana de Adrian Vermeuele e Eric Posner. *In: Colloquium Socialis*. Presidente Prudente/SP, v. 04, n. 4, out./dez. 2020, p. 35. Disponível em: <http://journal.unoeste.br/index.php/cs/index>. Acesso em: 26 abr. 2021.
31. BRASIL. STF. ADPF n. 635/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 19.08.2020.
32. BRASIL. STF. ADPF n. 709/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 12.08.2020.
33. KAUFMANN, Rodrigo. Desfiguração e aprimoramento da jurisdição constitucional. 6 de março de 2021. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/observatorio-constitucionaldesfiguracao-aprimoramento-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 26 abr. 2021.
34. *Idem*.
35. BRASIL. STF. ADPF n. 756/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Liminar deferida em parte em 15.01.2021.
36. BRASIL. STF. ADI n. 6.586/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.

37. BRASIL. STF. ADI n. 6.587/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.
38. BRASIL. STF. ADPF n. 811/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 08.04.2021, publicado em 22.04.2021.
39. BRASIL. STF. ADPF n. 849/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.
40. BRASIL. STF. ADPF n. 756/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.
41. BRASIL. STF. MS n. 37933/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e *lockdown*: Judiciário em tempos de pandemia. In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coord.). *Ativismo Judicial em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.
- DIREITOS NA PANDEMIA. Boletim n. 10. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- KAUFMANN, Rodrigo. Desfiguração e aprimoramento da jurisdição constitucional. 6 de março de 2021. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/observatorio-constitucionaldesfiguracao-aprimoramento-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- MEDINA, Janaína de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. In: *Research, Society and Development*, v. 10, n. 3, e9010313009, 2021, p. 15. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13009>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Supremo Tribunal Federal e a pandemia da Covid-19. 26 de setembro de 2020. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- MORAIS, Frank Silva de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do Supremo Tribunal Federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Tese, 255f. (Doutorado em Direito Constitucional) Orientador: André Luiz Costa Correa. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Junho de 2020. In: *Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações*.

- ções. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_ed1396f136d-72c573aed66989915304d. Acesso em: 15 abr. 2021.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo. Uma breve crítica da tese do STF na ADI 6421 à luz da visão schmittiana de Adrian Vermeuele e Eric Posner. *In: Colloquium Socialis*. Presidente Prudente/SP, v. 04, n. 4, out./dez. 2020, p. 35. Disponível em: <http://journal.unoeste.br/index.php/cs/index>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 – uma retrospectiva. 15 de janeiro de 2021. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. 29 de outubro de 2020. *In: Portal Periódicos da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC*. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26595/15814>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Desinformação e a hostilidade para com o Direito: o caso da CPI da Covid. 9 de abril de 2021. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/streck-oliveira-desinformacao-hostilidade-direito>. Acesso em: 14 abr. 2021.

A necessidade de diálogo entre o direito das famílias e o direito societário

Carlos Alberto Farracha de Castro¹

Advogado. Mestre e doutor (UFPR)

Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro²

Advogada. Mestre em Science Politique (Ciências Políticas) pela Universidade de Paris 2 Panthéon-Assas

Introdução

NÃO RARO, CÔNJUGES (OU COMPANHEIROS) otimistas com um novo projeto de vida resolvem constituir um negócio na constância daquela união. Surge uma sociedade, geralmente de responsabilidade limitada³. Em outras ocasiões, esse projeto em comum autoriza que um dos companheiros invista em negócio próprio, tornando-se sócio, enquanto o outro empenhará seus esforços no lar ou atividade diversa⁴.

Todavia, infelizmente, em inúmeros casos, o projeto de vida comum resulta em fracasso. Mas não é só. Aquele casal não consegue chegar a um consenso, tornando a ruptura um malsinado litígio. A situação se agrava quando os negócios prosperam. Pois bem.

O desafio do presente texto (entre outros) é enfatizar como as malsinadas repercussões de uma ação de divórcio (ou dissolução de união estável) prejudicam as empresas. Por óbvio, o cônjuge não sócio (ou sócio) deve assegurar seus direitos patrimoniais. Do mesmo modo, não se pode compactuar com a utilização de pessoas interpostas ou sociedades fictícias⁵. Há que se encontrar limites e diálogos, mesmo porque a empresa é fonte de tributos, empregos, divisas, dentre outros benefícios para a sociedade em geral. Aqui reside o desafio. No mínimo, suscitar debates e críticas envolvendo tema sensível que diuturnamente nossos tribunais enfrentam.

I. A frustração de um projeto de vida

Os processos de família são delicados porque envolvem discussões que tratam não apenas de patrimônio, bens e dinheiro, mas também de sentimentos como amor, dor, rejeição e luto.

Muitas vezes discutem o fim de um projeto afetivo, da falha no projeto pessoal de ser feliz com seus familiares. Isso torna o direito das famílias mais complexo que qualquer outro ramo do direito. Complexo vez que, comumente, as demandas são um subterfúgio para uma verdadeira catarse emocional.

Infelizmente, o processo judicial de forma inconsciente (e muitas vezes, consciente) pode se transformar em um instrumento de vingança, onde não se busca a resolução dos conflitos, mas a destruição do outro. E terceiros acabam sendo levados para o centro do conflito, em especial quando o patrimônio comum é constituído de empresas com outros sócios.

II. Diálogo entre o direito de família e o direito societário

O direito das famílias⁶ estuda as diretrizes das relações familiares, inclusive busca resolver dilemas da dissolução de vínculo afetivo. Portanto, eventual leitura açodada e superficial pode levar à conclusão de que em nada se confunde com o direito societário⁷, que por sua vez é o ramo do direito que estuda as normas e princípios gerais aplicáveis tanto às sociedades como às associações. Todavia, razão alguma assiste a esse pensamento.

Afinal, em determinados casos, alguns casais constituem patrimônio no curso da união, o qual é materializado em quotas de sociedade limitada ou mesmo participações em sociedades por ações. Logo, havendo litígio, aquele que não se constitui sócio de determinada sociedade imediatamente busca a indisponibilidade daquelas quotas ou ações/participações, cuja pretensão em inúmeros casos encontra apoio nos tribunais⁸.

Não se pode dizer que não assista razão a eventual pretensão de indisponibilidade, uma vez que se pretende preservar direitos e evitar a

dilapidação do patrimônio. Todavia, há que se distinguir corretamente a natureza jurídica de participação social e o patrimônio da pessoa jurídica, o qual não se confunde com seus sócios. Pelo contrário. Aliás, a redação do art. 49-A do Código Civil sepulta qualquer pensamento em sentido diverso⁹.

Mesmo assim, a polêmica persiste nos tribunais, a exemplo da indisponibilidade indefinida de quotas de uma sociedade de responsabilidade limitada de propósito específico. Ora, segundo o art. 981, parágrafo único, do Código Civil, a pessoa jurídica pode nascer com prazo indeterminado ou determinado¹⁰.

Como o próprio nome diz, a sociedade com propósito específico¹¹ deriva de projeto determinado, a exemplo da construção de um determinado edifício, participação em concessão pública etc.¹² Finda a concessão ou concluído o empreendimento, pergunta-se: qual a razão de eventual indisponibilidade das quotas de um único sócio impossibilitar a extinção da sociedade, quando o próprio Código Civil, por intermédio do art. 1.034, II¹³, determina que exaurido o fim social impõe-se a dissolução da sociedade? Com o devido respeito, nenhuma. Afinal, o cônjuge ou companheiro nunca será sócio daquela pessoa jurídica¹⁴, máxime em se tratando de sociedade de pessoas¹⁵. Quando muito terá pretensões patrimoniais em face do outro. Nunca os direitos políticos de sócio. Logo, sua pretensão se limitará ao patrimônio daquele ex-cônjuge (companheiro) sócio, inclusive com perdas e danos, quando cabível. A literatura jurídica especializada respalda esse pensamento:

[A] importância da distinção entre as sociedades que têm por objeto de um ou mais negócios determinados e as demais reside em que, ultimados o negócio ou os negócios discriminados no contrato social, a sociedade deve extinguir-se, porque exaurido seu fim (CC, art. 1.034, II).¹⁶

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que os alimentos compensatórios só incidem quando o beneficiado não tem direito à futura meação

Portanto, nada justifica permanecer indefinidamente em atividade uma sociedade de propósito específico (SPE), cujo objeto social já se exauriu, com o objetivo único de assegurar eventual pretensão patrimonial e individual de sujeito não sócio (que nunca participará da sociedade) em detrimento dos demais sócios e regras societárias, mesmo porque simples exame (ou mesmo perícia) nos livros societários e demais documentos correlatos será suficiente para apurar os benefícios auferidos pelo cônjuge ou companheiro naquele empreendimento, visando posterior partilha, observado o regime jurídico eleito pelo casal.

Todavia, poder-se-ia dizer que, por força do art. 1.027 do Código Civil brasileiro¹⁷, o cônjuge/companheiro não sócio teria direito à meação dos lucros. É verdade. Sucede que para eventual obtenção desse benefício é indispensável postulação específica¹⁸, nada autorizando o juiz a decidir de ofício, ou seja, sem provocação. E mais, eventual pretensão nesse sentido não se constitui justo motivo para impedir a extinção da sociedade cujo objeto social se exauriu, sob pena de ofensa à norma positivada no art. 1.034, II, do Código Civil.

A situação se agrava com o advento dos denominados “alimentos compensatórios”. Os alimentos compensatórios são uma construção jurisprudencial, inspirada no direito europeu, sem previsão expressa em nossa legislação¹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que os *alimentos compensatórios* só incidem quando o beneficiado não tem direito à futura meação, ou seja, quando o casamento desfeito era submetido ao regime de separação de bens²⁰:

Recurso especial. Família. ação de exoneração de alimentos. Casamento sob o regime de comunhão universal de bens. Alimentada apta ao trabalho. Acordo de separação em que assumida obrigação alimentar. Pacto com natureza de constituição onerosa de renda vitalícia. Inaplicabilidade do art. 1.699 do Código Civil.

1. Tendo sido estabelecido, pela instância ordinária, que a prestação recebida pela ré, embora intitulada de alimentos, tem natureza de renda vitalícia (Código Civil arts. 803 e seguintes), ajustada, no acordo de separação, “como verdadeiro sucedâneo da partilha de

bens” a que faria jus, não se lhe aplica a disciplina do art. 1.699 do Código Civil, segundo a qual os alimentos são estabelecidos conforme a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.

2. Igualmente não se confunde tal prestação com a construção doutrinária dos “alimentos compensatórios”, cujo escopo, nos termos do decidido no Recurso Especial nº 1.290.313/AL (4ª Turma, relator Ministro Antônio Carlos Ferreira) volta-se a “*corrigir ou atenuar eventual desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da ruptura do vínculo conjugal, em relação ao cônjuge desprovido de bens e de meação.*” 3. Recurso especial não provido (REsp 1330020/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 23/11/2016).

Contudo, vários julgadores têm aplicado os alimentos compensatórios como direito ao recebimento dos frutos do patrimônio partilhável, administrado por apenas um dos cônjuges. Ou seja, o cônjuge que não está na administração da sociedade passa a receber valores mensais fixados pelo juiz, supostamente equivalentes a uma distribuição de lucros, porém sob a rubrica de “alimentos compensatórios”²¹. Essa forma de interpretação pode gerar uma duplicidade de recebimento sob a mesma rubrica.

Afinal, enquanto não exaurido o objeto social de determinada sociedade, é direito do cônjuge não sócio postular sua participação na distribuição de lucros do seu ex-cônjuge ou companheiro, segundo a norma positivada no art. 1.027 do Código Civil²². Todavia, há que se respeitar as normas societárias, cujos lucros são distribuídos anualmente, conforme deliberado em assembleia²³, ponderados os direitos dos acionistas e a necessidade de investimento no negócio. Em outras palavras, “o direito dos acionistas de participação nos lucros da sociedade está condicionado, em primeiro lugar, à existência de resultados positivos distribuíveis. Caso a sociedade não tenha ainda gerado lucro suficiente para comportar o pagamento de dividendos, o acionista não tem nenhum direito de crédito. Fez um investimento de risco, do

qual pode até mesmo nunca ter retorno”²⁴. Portanto, causam certa perplexidade decisões provenientes de litígios familiares determinando o pagamento mensal de lucros ao cônjuge/companheiro não sócio, em manifesta transgressão às regras de direito societário.

Enfim, os exemplos são múltiplos, mesmo porque infelizmente inúmeros jurisdicionados impetram ações societárias abusivas, na tentativa vã de solucionar divórcio ou dissoluções de união estável litigiosas. Todavia, o que não se pode desconsiderar é a função social da empresa, mesmo porque isso é princípio constitucional (art. 170, III, da CF/88)²⁵.

III. Função social da empresa – ponderação de interesses

A Constituição Federal constitui o alicerce de nosso sistema²⁶. Afinal, o estado democrático de direito se organiza juridicamente²⁷ por intermédio de um instrumento normativo, qual seja: a Constituição.

A aplicação e eficácia concreta da nossa carta magna, portanto, “deve ocorrer nas relações entre o Estado e os indivíduos, bem como nas relações interindividuais, abrigadas no campo civilístico. Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinário, que os tenha transposto para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre os indivíduos (a denominada eficácia direta)”²⁸.

Ao tratar da ordem econômica (art.170 e ss.), a Constituição Federal funcionaliza a atividade econômica para que auxilie na proteção da dignidade da pessoa humana. Conclui-se, pois, que “a Constituição de 1988, fundada no trabalho valorizado e na liberdade de iniciativa, insere a função social como um dos princípios da ordem econômica. Com isso, visou alcançar existência digna para todos”²⁹. Afinal, o exercício da atividade empresarial é a fonte de tributos, empregos, aumentando o grau de bem-estar, razão pela qual “a função social da empresa passa a ser filtro pelo qual as normas voltadas à atividade econômica organizada são interpretadas”³⁰.

Destarte, existindo conflito entre direitos meramente patrimoniais e egoísticos de cônjuge ou companheiro derivados de ação judicial litigiosa e a função social da empresa, por óbvio deve prevalecer esta última, sob pena de transgressão aos princípios constitucionais³¹.

Não se quer aqui deixar de proteger os direitos patrimoniais do cônjuge ou companheiro não sócio quanto a eventual partilha dos lucros de sociedade na qual seu ex-cônjuge ou companheiro integra os quadros sociais. Não é isso. Pelo contrário. Nosso ordenamento jurídico autoriza que se partilhe seus direitos e assim deve ser. Entretanto, o que se pretende esclarecer é que o princípio da ponderação de interesses exige que, em primeiro lugar, se proteja a empresa visando preservar sua função social, evitando assim que ações judiciais abusivas derivadas do insucesso de um relacionamento transgridam as normas de direito societário e desrespeitem os princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

Conclusão

É indispensável o diálogo entre o direito das famílias e o direito societário, de modo a assegurar a concretude e prevalência dos princípios constitucionais, a exemplo da função social da empresa, sem, contudo, descuidar da proteção dos direitos individuais envolvidos. Por óbvio, não se trata de tarefa fácil.

Notas

1. Carlos Alberto Farracha de Castro. Advogado. Mestre e doutor (UFPR). Presidente da Comissão de Estudos de Recuperação Judicial de Empresas e Falência da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro do Grupo “Virada de Copérnico”, da Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFPR. Autor dos livros: “Preservação da Empresa no Código Civil”, “Manual de Recuperação de Empresas e Falência”, dentre outros.
2. Vanessa Abu-Jamra Farracha de Castro. Advogada. Mestre em Science Politique (Ciências Políticas) pela Universidade de Paris 2 Panthéon-Assas. Especialista em Direitos Humanos – Institut International des Droits de L’Homme

- (Estrasburgo). Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/PR. Diretora Adjunta do Instituto Brasileiro de Direito de Família do Paraná (IBDFAM/PR).
3. Alguns levantamentos demonstram que a sociedade de responsabilidade limitada é a forma de sociedade mais comum no Brasil, correspondendo a quase 90% (noventa por cento) dos registros realizados.
 4. Segundo PONTES DE MIRANDA, esse costume é resultado da secular divisão do trabalho, onde a sócia mulher estava destinada a dedicar suas habilidades pessoais nos cuidados diários da vida doméstica e na criação dos filhos, enquanto ao esposo seguia a tarefa de representar a família e de ser responsável pelos encargos do matrimônio, abarcados esses compromissos pelo dever de sustento e de manutenção de toda a sua célula familiar” (in *Tratado de Direito de Família*, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 35)
 5. Aliás, essa situação não só autoriza um estudo específico, como extrapola o âmbito desse texto, o qual pauta-se na *boa-fé*, sem embargo que em casos de dolo, fraude e/ou má-fé indispensável a adoção medidas enérgicas. Nesse sentido: “*Simulação maliciosa. Negócios jurídicos celebrados com o fim de fraudar a meação da mulher. Utilização de empresa de fachada, sem condições econômicas e financeiras para celebrar os negócios. Nulidade. Evidenciado que por trás da empresa utilizada para a celebração dos negócios – compra e venda de imóveis, cessões de quotas sociais etc. – sempre esteve uma única e mesma pessoa com claro propósito de fraudar a meação da mulher, é de se reputar sem qualquer validade os negócios celebrados em nome da empresa de fachada, porquanto, em última instância, quem na realidade os celebrou foi aquele que a manipulava. Desprovemento dos recursos (TJRJ, 2ª. CCív., Ap. Cív.1.530/2001, Rel. Des. Sérgio Cavalieri, j.02.05.2001).* - 6. De modo proposital, denomina-se “Direito das Famílias”, uma vez que segundo os estudos dessa área do direito, somada análise multidisciplinar, a noção contemporânea de família compreende sentidos múltiplos. Em síntese “*o conceito de família modificou-se. Não se pode mais falar em família como resultado do pai, mãe e filhos provenientes do casamento. Afinal, a Constituição Federal também protege a união estável. Alberga, ainda, a família parental, ou seja, um dos pais e seus filhos, bem como as famílias anaparentais, constituídas somente poder filhos, sem a presença dos pais. Não se pode esquecer das famílias homoafetivas formadas por pessoas do mesmo sexo. Enfim, o rol constitucional é extenso*” (FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. *Travessia*, 1a. ed. Curitiba: Thapcom, 2021, p. 41).
 - 7. De acordo com o artigo 981 do Código Civil, “*celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com seus bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*”. Já a noção de sociedade comercial, segundo o professor J.M. Coutinho de Abreu, “é

- a entidade que, composta por um ou mais sujeitos (sócio(s)), tem um patrimônio autônomo para o exercício de actividade económica, a fim de (em regra) obter lucros e atribuí-los ao(s) sócio(s) – ficando este(s), todavia, sujeito(s) a perdas”* (in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. (coord. Jorge M. Coutinho de Abreu). Coimbra: Edições Almedina, 1º.v.: arts. 1º. a 84º, 2010. p. 38.
8. Divórcio C.C. Partilha – Tutela de urgência de natureza cautelar – Arrolamento e bloqueio de bens – Indeferimento – Inconformismo da autora – Parcial deferimento (bloqueio/arrolamento de metade das aplicações financeiras e bens discriminados na petição inicial, bem como das quotas sociais da empresa do casal) – Providência que agora parcialmente se defere que encontra amparo no poder geral de cautela e na regra dos artigos 301 e 305 do CPC e que, no caso concreto, mostrou-se justificada (face à alegação de que cabe ao varão a administração exclusiva do patrimônio do casal, aliada a notícia de dissipação de bens móveis comuns) – Risco de dilapidação do patrimônio comum que se faz presente – Precedentes (TJSP; Agravo de Instrumento 2183552-02.2021.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I – Santana – 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/08/2021; Data de Registro: 30/08/2021)
 9. Art. 49-A do Código Civil Brasileiro, “*A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.*”
 10. Art. 981 do Cciv, parágrafo único: “A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais *negócios determinados*”. (g.n)
 11. Conhecida no mercado como SPE;
 12. “A sociedade pode ser constituída tendo por objeto uma atividade econômica consistente na realização de um negócio determinado, como a construção de uma estação rodoviária, por exemplo; pode ser constituída, também, tendo por objeto uma atividade econômica que, além da construção da estação rodoviária, inclusive a venda ou a primeira locação das lojas nela edificadas” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 126).
 13. Art. 1.034. *A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: (..) II – exaurido o fim social, ou verificada a sua inexistência.*
 14. A respeito, dentre outros, ver: LEAL, Murilo Zanetti. *A Transferência Involuntária de quotas nas sociedades limitada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46 e ss.

15. A literatura jurídica, dentre outras classificações, divide as sociedades em pessoas ou capital. Na ótica de Haroldo Malheiros Duclerc VERÇOSA, “as sociedades chamadas “de pessoas” são aquelas nas quais é maior o peso das relações pessoais entre os sócios que o valor do capital por elas aportado. Nestas, a *affectio societatis* apresenta caráter predominante personalíssimo. Os sócios vêm a fazer parte da sociedade em vista das pessoas dos demais e vice-versa, não desejando fazê-lo com ninguém mais” (in *Curso de Direito Comercial*, vol.2. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 64). As sociedades de capital, por sua vez, são as sociedades na qual prevalece a contribuição financeira em detrimento da pessoalidade do sócio. Ou seja, quem possui a maioria do capital social com direito a voto administra a sociedade, a exemplo das sociedades por ações de capital aberto.
16. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, ob. cit., p. 126;
17. Art. 1.027 do Código Civil Brasileiro. *Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade*
18. “Art.141 do Código de Processo Civil, *O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa das partes*”.
19. NOZAY, Catherine. Il n’y a pas de vol entre époux »: la prestation compensatoire en droit français. *Droit et société* 2009/3 (n° 73), pages 725 a 745.
20. No mesmo sentido: REsp 1726229/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 29/05/2018 e REsp 1655689/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017.
21. Agravo de instrumento. Ação de partilha. Decisão interlocutória que deferiu alimentos compensatórios em favor da ex-cônjuge em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo. Insurgência do réu. defendida ausência de prova da atividade ou lucro da empresa, bem como do alegado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Teses rejeitadas. incontroversa aquisição das cotas sociais e ingresso do agravante na sociedade empresarial durante o casamento. Patrimônio que se sujeita à partilha de bens (arts. 1.658 e 1.660 do Código Civil). Prova documental encartada apta a demonstrar estar a empresa em atividade, inclusive com recebimento de pró-labore pelo agravante na condição de sócio-administrador. Alimentos ressarcitórios (Lei n. 6.478/1968) que possuem natureza de verba indenizatória (e não alimentar), destinados a compensar o ex-cônjuge pela utilização exclusiva por um dos consortes do patrimônio comum adquirido pelo casal. Requisitos do art. 300 do Código de processo civil preenchidos. Manutenção da decisão. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5034933-70.2020.8.24.0000, do Tribunal de

- Justiça de Santa Catarina, rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 25-03-2021).
22. Art. 1.027 do Código Civil Brasileiro. *Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.*
 23. “Enquanto não houve deliberação da sociedade a respeito da destinação dos lucros, o sócio tem mera expectativa de direito ao dividendo. Nas sociedades limitadas não há sequer direito a dividendos mínimos, diversamente do que ocorre nas companhias; é preciso que os lucros sejam destinados ao respectivo pagamento para que nasça o direito individual de cada sócio à respectiva participação, já que, como dito, a sociedade pode decidir dar-lhes outra destinação, como sua manutenção em reserva para novos investimentos, para absorção de prejuízos futuros, etc.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas*. 2. ed., rev.atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 (Coleção Tratado de direito empresarial, v. 2. coordenação Modesto Carvalhosa), p. 484.
 24. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – direito de empresa*, vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.339/334.
 25. Art. 170 CR/88. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade;
 26. Juarez de Freitas conceitua sistema como “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (FREITAS, Juarez de. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46).
 27. A respeito J. J. Gomes Canotilho ensina que “O Estado concebe-se hoje como Estado constitucional democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das ‘estruturas básicas de justiça’) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 43).
 28. MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 167.
 29. SOUSA, Sueli Baptista de. *Responsabilidade dos sócios na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 176.

30. POZZO, Emerson Luís Dal. *Paradigmas da função social da empresa em crise: da função social à função socioeconômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 149.
31. Nunca é demais lembrar que “o lucro é resultado do trabalho desenvolvido pela empresa quando no cumprimento de sua função social, e só assim deverá ser entendido como legítimo. Destarte, quando a obtenção de lucro (objetivo do empresário, sendo, pois interesse privado) e o cumprimento da função social da empresa (interesse público positivado) entrarem em conflito, deverá prevalecer o segundo, em atendimento ao interesse público e à norma jurídica” (FERREIRA, Leandro Taques; TEIXEIRA, Tarcísio. *Função social da empresa: conceito e aplicação*, *Revista de Direito Empresarial*, v.15, maio/jun./2016, p. 5).

Acesso à justiça, revolução tecnológica e competência delegada: reflexões sobre a inconstitucionalidade progressiva do art. 109, § 3º, da Constituição Federal e do art. 15, III, da Lei 5.010/66

Erinton Cristiano Dalmaso¹

Promotor de Justiça

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a competência delegada da Justiça Federal para a Justiça Estadual, principalmente observando a atual desnecessidade do instituto como forma de garantia de acesso à justiça na era digital. A revolução tecnológica não encontra barreiras físicas e geográficas, que outrora justificaram a adoção dessa delegação de competência. A total implantação dos processos eletrônicos, ou digitais, a prática de atos remotos e o uso das videoconferências dispensam a presença física, nos prédios dos fóruns, dos atores processuais e dos que porventura sejam chamados a intervir no processo. É aplicável a teoria da inconstitucionalidade progressiva conforme as estruturas digitais e acessos remotos avançam, tornando desnecessária a delegação. O trabalho remoto foi uma necessidade imposta pela atual pandemia do novo coronavírus e, de um momento para outro, a tecnologia revolucionou a prática funcional do trabalho judiciário. Esse caminho, sem retorno, dispensa a manutenção da chamada competência delegada, competindo à Justiça Federal absorver toda a demanda atinente à sua competência constitucional originária. É totalmente injustificada a manutenção desse instituto jurídico.

Introdução

O PRESENTE ESTUDO APRESENTA reflexões sobre a competência delegada da Justiça Federal para a Justiça Estadual, decorrente do acelerado desenvolvimento tecnológico e das novas formas de trabalho desenvolvidas na prática diária judicial.

Na primeira parte, o artigo exporá o conceito, o surgimento e as regras atuais da competência delegada, bem como apresentará estatísticas do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o impacto negativo à celeridade e efetividade da Justiça Estadual nas matérias de sua própria competência, em razão do relevante quantitativo de processos delegados em trâmite.

Na segunda, explica a gênese do instituto jurídico como forma de garantia de acesso à justiça dentro da primeira onda estabelecida por Cappelletti e Garth, por necessidade de superação das barreiras físicas e econômicas prejudiciais ao cidadão interiorano na busca da tutela de seus direitos perante a Justiça Federal, presente apenas nos grandes centros urbanos.

Na terceira, apresenta as formas modernas de trabalho advindas com a revolução tecnológica, também denominada de quarta revolução industrial, a partir das conclusões teóricas de Klaus Schwab, Jared Diamond e Yuval Noah Harari, para demonstrar a atual inexistência de barreiras de acesso à justiça que, no passado, justificaram a criação e manutenção da competência delegada.

Na quarta, sustenta a inconstitucionalidade progressiva da chamada competência delegada nos estados da Federação que já avançaram e concluíram a implantação dos processos digitais ou eletrônicos, tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal, adotando como parâmetro de análise o Estado do Paraná, e analisa a obrigatória proposição de demandas perante a justiça especializada federal.

1. Competência delegada da Justiça Federal para a Justiça Estadual

Desde a Constituição Federal de 1967, há previsão expressa de que, não obstante seja da Justiça Federal a competência para processar e julgar causas em que for interessada entidade autárquica federal de previdência social, o trâmite das ações a versar sobre benefícios previdenciários de natureza pecuniária pode ocorrer na Justiça Estadual *quando inexistir vara federal na comarca onde esteja domiciliado o segurado ou beneficiário*.

Com sutis alterações, a norma referente à delegação de competência no âmbito previdenciário, reproduzida no texto constitucional de 1988, perdurou até o ano de 2019 (art. 109, § 3º, da CF).

A partir da promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, a delegação de competência entre as Justiças Federal e Estadual sofreu significativa alteração, tendo sido facultado à lei ordinária delegar à Justiça Estadual a competência para as causas previdenciárias.

A Lei 13.876/19 (art. 3º), por seu turno, alterou a Lei 5.010/66 (art. 15, III) e delimitou a competência delegada em matéria previdenciária aos casos em que *a comarca de domicílio do segurado esteja localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) do Município sede de vara federal*.

O Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) realizou estudo quantitativo da judicialização em matéria previdenciária, cujo escopo foi reunir informações acerca do panorama da competência delegada no território brasileiro, considerando o volume de processos que tramitam na Justiça Estadual no ramo de direito previdenciário, excluídas as ações acidentárias.

Foi feita uma comparação entre os casos de competência delegada na Justiça Estadual com o total em tramitação na Justiça Federal, nos processos de mesma natureza. Na Justiça Estadual tramitam 14,1% de *todos os processos* de direito previdenciário em razão do instrumento da competência delegada².

No Estado do Paraná, *26,6% de todos os processos sobre direito previdenciário tramitam na Justiça Estadual*, sendo as seguintes co-

marcas com o maior volume de processos de competência delegada: Laranjeiras do Sul, *Cornélio Procópio*, Loanda, Terra Rica e Barracão³.

Na comarca de Cornélio Procópio, exemplificativamente, somados os processos “ativo”, “suspensão ou sobrestado” e “em instância superior”, para as 1ª e 2ª varas judiciais⁴, tem-se 2.519 (competência delegada), 2.661 (competência da fazenda pública) e 5.175 (competência cível)⁵. Isso implica, no universo de demandas, que aproximadamente 25% do total de processos em trâmite nessas varas estaduais se referem a demandas afetas à competência delegada federal.

No panorama da competência delegada, considerando o volume de processos que tramitam na Justiça Estadual no ramo de direito previdenciário, isso acarreta inegável *impacto negativo para a prestação jurisdicional naquelas matérias de competência tipicamente estadual*.

Essa distopia evidente constitui obstáculo à razoável duração dos processos de competência estadual e dos meios garantidores da celeridade de sua tramitação, apontando para a *necessidade de a Justiça Federal absorver todas as demandas previdenciárias e a definitiva superação do art. 109, § 3º, da CF, conforme demonstram os preceitos da revolução tecnológica aplicada ao sistema judicial*.

2. Acesso à justiça

O instituto da “delegação de competência” (aquela atribuída a órgão que não seria originalmente competente) se justificou pela Justiça Federal não se fazer presente em todas as comarcas da República e, sendo assim, para *vencer as barreiras geográficas impostas pela distância e viabilizar o acesso ao Judiciário*, entregou-se para a Justiça Estadual uma competência tipicamente federal. Com isso se equilibra o direito de acesso à justiça com as normas relativas ao pacto federativo nas demandas contra o INSS em que se postula algum benefício previdenciário, especialmente quando as barreiras da desigualdade obstem o reconhecimento de direitos.

Está-se, aqui, naquilo que Cappelletti e Garth chamaram de “*primeira onda*” de acesso à justiça, ligada à “*barreira ao acesso*” por fato-

res econômicos desestimulantes (principalmente as custas judiciais, as despesas processuais, a penalidade da sucumbência e os honorários advocatícios) e à necessidade da assistência judiciária para “torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres”⁶.

A previdência social é um direito fundamental social do cidadão (art. 6º, *caput*, da CF) e seus atores são o “litigante eventual” (o beneficiário) e o “litigante habitual” (o INSS), baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Os litigantes habituais são, sem dúvida, mais eficientes que os eventuais, contando com o poderio econômico estatal e profissionais (procuradores) especializados com experiência judicial mais extensa.

A justiça deve ser igualmente acessível a todos. Contudo, já passadas mais de cinco décadas da organização da Justiça Federal de primeira instância (Lei 5.010/66), ainda não se concretizou a garantia do pleno acesso físico, posto que suas estruturas físicas se encontram apenas nos maiores centros. A carência estrutural para prestação do serviço judiciário federal e *as distâncias geográficas a serem percorridas pelos cidadãos das cidades mais interioranas*, com os inerentes gastos do deslocamento físico, impôs a facilitação de acesso mediante a possibilidade de litigar na comarca de sua residência através da delegação. Eram processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, todas as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não fosse sede da Justiça Federal.

Há dois anos, a Emenda Constitucional 103/19 transformou o § 3º do art. 109 da CF numa norma constitucional de eficácia limitada, conforme a tipologia de José Afonso da Silva, ao expressar que “lei poderá autorizar”. É também denominada de “norma não autoaplicável” ou “norma dependente de lei formal”, pois depende de uma lei ordinária para regulamentá-la, sem a qual não produzirá seus efeitos práticos.

A regulamentação veio logo na sequência pela Lei 13.876/19, com vigência a partir do dia primeiro de janeiro do ano seguinte (art. 5º, I). Estabeleceu *presunção de prejuízo de acesso à justiça apenas quando o município de residência do segurado distanciar mais setenta quilômetros de Município sede da Justiça Federal*.

Contudo, no durante e no pós-pandemia, *não há mais razão de manter limites físico-geográficos como critérios ou parâmetros de acessibilidade*, notadamente em razão do avanço tecnológico, dos processos eletrônicos, das audiências à distância e, agora, das videoconferências.

3. Revolução tecnológica

A tecnologia da informação nos coloca diante das maiores mudanças que o gênero humano já se deparou. A partir da década de 1990, a internet mudou o mundo e, então, o desenvolvimento tecnológico e biotecnológico avançou aceleradamente e veio a inteligência artificial, a nanotecnologia, o aprendizado de máquina, a computação quântica, a engenharia genética, a internet das coisas, a robótica avançada, o *big data* e as decisões por máquinas através de algoritmos (apenas para citar algumas).

Essa *revolução tecnológica*, denominada pelo economista alemão Klaus Schwab de “*a quarta revolução industrial*”, baseia-se na evolução digital e “alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”⁷.

As primeiras mudanças já vieram com redes sociais, aplicativos de trocas instantâneas de mensagens, ambientes virtuais, impressão em 3D, cibersegurança, plataformas digitais, processos judiciais eletrônicos, audiências remotas, videoconferências, estas últimas impactando diretamente na maneira do trabalho judiciário.

A tecnologia está remodelando o contexto econômico, social e cultural vivenciado, sendo certo que outros impulsos expressivos virão nas próximas décadas a moldar ainda mais o futuro da humanidade diante das descobertas científicas e das novas tecnologias, que parecem ilimitadas e de impossível previsão.

A tendência de digitalização, do acesso e uso de dados na era digital derrubou o “velho mundo” do Judiciário moldado a papel, carimbos e balcões de atendimento lotados, substituindo-os pelos processos eletrônicos ou digitais e balcões virtuais. As inovações nesse sentido vieram com a promulgação da Lei 11.419/06, sobre a informatização do

processo judicial, que fomentou (art. 8º) o desenvolvimento de sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos digitais, utilizando a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) trouxe uma seção específica à temática (arts. 193 a 199), acelerando o desenvolvimento digital da jurisdição e a prática eletrônica dos atos processuais.

Há mais de uma década iniciaram os processos judiciais digitais. Na Justiça Estadual paranaense o PROJUDI. Na Justiça Federal o EPROC. Hoje a instalação está finalizada e 100% dos novos processos são unicamente digitais.

A revolução tecnológica é inevitável e exige novas visões e conceitos. Não há escolha entre “aceitar e viver com ela” ou “rejeitar e viver sem ela”. A interação obrigatória e universal entre os domínios físico, digital e biológico constitui uma “nova espécie” de “imperativo categórico” kantiano. Todos devem se adaptar ao “*novo mundo digital*”, compreender suas vantagens e desenvolver meios contínuos de atualização aos avanços do ambiente virtual – sempre em rápida mudança –, a capacidade de aprender novas habilidades e abordagens dentro de uma variedade de contextos.

Os atores processuais, por questões sanitárias, passaram a trabalhar de casa e os que viessem a ser chamados a intervir no processo não mais precisaram se deslocar fisicamente ao fórum. As testemunhas são auscultadas no processo sem sair de casa ou do local de trabalho. Basta ter acesso à internet e instalação de aplicativos gratuitos no seu smartphone ou, se fatores econômicos impedirem este acesso, resolve-se tranquilamente com uma carta precatória eletrônica. A tecnologia digital não conhece nenhuma fronteira física.

Antes os depoimentos eram datilografados, passaram a ser digitados e impressos em papel, depois foram capturados por recursos audiovisuais, inclusive audiências conduzidas remotamente pelo juiz natural mediante cartas precatórias. Agora, o trabalho é mediante recursos virtuais sem ninguém mais precisar se deslocar. Essa notável aceleração tecnológica aplicada ao processo judicial somente foi possível em razão da conciliação entre o trabalho e o estado pandêmico.

A humanidade avança conforme o seu ritmo dito “normal”. Mas a ocorrência de três fatores – *guerra, epidemia e revoluções industriais* – fazem acelerar extraordinariamente processos que já estavam em curso.

Nas palavras do biólogo evolucionário Jared Diamond⁸, depois de analisar a evolução através da história, pontuou ele que são as “*armas, germes e aço*” que garantem a aceleração do desenvolvimento humano e tecnológico. Essa percepção apenas foi possível através de explicações *a posteriori* dos cursos causais e análise das cadeias contrastantes dos acontecimentos, conforme um dos muitos aforismos de que “a história é apenas um maldito fato atrás do outro”, pois nada passa de uma “massa de detalhes”.

A sociedade atual enfrenta um desses três fatos de aceleração. Foi justamente em razão da covid-19 (os “germes”) que o emprego massivo das tecnologias já existentes e o desenvolvimento de outras que certamente também serão empregadas na via judicial ocorreu, ocorre e ocorrerá.

Praticamente “de uma semana para outra” todos ficaram à distância e o trabalho passou integralmente ao ambiente virtual. Audiências presenciais foram substituídas por encontros virtuais mediante o recurso da videoconferência; por vezes semipresenciais conforme os índices de risco sanitário decresceram.

Essa mudança na forma de trabalho é *irreversível*, um caminho sem volta. Haverá certo grau de polarização, é evidente, marcado por aqueles que abraçam a mudança e aqueles que a recusam; isto é, aqueles que se adaptam ao novo modelo de trabalho e aqueles que resistem. Mas essa resistência é marcada e se resume ao que foi dito há mais de sessenta anos pelo economista John Maynard Keynes: “*A verdadeira dificuldade não está em aceitar ideias novas, mas em escapar das ideias antigas*”⁹.

Em todos os momentos turbulentos de grandes mudanças tecnológicas, pessoas, empresas e instituições sentem e temem a profundidade das alterações. Por isso se agarram “ao velho” e criam barreiras e oposições indevidas “ao novo”, pelos mais variados motivos. Normalmente o motivo é a pura ignorância de seus efeitos benéficos. *Não entendem que a revolução digital, ou quarta revolução industrial, é irretroativa. Tudo*

é uma questão apenas de tempo, isto é, de “quando” cada passo evolutivo ocorrerá.

De agora em diante, toda e qualquer atividade processual não só pode, como deve, ser realizada remotamente. É uma questão de tempo até todos se adaptarem, entenderem os benefícios e acatarem as mudanças impostas pelo “novo modelo de trabalho forense”.

Dentro deste estudo proposto, a manutenção da competência delegada para proporcionar acesso à justiça já desmoronou. O “*mundo digital*” possui *neutralidade geográfica*, permite maiores interações que *ultrapassam os limites físicos e dispensam a presença física, num mesmo ambiente*, do juiz, do promotor de justiça, do defensor público, do advogado. As fronteiras entre repartições e pessoas no âmbito judicial agora são artificiais e mostram-se cada vez mais contraproducente, com destaque à necessária especialização do serviço público.

Manter as regras de competência delegada da Justiça Federal para a Justiça Estadual não faz mais sentido, na maioria dos casos em razão da presença das estruturas digitais adequadas, justamente pela *ausência de impedimentos de acesso à justiça na era digital*. Manter e aplicar o art. 109, § 3º, da Constituição Federal e, por conseguinte, o art. 15, III, da Lei 5.010/66 é socialmente desnecessário.

4. Inconstitucionalidade progressiva

A revolução tecnológica e digital traz, inegavelmente, a necessária reflexão quanto à aplicação da teoria da *inconstitucionalidade progressiva*, já reconhecida pela jurisprudência do STF em relação ao art. 68 do CPP¹⁰ e ao art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50,¹¹ para o campo da *competência delegada*:

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que

se tornem inconstitucionais (STF, HC 70514, Relator(a): Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 Ement Vol-01875-03 PP-00450).

Uadi Lammêgo Bulos denomina o instituto jurídico da inconstitucionalidade progressiva de “*princípio da declaração de inconstitucionalidade da norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade*”. Explica que,

por intermédio desse princípio, o Supremo Tribunal Federal *não declara a inconstitucionalidade de uma norma que ainda está de acordo com a Constituição. Quer dizer, a norma tida como constitucional, a depender de certas condições, pode tornar-se inconstitucional*, e, mesmo assim, o Supremo não declara, em abstrato, a sua inconstitucionalidade. Trata-se, pois, de uma *flexibilização das técnicas de decisão no controle concentrado de normas* que permite à Corte reconhecer um *estado imperfeito de regularidade do ato*, e, nada obstante isso, *preservar sua constitucionalidade, em vez de invalidá-la*. (...) Isso demonstra a que o seu uso pode evitar a *declaração desnecessária da ilegitimidade da lei*.¹²

Ocorre a inconstitucionalidade progressiva – também denominada de *lei ainda constitucional* ou *situações constitucionais imperfeitas que tendem a inconstitucionalidade* – diante da falta de implementação de estruturas indispensáveis ao *afastamento da incidência* da norma. É um estágio provisório de constitucionalidade, no qual o ato legislativo está passando por um progressivo processo de inconstitucionalização. Conforme as estruturas adequadas forem concretamente implementadas, a norma deixará de ser aplicada porque está em trânsito para a inconstitucionalidade.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero também referem a aproximação da “*técnica da sinalização*”, empregada no direito estadunidense, em razão da *advertência* de a norma *ainda* ser constitucional:

Mediante essa técnica, *sinaliza-se para a provável revogação* do precedente no próximo caso similar a ser apreciado pelo Tribunal,

*dando-se ciência ao corpo de advogados de que o precedente se encontra desgastado, desprovido de força e autoridade, não merecendo confiança da classe profissional nem dos litigantes. (...) em virtude da alteração das circunstâncias fáticas, a Corte poderia vir a declarar a inconstitucionalidade da norma. Basta perceber que não se estaria diante de técnica destinada a proteger a confiança, mas de afirmação fundada na constatação da natureza eminentemente transitória do direito. Evidencia-se que decisões podem declarar uma mesma norma constitucional e inconstitucional, conforme as circunstâncias de fato com ela envolvidas.*¹³

Seria uma espécie de “via de mão dupla” legislada, pois, com essa técnica, a norma não é expurgada do ordenamento jurídico, permanece de uso possível conforme as circunstâncias fáticas evoluam ou retraiam. Portanto, consiste num “estágio intermediário”, de caráter transitório, entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade (e vice-versa).

Aplicada a teoria da inconstitucionalidade progressiva ao tema em estudo, conforme a revolução tecnológica para o “mundo digital” judiciário, a competência delegada dentro das atuais circunstâncias fáticas, especialmente no Estado do Paraná, foi alcançada pela inconstitucionalidade.

A implantação total do processo judicial eletrônico (EPROC) pela Justiça Federal impõe o *mediato reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 15, III, da Lei 5.010/66* e a não aceitação da distribuição de novos processos pela Justiça Estadual.

No tocante à norma constitucional, a atual redação do art. 109, § 3º, foi estabelecida pelo poder constituinte derivado, através da Emenda Constitucional 103/19, permitindo o seu controle de constitucionalidade, por também se tratar de uma situação constitucional imperfeita.

O controle de constitucionalidade de emendas é admitido pela jurisprudência do STF: “Não há dúvida de que, em face do nosso sistema constitucional, é esta Corte competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional”¹⁴.

O STF vincula o controle de constitucionalidade das emendas a ofensa das ditas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF). Contudo, essa

vinculação decorre dos precedentes até então analisados pela corte constitucional, a qual ainda não foi chamada a se pronunciar sobre a tese da inconstitucionalidade progressiva de normas incluídas pelo processo de reforma constitucional.

A evolução do pacto constitucional deve ser a regra, sob pena de se criar um choque de gerações decorrente de normas obsoletas, que pode até mesmo conduzir a esclerose do texto constitucional em decorrência da revolução tecnológica e digital.

Pontua Canotilho que

o verdadeiro problema levantado pelos limites materiais do poder de revisão é este: *será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras que se colheram dos writings de Thomas Jefferson: “uma geração de homens tem o direito de vincular outra?”* A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. *Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, consequentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa.*¹⁵

A situação constitucional imperfeita não implica a nulidade do texto normativo e seu afastamento definitivo do ordenamento jurídico. A norma permanece como está, mas sua eficácia é suspensa pontual e paulatinamente, seu novo uso é latente conforme variantes estruturais futuras, caso seja necessário.

Na atualidade, a real situação prática no Estado do Paraná demonstra estar obsoleto o art. 109, § 3º, da Constituição, de uso desnecessário, pois todo o estado possui ampla e adequada cobertura da transmissão de dados via internet. O causídico pode peticionar de seu escritório via EPROC da Justiça Federal, de qualquer município do Brasil, inclusive do exterior, com geração de recibo do protocolo eletrônico por inteligência artificial do sistema (art. 10 da Lei 11.419/06) e, assim, litigar em desfavor do INSS perante a Justiça Federal especializada para as questões previdenciárias.

É inviável, hoje, diante da acelerada evolução dos meios digitais, inclusive com audiências virtuais, sustentar argumento no sentido da necessidade de norma constitucional ou infraconstitucional para facilitar o acesso à justiça por razões de distanciamento físico da residência do beneficiário a alguma sede da Justiça Federal. Inclusive, se for indispensável realizar algum ato processual diretamente na comarca do respectivo município de residência da parte, a Justiça Federal poderá expedir uma carta precatória eletrônica para tal finalidade (art. 7º da Lei 11.419/06). É o que traz Kildare Gonçalves Carvalho: “Ocorrendo *mudança no plano fático*, verifica-se o fenômeno denominado de inconstitucionalidade progressiva, é dizer, *a lei, que nasceu constitucional, vai transitando para a esfera da inconstitucionalidade*, até tornar-se írrita”¹⁶.

Através deste processo de inconstitucionalização de normas é que se consegue manter o sincronismo entre a legislação e a realidade social, cuja evolução é contínua e se dá em ritmo avassalador.

Portanto, o processo judicial digital, o avanço tecnológico na transmissão de dados e a realização de atos processuais a distância permite, tranquilamente, concluir pelo atual *estado de inconstitucionalidade do instituto da competência delegada*.

Conclusões

Não há reduções de texto a se fazer na Constituição Federal ou na Lei 5.010/66, mas sim correções interpretativas, evolutivas e atualizadas da questão posta sobre a competência delegada à luz das novas tecnologias.

Longe de querer encerrar o debate, sobretudo em razão das plurais realidades locais de acessibilidade no grande território brasileiro que justificam a existência de processos físicos e presença pessoal ao fórum, mas, antes, apenas com a intenção de externar pensamentos decorrentes da prática funcional e de fomentar maiores debates sobre a real desnecessidade da manutenção do instituto jurídico nos estados federados mais avançados em termos de acessibilidade da tecnologia de dados, tal como é a realidade paranaense.

Nada obstante, as reflexões decorrentes do presente estudo permitem alcançar algumas conclusões acerca do tema proposto:

(a) A competência delegada foi objeto da Constituição Federal de 1967, mantido pela carta de 1988, e, ultrapassado o quinquagésimo sétimo aniversário do instituto, atualmente guarda maior valor histórico do que prático.

(b) Ao seu tempo foi justificada em razão do distanciamento geográfico entre o município de residência do cidadão a sede da Justiça Federal presente apenas nos grandes centros, para garantia de acesso à justiça em razão do processo judicial físico (em papel) e a indispensável presença física do juiz, do promotor de justiça, das partes e seus advogados, das testemunhas e dos demais intervenientes processuais.

(c) Enorme impacto negativo à efetividade e celeridade da Justiça Estadual, nas muitas matérias de sua competência originária, decorre também dessa delegação federal, pois relevante quantidade de processos atualmente em trâmite versa sobre temas originais da Justiça Federal.

(d) A presença da Justiça Federal apenas nos grandes centros, ainda que com o lenitivo trazido pelo art. 5º, I, da Lei 13.876/19, foi incapaz de absorver toda a demanda delegada para a Justiça Estadual em razão de ainda existirem cidades interioranas com maior distância de uma vara federal.

(e) A revolução tecnológica, os novos meios de comunicação, a acessibilidade da internet na transmissão de dados, enfim, o “novo mundo digital”, neutralizam as barreiras físicas e geográficas, permitindo o mais amplo e adequado acesso à Justiça Federal, especializada nas causas objeto da delegação de sua competência.

(f) Não faz mais sentido, pela ausência de impedimentos de acesso à justiça na era digital, manter e aplicar o art. 109, § 3º, da Constituição Federal e, por conseguinte, o art. 15, III, da Lei 5.010/66.

(g) A inconstitucionalidade progressiva revela que as normas que estabelecem a delegação de competência estão em processo de inconstitucionalização conforme os meios digitais avançam para o processo eletrônico e a realização de atos processuais remotos ou totalmente virtuais.

(h) A realidade no Estado do Paraná, no qual todos os processos novos são integralmente digitais, tanto na Justiça Estadual (PROJUDI) como na Justiça Federal (EPROC), demonstra a completa superação no direcionamento das demandas federais pelo permissivo constitucional da delegação.

(i) Eventual necessidade da presença física de alguém que venha a ser chamado a intervir no processo é facilmente superada pela expedição de carta precatória eletrônica da Justiça Federal para a Justiça Estadual, onde se cederão as estruturas físicas dos fóruns estaduais para o juiz federal presidir o ato remotamente.

(j) Ocorrendo mudança no plano fático, tal qual na prática atual, verifica-se o fenômeno denominado de inconstitucionalidade progressiva das normas que nasceram constitucionais, que vão transitando para a esfera da inconstitucionalidade, até o completo afastamento da sua aplicação.

(k) O notável avanço tecnológico aponta reconhecer que a competência delegada do art. 109, § 3º, da Constituição Federal e do art. 15, III, da Lei 5.010/66 está em pleno curso de inconstitucionalidade.

(l) O processo judicial digital e a realização de atos processuais à distância permite o imediato afastamento e inaplicabilidade do instituto da competência delegada no Estado do Paraná, e em outros estados federados que também já alcançaram o desenvolvimento tecnológico aplicado ao processo judicial.

(m) Eventual processo que venha a ser distribuído perante a Justiça Estadual com fundamento no art. 109, § 3º, da Constituição Federal e no art. 15, III, da Lei 5.010/66 deverá imediatamente ser redirecionado para a Justiça Federal através da declinação de competência jurisdicional, não sendo mais permitido seu trâmite pela via delegada.

O processo judicial digital e a realização de atos processuais à distância permite o imediato afastamento e inaplicabilidade do instituto da competência delegada no Estado do Paraná

Notas

1. Erinton Cristiano Dalmaso. Mestrando em Direito Negocial (UEL), Especialista em Direito Penal e Processual Penal (UEL), Bacharel em Direito (UNOPAR). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), titular da 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Cornélio Procópio, com atribuições na Proteção ao Patrimônio Público, Proteção à Saúde Pública, Proteção ao Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fundações e Terceiro Setor, Reparação do Dano Resultante de Crime, Varas Cíveis e da Fazenda Pública e Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública.
2. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Competência Delegada: uma comparação entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal nas ações judiciais de direito previdenciário*. Brasília: CNJ, 2020. p. 17.
3. *Idem*, p. 59-60.
4. Arts. 118 a 123 da Resolução nº 93/2013 do TJPR.
5. Dados extraídos do PROJUDI (Processo Eletrônico do Judiciário do Paraná) no dia 02/set./2021.
6. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 165.
7. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 14.
8. DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades*. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.
9. RAZA, Cláudio. *A verdadeira dificuldade não está em aceitar ideias novas. Está em escapar das ideias antigas*. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/a-verdadeira-dificuldade-nao-esta-em-aceitar-ideias-novas-esta-em-escapar-das-ideias-antigas>. Acessado em: 10.set.2021.
10. STF, RE 135.328, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994, DJ 20-04-2001 PP-00137 Ement Vol-02027-06 PP-01164 RTJ Vol-00177-02 PP-00879.
11. STF, HC 70514, Relator(a): Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 Ement Vol-01875-03 PP-00450.
12. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 373.
13. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1246-1247.
14. STF, ADI 829, Relator(a): Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/1993, DJ 16-09-1994 PP-24278 Ement Vol-01758-01 PP-00062 RTJ Vol-00156-02 PP-00451.
15. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 943.
16. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 494.

O instituto da imunidade material parlamentar na CRFB/1988: o excesso da livre manifestação e o discurso de ódio

Maria Fernanda Viñas Kersting¹

Pós-Graduada em Direito Aplicado (*lato-sensu*) pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP)

Julia Heliodoro Souza Gitirana²

Graduada em Direito pela PUC/RJ

Resumo: Garantida no artigo 53 da Constituição Cidadã, a prerrogativa da imunidade material parlamentar carrega importante propósito, qual seja, a plena independência das funções laborais e políticas dos representantes democraticamente eleitos. Resta expresso na Constituição que os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser absoluta a imunidade material quando o parlamentar se encontrar nas dependências do Congresso Nacional. Entretanto, a problemática surge com a possibilidade do abuso dessa prerrogativa, com conseqüente propagação de discurso de ódio por parte do congressista, dada a força de seu palanque político. Por meio de levantamento bibliográfico, bem como análises jurisprudenciais e visando o método dialético de ponderação de princípios, o presente trabalho possui a finalidade de discorrer acerca dos limites traçados nas palavras do parlamentar, com eventual relativização do

entendimento da suprema corte. Funda-se a restrição da fala daquele que é protegido pela imunidade na possível violação dos direitos fundamentais à honra e dignidade da pessoa humana do receptor do discurso. Diante disso, é importante o estudo da ponderação dos direitos fundamentais com o instituto da imunidade parlamentar, para dessa forma não tornar referido instituto sinônimo de impunidade.

Introdução

É POSSÍVEL REALIZAR UMA ANÁLISE constitucional e política acerca do instituto da imunidade material parlamentar. A garantia constitucional em que o presente estudo será debruçado cuida, de forma objetiva, da pessoa do parlamentar e dos deveres atribuídos a esta. De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, o congressista usufrui da imunidade material de forma ilimitada quando está nas dependências do Congresso Nacional, não sendo necessário, quando da análise do caso, a existência de nexos causal nas palavras proferidas para com o exercício do mandato.

Diante disso, surge a pontuada discussão. Enquanto a garantia da imunidade material está prevista no art. 53 da Constituição e, para além, o próprio direito à liberdade de expressão está assentado ao longo dos incisos do art. 5º, também o direito à honra, a dignidade da pessoa humana e a não discriminação possuem semelhante influência na atual ordem constitucional. Uma situação condicionante à propagação do discurso intolerante é quando sua emissão se dá por parte do parlamentar.

Pela atualidade da situação exposta, que não encontra solução imediata para cessação de sua problemática, adota-se o tema aqui introduzido. A abordagem é tecida pelo método dialético, visto que se busca o debate para se encaminhar a uma solução, através do estabelecido em princípios, tratados internacionais e pela própria Constituição. Além disso, será desenvolvido levantamento doutrinário e pesquisa jurisprudencial para estudo de caso concreto, para melhor visualização do discurso de ódio em meio parlamentar.

1. A liberdade de expressão na Constituição Cidadã de 1988 e o critério da ponderação de princípios

Para Gilmar Mendes, Paulo Branco e Inocêncio Coelho³, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, pode ser considerada como a mais democrática e avançada na história constitucional brasileira, seja em virtude de seu processo de elaboração, seja em função da experiência cumulada pelos acontecimentos constitucionais pretéritos. Apesar das sete constituições brasileiras apresentarem formalmente a presença da liberdade de expressão, para Ingo Wolfgang Sarlet foi apenas sob a égide da atual Constituição que a liberdade de expressão encontrou o ambiente propício para sua efetivação, visto que foi escrita em moldes que visam o estado democrático de direito e também confrontar regimes ditatoriais⁴.

Neste sentido, a liberdade de expressão assume uma posição basilar para a concretização da democracia e do pluralismo, que são as bases do projeto constitucional brasileiro – *vide* art. 1º, inc. V, da CRFB/1988. Tanto é assim que, para Luís Roberto Barroso, a liberdade de expressão assume uma espécie de posição referencial quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais⁵. É importante salientar a colocação de José Afonso Silva, o qual denota que através da liberdade de expressão é possível aferir o grau do regime democrático de um determinado Estado⁶.

Como ensina Vladimir Brega Filho, tais direitos, também chamados de *liberdades públicas*, direitos individuais ou direitos civis e políticos, são classificados de primeira dimensão. Entre esses direitos estariam os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros) complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e pelos direitos de participação política⁷.

No Brasil, a liberdade de expressão é constitucionalmente prevista como direito fundamental positivado expressamente nos arts. 5º, incs. IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão propriamente dita) e XIV (acesso à informação), e 220, § 1º (liberdade de

informação), da CRFB/1988⁸. A plena autonomia para o seu exercício veda, apenas, o anonimato, como forma de evitar verbalização de discurso sem a devida responsabilidade. Da mesma forma que o sistema jurídico brasileiro entende que nenhum direito fundamental é ilimitado, a fruição da liberdade de expressão também contempla limites, pois está referida no sistema constitucional pelo princípio da legalidade.

Assim, a possibilidade de escolha, consoante art. 5º, II, da CRFB/1988, estará limitada pela integralidade do ordenamento jurídico; a) em normas constitucionais, quando terá que conviver com outros valores também prestigiados pela Constituição, como a dignidade humana e os direitos de personalidade; b) pelas normas infraconstitucionais que tipificam condutas ilícitas, determinadas pelo Código Penal e outros dispositivos, como a Lei 7.716/89, que aponta os crimes de preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião, entre outros.

Apesar da importância deste direito para a consagração do estado democrático de direito brasileiro, não se atribui no ordenamento jurídico pátrio à liberdade de expressão a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem se estabelece uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais⁹. Assim, vislumbra-se que um direito fundamental não poderá sobrepor-se a outro, pois não há direito fundamental absoluto e, ao serem percebidos em seu caráter principiológico, estão inseridos em um sistema normativo complexo, formado de regras e princípios em que a interpretação sistemática é crucial para sua certificação¹⁰.

Diante das demandas da doutrina constitucional contemporânea¹¹, não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a cada situação. Nesse sentido, Canotilho¹² explica que na colisão entre direitos fundamentais, um deles ou ambos podem também ser restringidos na ponderação. Confirmando tal constatação, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através da interpretação do art. 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, vêm reiteradamente destacando que a liberdade de expressão não é um direito absoluto.

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na

própria Constituição (art. 5º, § 2º, primeira parte). Neste sentido, o ministro Celso de Mello reconhece que em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se do método – que é apropriado e racional – da ponderação concreta de bens e valores¹³. A dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade é inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis ódios raciais.

Gilmar Mendes alega que não se desconhece, porém, que nas sociedades democráticas há uma intensa preocupação com o exercício da liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do *hate speech*. A doutrinadora Samanta Ribeiro Meyer-Pflug realiza uma orientação conceitual quanto ao discurso de ódio, sendo ele toda a manifestação de ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias sociais¹⁴.

A atitude de marginalização é um dos objetivos do discurso analisado, pois o desrespeito inerente das palavras proferidas reduz o ser humano à condição de objeto¹⁵. Para além da marginalização, há necessidade de diminuir o outro, por meio de crítica gratuita, não construtiva, e também verificando-se o dolo. É notável que o discurso de ódio em nada condiz com o ambiente de livre mercado de ideias, pois inviabiliza qualquer debate civilizado, visto que tende muito mais a um ataque do que a uma exposição livre de opiniões. Vale o destaque para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que serve para analisar e fiscalizar condutas de seus Estados-membros, além de garantir a preservação dos direitos humanos. No tocante ao tratamento do discurso de ódio, o TEDH estabelece a proibição a determinadas falas,

A atitude de marginalização é um dos objetivos do discurso analisado, pois o desrespeito inerente das palavras proferidas reduz o ser humano à condição de objeto

como as que incitam ódio em razão da raça, religião ou etnia. Referido tribunal é assentado na harmonização de valores, realizando o juízo da ponderação pelo princípio da proporcionalidade.

Entretanto, no que toca às falas proferidas por parlamentar, o tratamento da nossa suprema corte é diferenciado. Os representantes do povo, democraticamente eleitos, possuem o dever de expressar suas convicções em atividade parlamentar e, além disso, expressam os desejos políticos e morais daqueles que os elegeram, de forma que, assim, temos um estado democrático¹⁶. No intuito de garantir o amplo exercício dessa função, a Constituição brasileira estabeleceu o instituto da imunidade parlamentar material.

2. A ausência de tratamento jurídico da imunidade material em face do discurso de ódio

Considerados agentes políticos cujos direitos e obrigações originam-se da delegação recebida do povo por intermédio da eleição e, portanto, exercente de parcela da soberania popular, entende-se que o alcance das imunidades do deputado e senador, quanto à livre manifestação das suas ideias (incluídas aí opiniões e palavras) e do voto, a eles deferidas pela Constituição, deve ser o mais amplo possível¹⁷. A liberdade para o exercício do mandato, mais que um direito ou uma prerrogativa parlamentar, é decorrência do direito à liberdade de expressão, manifestada como uma liberdade de manifestação política individual¹⁸.

Assim, o parlamentar detém, no exercício do cargo, a garantia constitucional de exprimir suas ideologias de forma inviolável, tanto na esfera civil quanto penal¹⁹. De início, parece haver uma colisão de direitos fundamentais ao atribuir tamanha garantia de imunidade para um membro do Congresso Nacional. Todavia, em segunda análise, é esta a garantia funcional daquele que desempenha ofícios no Poder Legislativo, pois se não assim fosse, não havia forma de refletir os anseios do povo. É possível concluir também que o objetivo da imunidade material é a proteção do Poder Legislativo contra abusos, ataques e pressões que possa vir a sofrer dos outros poderes²⁰.

Não obstante, o instituto constitucional viabiliza o exercício qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) da liberdade de opinião – ainda que fora do recinto da própria casa legislativa –, desde que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*)²¹. Diante da garantia inerente à função daquele que representa o povo, com sua consequente possibilidade de proferir convicções quase que de forma ilimitada, surge a celeuma do presente trabalho.

Caso as manifestações do pensamento do congressista sejam externadas dentro da casa legislativa a qual está vinculado, o STF possui entendimento consolidado que dita imunidade é absoluta. Em tais casos sequer é necessário perquirir a existência de correlação entre o discurso tomado por ofensivo e o exercício da atividade parlamentar²². Nessa linha, a cláusula de inviolabilidade abrange também (1) as entrevistas jornalísticas, (2) a transmissão para a imprensa, o conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas casas legislativas, e (3) as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares²³.

Salienta-se que o indivíduo imune por suas palavras e votos possui visibilidade nacional, com grande poder de alcance à sua disposição, diante do palanque disponibilizado em tribuna. Ademais, o parlamentar é revestido de representação política, acarretando na credibilidade de seu discurso, que pode vir a servir de incentivo para reprodução de suas falas. Quando o discurso do congressista está consonante com discurso de ódio, não há ainda previsão na legislação vigente para seu impedimento.

Existem meios de estabelecer certos limites, como por exemplo, o Código de Ética e Decoro Parlamentar e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados; porém, nenhum dos diplomas são passíveis de adentrar em vias judiciais contra a pessoa do congressista. Os abusos às prerrogativas são frequentes, pois a regra da inviolabilidade nos discursos realizados dentro do parlamento ocasiona o não cabimento de

sindicabilidade judicial, cabendo tão somente a jurisdição censória da própria casa legislativa.

Os limites da atuação em razão do mandato nem sempre são claros, sendo alto o grau de subjetividade do tema, razão pela qual a atuação do Supremo Tribunal Federal mostra-se essencial para análise da conexão das declarações com as funções públicas do sujeito, em especial aqueles discursos proferidos fora do ambiente bicameral. É imperioso o exame não apenas das condutas em si, mas de todo o contexto que envolve o discurso do parlamentar, com sua possível desconformidade com os princípios da administração pública, regimento interno e Código de Ética. Para além, a eventual ofensa da dignidade da pessoa humana quando proferidos discursos de ódio contraria expressamente direitos fundamentais elencados na Constituição.

A falta de previsão constitucional acarreta uma proteção aos deputados e senadores, sendo um alibi na disseminação de palavras que visam denegrir a dignidade humana e o direito à igualdade de grupos definidos como minorias. Constrói-se desta forma uma estratégia coordenada de disseminação do discurso de ódio, visando empatia política através da grande visibilidade de ideias preconceituosas, objetivando a reunião de indivíduos com posições semelhantes sob a mesma égide, tentando legitimar a segregação e o preconceito²⁴. É possível que a imunidade parlamentar transmute de prerrogativa institucional em privilégio pessoal. Isso é inaceitável e inadmissível pela lógica e principiologia de um verdadeiro estado democrático de direito. Este panorama reflete as tendências de transformação do instituto da imunidade parlamentar na ordem contemporânea.

O direito à igualdade, em uma sociedade plural, implica justamente o respeito às diferenças, expressando uma normatividade no sentido de reconhecimento e proteção das minorias, que deve ser seguida ainda de forma mais rígida pelo representante democraticamente eleito. É imprescindível uma análise caso a caso para equilibrar a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, para não haver risco de alargar formas de censura para outros tipos de discurso. A restrição do discurso de ódio quando o emissor é a pessoa do parlamentar é mitigada, a ponto de haver manifestações discriminatórias.

Considerações finais

A irrestrita liberdade de expressão conferida ao parlamentar por meio da imunidade material vem acompanhada do risco do discurso ser encoberto com falas discriminatórias e segregacionistas. Embora o texto constitucional, os regimentos e os códigos de ética sejam claros ao enquadrar o abuso das prerrogativas como conduta incompatível com o decoro, eles são pouco objetivos. Pode-se auferir que são omissos na definição de quais são os limites estabelecidos nas prerrogativas e a partir de qual momento a conduta do congressista é abusiva.

Um parâmetro que pode ser utilizado para análise da eventual quebra de decoro, com a configuração do abuso de prerrogativa, é a figura do abuso de direito, consagrada no âmbito do direito civil, o qual pontua, no art. 187 do Código Civil, que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Logo, nenhum direito deve ser interpretado no sentido de autorizar o cometimento de condutas que visem a violação de outro direito ou liberdade, ou como fundamento para execução de atos moralmente injustificáveis, hostis a outrem.

Dentro de ambiente legislativo, uma das formas de sanar o desvio de finalidade da imunidade material é uma emenda à Constituição. O ideal, por óbvio, seria ir além da tolerância e alcançar uma atividade parlamentar efetivamente preocupada com a promoção de direitos e a proteção de uma sociedade plural.

Por fim, o que deve ser analisado no discurso do parlamentar é se este é orientado por uma posição ética, que visa a construção do espaço político. A verificação do discurso de ódio deve se dar por meio de critérios valorativos, em que a análise do caso concreto seja assegurada pela harmonia dos direitos fundamentais e pela garantia vital à democracia chamada de imunidade material parlamentar.

Notas

1. Maria Fernanda Viñas Kersting. Pós-Graduada em Direito Aplicado (*lato-sensu*) pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Bacharela em Direito pela FAE Centro Universitário. Realizou estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro de assessoria de gabinete de juiz junto ao TJPR. Endereço eletrônico: mariakersting@gmail.com.
2. Julia Heliodoro Souza Gitirana. Graduada em Direito pela PUC/RJ. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UTP. Mestra em Ciência Jurídica com área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Doutora em Políticas Públicas pela UFPR. Professora da Graduação do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Endereço eletrônico: julia.gitirana@gmail.com.
3. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártines. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 203.
4. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional – direitos fundamentais em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 504.
5. BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade – Colisão de direitos fundamentais e critérios da ponderação*. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 105-106.
6. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros Editora, 2010, p. 209.
7. BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 22.
8. A odem constitucional brasileira seguiu parâmetros jurídicos traçados em tratados internacionais, como exemplo: art. XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e no art. 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.
9. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit.*, p. 511.
10. FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. *Op cit.*, p. 349.
11. Segundo Luís Roberto Barroso, a doutrina constitucional contemporânea tem muitas vertentes, porém, em linhas gerais aponta as seguintes congruências: a) o reconhecimento da força normativa dos princípios; b) a revisão da doutrina clássica da separação de poderes por meio da co-produção do Poder Judiciário; c) a superação do formalismo e do princípio da subsunção do direito, cedendo espaços para técnicas como a ponderação de Robert Alexy e a Teoria da Argumentação. BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.
12. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 1276.

13. Supremo Tribunal Federal – HC nº 82.424/RS, Relator: Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 17/09/2003, Data de Publicação: DJe 19/03/2004, págs. 1-3.
14. MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 146.
15. SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. 2007, p. 51. Dissertação. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS, Belo Horizonte. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf >. Acesso em: 10 jun. 2020.
16. SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade parlamentar à luz da Constituição Federal de 1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p. 17.
17. BRITO, Orlange Maria. *Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35, de 2001*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, nº 173, 2007, p. 240-242.
18. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, págs. 69-72.
19. Nestes termos, a Seção V da CRFB/88, que trata dos Deputados e Senadores, inserida no Capítulo I, do Poder Legislativo, anexo ao título IV, da Organização dos Poderes, expressa em seu art. 53: *Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*.
20. SANTOS, Divani Alves dos. *Op cit.*, p. 37.
21. Supremo Tribunal Federal – Pet 3.686 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 28.08.2006, Data de Publicação: DJe 31.08.2006 PP - 00035, págs. 1-6.
22. Supremo Tribunal Federal – Pet 5.626/DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 17.04.2018, Data de Publicação: DJe 27.04.2018.
23. Supremo Tribunal Federal – Inq. 2.874 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 20.06.2012, Data de Publicação: DJe 01.02.2013.
24. LENZ, Fernanda Schirmer. *O tratamento jurídico da imunidade parlamentar em face do discurso de ódio: um conflito não previsto pela Constituição de 1988*. Curitiba, CRV, 2017, p. 137-161.

Referências

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pet 5.626/DF*, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 17.04.2018, Data de Publicação: DJe 27.04.2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inq. 2.874 AgR*, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 20.06.2012, Data de Publicação: DJe 01.02.2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade – Colisão de direitos fundamentais e critérios da ponderação. Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III

- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BRITO, Orlange Maria. Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35, de 2001. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, n. 173, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- LENZ, Fernanda Schirmer. *O tratamento jurídico da imunidade parlamentar em face do discurso de ódio: um conflito não previsto pela Constituição de 1988*. Curitiba, CRV, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártines. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SANTOS, Divani Alves dos. *Imunidade parlamentar à luz da Constituição Federal de 1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional – direitos fundamentais em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

A (in)aplicabilidade do Enunciado 135 do Fonaje nos juizados especiais cíveis à luz da jurisprudência das turmas recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Fernando Rokiskei Suchek¹

Especialista em Direito Aplicado (*lato sensu*) pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP

Maria Roseli Guieessmann²

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: O Enunciado 135 do Fonaje prevê que “o acesso da microempresa ou empresa de pequeno porte no sistema dos juizados especiais depende da comprovação de sua qualificação tributária atualizada e documento fiscal referente ao negócio jurídico objeto da demanda”. No presente artigo científico será analisada a aplicação do Enunciado 135 do Fonaje no âmbito dos juizados especiais cíveis, de acordo com a jurisprudência das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pretende-se, para tanto, realizar um breve delineamento histórico acerca da concepção dos juizados especiais. Na sequência, avalia-se o papel do Fonaje na interpretação e aplicação da Lei 9.099/95, concluindo-se, ao final, pela necessidade de modificação ou mesmo de revogação do Enunciado 135 do Fonaje, considerando o posicionamento firmado pela jurisprudência das Turmas Recursais do TJPR.

Introdução

É RESSABIDA A IMPORTÂNCIA QUE o Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) exerce, especialmente na interpretação e aplicação da Lei 9.099/95, por meio da edição de enunciados.

Veremos que os enunciados são editados a fim de sintetizar e promover interpretações que tiverem alcançado adesão da maioria dos participantes dos fóruns de discussão da jurisprudência formada em instâncias ordinárias. Entretanto, eles não têm força cogente sobre os sujeitos dos processos que tramitam no Poder Judiciário, tampouco vinculam a decisão do magistrado em razão de possuírem apenas efeito persuasivo.

Com base nisso, busca-se questionar a legalidade e mesmo a constitucionalidade do trecho final do Enunciado 135 do Fonaje, na medida em que existe forte reação da comunidade jurídica sobre a aplicação indiscriminada do referido enunciado, especialmente em relação à necessidade de apresentação de documento fiscal do negócio jurídico como requisito de acesso de microempresas e empresas de pequeno porte ao Juizado Especial Cível.

1. Breve contextualização histórica acerca da concepção dos juizados e do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje)

Na contemporaneidade, a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, mediante um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável, é o principal foco da processualística civil moderna (DINAMARCO, 2003, p. 304). Garantir o acesso à justiça – que representa a efetividade de direitos de indivíduos ou grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária – é uma demanda antiga em nosso sistema de justiça (GOMES NETO, 2003, p. 84).

Nesse sentido, os juizados especiais surgiram, principalmente, com o escopo de efetivar o acesso à justiça de maneira descomplicada, rápida e eficaz, sem os entraves dos procedimentos comuns. No entan-

to, não se mostra correto afirmar que a finalidade dos juizados é de simplesmente dar maior agilidade aos processos, pois, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2020, p. 480), “a agilização da distribuição da justiça não pode constituir razão de ser dos juizados, é necessário deixar claro que a finalidade dos juizados não é simplesmente propiciar uma justiça mais célere, mas sim garantir o maior e mais efetivo acesso à justiça”.

O primeiro esboço da sistemática dos juizados especiais começou a ser traçado na década de 1970, fundado no ideal de que o acesso à justiça representa um direito essencial. Fátima Nancy Andrichi e Erick Linhares (2015, p. 290) destacam as experiências com métodos auto-compositivos aprovadas pelo Congresso Nacional no anteprojeto que culminou na Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244/84):

É oportuno destacar que tais experiências emergiram no estado do Rio Grande do Sul, pelos Conselhos Informais de Conciliação e Arbitragem, orientados a prestar soluções extrajudiciais a conflitos que envolviam direitos de pequena monta pecuniária (HOLANDA, 2016, p. 50).

Diante do êxito do projeto criado pela comunidade jurídica gaúcha, a ideia se popularizou para outros estados da federação, sendo instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, dispondo sobre o rito diferenciado para o processamento das lides que envolvam valor econômico reduzido.

O artigo 1º da Lei 7.244/84 previa a instalação e criação dos juizados de pequenas causas, contudo, não se tratava de uma obrigação aos estados ou ao Distrito Federal, mas sim uma faculdade conferida a cada unidade da federação.

O processo perante esse órgão ordinário de primeira instância já se apresentava orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação das partes, nos termos do artigo 2º da Lei 7.244/84.

Com a consolidação dos juizados de pequenas causas, que se popularizaram por todo o território nacional, e com a promulgação de nossa carta política, em 1988, tornou-se imperiosa a abordagem da temática

no texto constitucional, sobretudo para aprimorar e conferir maior solidez institucional ao sistema criado.

Nessa esteira, tornou-se obrigatória a criação dos juzgados especiais em todos os estados, além de ter sido expandida a competência deles, inclusive do processamento de determinadas infrações penais.

O artigo 98, I, da Constituição da República preceitua que cabe à União e aos Estados criar os juzgados especiais, compostos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor grau de complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo previstos em lei.

A competência para legislar sobre os juzgados especiais é concorrente entre a União, estados e Distrito Federal, consoante o artigo 24, X, da CRFB/88.

A Lei dos Juzgados Especiais (Lei 9.099/95), fruto dos projetos de Lei 1.489-B, 1.480-C E 1.480-D, editados em 1989, surgiu com a finalidade de cumprir o imperativo constitucional, visando a facilitar ao cidadão comum o acesso rápido e fácil ao sistema de justiça. Nos dizeres de Theotonio Negrão (1985), o principal objetivo da criação dos juzgados especiais “é para que o povo tenha confiança no Direito e na Justiça, é preciso que seja onipresente; que as pequenas violações de direito, tanto quanto as grandes, possam ser reparadas”.

O critério utilizado pelo constituinte para fixar a competência dos juzgados especiais é a categoria de causas de menor complexidade, a serem definidas pelo legislador ordinário. Por conseguinte, incumbia ao legislador infraconstitucional definir as causas de menor complexidade, e assim o fez no artigo 3º da Lei 9.099/95, segundo esclarece Nemércio Rodrigues Marques (2010).

São consideradas causas de menor complexidade aquelas cujo valor não exceda a 40 vezes o salário-mínimo, as enumeradas no artigo 275, II, do CPC/73, a ação de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao limite estabelecido. Por fim, o Juizado Especial Cível é competente também para promover a execução dos seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais que não excedam o limite.

Para as causas mais simples e de menor expressão econômica, ajuizadas por pessoas físicas, desde 1984 a lei intuía um procedimento informal, que privilegiava o acordo entre as partes e o contato direto com o juiz, sem a necessidade de contratação de advogado. A Lei 9.099/95 veio aprimorar o sistema, ampliando a competência do juizado tanto em relação à matéria quanto ao valor. Desse modo, o cidadão comum encontrou o foro no qual procurava resolver suas pendências cotidianas, aquelas que antes ficavam longe da apreciação da Justiça, causando por muito tempo um sentimento de descrédito e sensação de impunidade (FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2011).

Após a criação dos juizados especiais no âmbito estadual, adveio a Lei 10.259/01, dispondo sobre a criação dos juizados especiais cíveis e criminais da Justiça Federal, e ainda a Lei 12.153/09, que regulamentou a criação dos juizados especiais da Fazenda Pública, formando, assim, o microsistema dos juizados. Trata-se de um microsistema porque as três legislações compartilham dos mesmos princípios informativos e adotaram basicamente o mesmo rito processual, possibilitando a remissão entre suas leis (DONIZETTI, 2019, p. 1600).

O processo nos juizados deve ser simples, sequer admitindo-se a intervenção de terceiros, e também sem incidentes paralelos que possam burocratizar seu desenvolvimento (GAULIA, 2017).

Não devemos perder de vista que uma das principais marcas do CPC/15 é a ênfase atribuída à participação das partes no processo, de modo que o processo seja encarado como um ambiente de trabalho, coparticipativo e colaborativo em que os atores processuais sejam considerados agentes capazes de compreender e resolver os próprios conflitos (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 362). Com isso, o processo distancia-se do autoritário viés heterocompositivo que até então era enfatizado. Conforme leciona José Laurindo de Souza Netto (s. d.), “inaugurou-se um sistema do tipo consensual, diverso do sistema clássico, até então em vigor, com diferente filosofia, que determinou uma profunda modificação na sistemática reinante”.

Os juizados especiais foram, portanto, concebidos dentro de uma perspectiva histórica e política que refletiu diretamente no processo, e em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da ju-

risdição, constituindo-se como o meio possível e viável para resguardar direitos violados.

O Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) foi criado em 1997, sendo denominado, inicialmente, Fórum de Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil, com o propósito de congregar magistrados que atuavam nos juizados especiais cíveis e criminais em todo o território nacional, com vistas a compartilhar experiências, uniformizar métodos de trabalhos e procedimentos através da edição de enunciados (BALDAN;

HONÓRIO; LINHARES, 2019, p. 92).

O Fonaje se firmou, ao longo das últimas décadas, como um dos maiores intérpretes da Lei 9.099/95

Dentre os principais objetivos do fórum, citam-se a uniformização de procedimentos, a expedição de enunciados, o acompanhamento e análise de projetos legislativos, além da promoção do Sistema dos Juizados Especiais, sempre visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

Sua idealização, portanto, surgiu da necessidade de aprimorar a prestação jurisdicional, com base na troca de informações e, sempre que possível, na padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional. Assim, o meio utilizado para atingir o objetivo do projeto foi a edição de enunciados a cada fórum realizado.

O Fonaje se firmou, ao longo das últimas décadas, como um dos maiores intérpretes da Lei 9.099/95, muito por conta dos enunciados editados nos encontros, fruto de discussão e deliberação dos membros componentes, sendo aprovados por meio de assembleia geral composta por magistrados representantes de todas as unidades da federação.

Trata-se do resultado da depuração do texto legal, além da superação de controvérsias e indicação de solução para as questões processuais e administrativas que dizem respeito ao microssistema dos juizados especiais, com vistas a solidificar uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Desse modo, observa-se que os enunciados do Fonaje são importantes para a rotina diária dos juizados especiais, prestando-se a facilitar a interpretação e aplicação da Lei 9.099/95.

2. A força normativa dos enunciados do Fonaje: análise da aplicação do Enunciado 135 do Fonaje à luz da jurisprudência das turmas recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

O enunciado, em termos jurídicos, assemelha-se à súmula, uma vez que ambos servem para expressar a orientação ou entendimento de determinado tribunal acerca de questões controvertidas na jurisprudência, garantindo previsibilidade e segurança jurídica. Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 1824) define o conceito de súmula como uma consolidação objetiva da jurisprudência, a materialização objetiva. Ao reconhecer já ter formado entendimento majoritário a respeito de uma determinada questão jurídica, um determinado tribunal tem o dever de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado, dando notícia, de forma objetiva, de qual é a jurisprudência a respeito da matéria.

O enunciado consiste em um conjunto de diretrizes com o intuito de estabelecer o padrão dos atos processuais executados pelos juízos, não podendo, entretanto, sobrepor-se as legislações formais, tampouco ao princípio da legalidade.

A relevância dos enunciados do Fonaje passa pela edição de orientações procedimentais e entendimentos comuns entre os juizados sobre a aplicação técnico-jurídica da legislação pertinente, seja especial, seja processual.

No entanto, caso o magistrado atuante no Sistema dos Juizados Especiais entenda que há divergência entre o enunciado e a lei resta imperativa a aplicação desta, considerando-se o fato de que os enunciados do Fonaje não são dotados de força normativa.

Corroborando com o fundamento de que os enunciados possuem, no máximo, efeito persuasivo, não se tratando de aplicação vinculante, mas sim voluntária, objetiva-se analisar o posicionamento adotado pelas turmas recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na aplicação do Enunciado 135 do Fonaje: “O acesso da microempresa ou empresa de pequeno porte no sistema dos juizados especiais depende da comprovação de sua qualificação tributária atualizada e documento fiscal referente ao negócio jurídico objeto da demanda.”

O rol do artigo 8º, § 1º, da Lei 9.099/95, admite que as microempresas postulem perante os juizados especiais cíveis com base no princípio constitucional do acesso à justiça, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ressalte-se que as microempresas, até então definidas pela Lei 9.841/99, revogada pela Lei Complementar 123/06, eram conceituadas como sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada e empresário com faturamento bruto igual ou inferior a R\$ 360 mil.

No que tange às empresas de pequeno porte³, até a redação do artigo 74 da Lei Complementar 123/06⁴, havia fundada dúvida acerca de sua capacidade de postular nos juizados especiais. Apesar de o Judiciário, por analogia, permitir o ajuizamento de ações, tal questão não era pacífica. A questão foi superada com a promulgação da Lei Complementar 123/06.

A primeira parte do enunciado não deixa pendente qualquer dúvida, pois se revela em consonância com o contido no artigo 8º, § 1º, II, da Lei 9.099/95, apontando a necessidade de apresentação de documentos que sustentem o regular enquadramento da demandante como microempresa ou como empresa de pequeno porte.

Já a segunda parte do verbete deve ser lida atentando-se ao tipo do processo proposto, do objeto da demanda de conhecimento ou execução, e ainda visando à causa de pedir. Isso porque não são todas as ocasiões que demandam a análise de um documento fiscal concernente ao negócio jurídico subjacente, mas tão somente aquelas que, por exemplo, discutem a validade e higidez do negócio.

Nesse diapasão, as turmas recursais do Tribunal de Justiça do Paraná firmaram entendimento no sentido de ser inaplicável a parte final do disposto no enunciado sob análise, por configurar excessivo formalismo, o que é incompatível com os vetores hermenêuticos do microsistema dos juizados.

“Recurso inominado. Ação de cobrança consubstanciada em cheque. Demanda proposta por pessoa jurídica. Sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, em razão da *ausência de apresentação do documento fiscal relativo ao negócio jurídico. Inaplicabilidade da parte final do disposto no Enunciado 135 do Fonaje – excesso de formalismo – Entendimento firmado pelas Turmas Recursais do Paraná.* Sentença

anulada. Causa que não se mostra madura para julgamento. Retorno dos autos à origem. Recurso inominado provido” (Quinta Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado 0000083-98.2019.8.16.0205. Relatora: Maria Roseli Guießmann. Curitiba, 21 de setembro de 2020) (grifos nossos)

“Recurso inominado. Cobrança. Cerceamento de defesa não configurado. *Inaplicabilidade da parte final do Enunciado 135 do Fonaje. Desnecessidade de apresentação do documento fiscal referente ao negócio jurídico. Excesso de formalismo. Parte autora que comprova se tratar de empresa de pequeno porte.* Procedência parcial do pedido principal. Ausência de prova de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito da parte autora. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (art. 46, LJE). Recurso conhecido e desprovido” (Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado 0001552-04.2016.8.16.0168. Relatora: Maria Fernanda Scheidemantel Nogara Ferreira da Costa. Curitiba, 16 de dezembro de 2019) (grifos nossos)

“Recurso inominado. Microempresa. *Desnecessidade de apresentação de documento fiscal relativo ao negócio jurídico. Inaplicabilidade da parte final do Enunciado 135 do Fonaje.* Execução de título extrajudicial convertida em ação de cobrança. Causa não madura. Sentença anulada. Retorno dos autos à origem. Recurso conhecido e provido” (Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado 0001305-77.2018.8.16.0192. Relatora: Fernanda Bernert Michielin. Curitiba, 18 de maio de 2020) (grifos nossos)

“Recurso inominado. Ação de execução de título extrajudicial. Enquadramento da autora como microempresa. Faturamento bruto anual consoante as condições previstas na Lei Complementar nº 123/2006. Aplicabilidade do disposto no art. 8º, § 1º, inciso II da Lei 9.099/95. *Inaplicabilidade do Enunciado 135 do Fonaje. Legitimidade ativa. Competência dos juizados especiais.* Sentença anulada. Recurso provido” (Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado 0003533-25.2018.8.16.0192. Relator: Helder Luis Henrique Taguchi. Curitiba, 12 de fevereiro de 2021) (grifos nossos)

Veja-se que é pacífico o entendimento firmado pela jurisprudência das turmas recursais do Tribunal de Justiça do Paraná no sentido de declarar a inaplicabilidade do Enunciado 135 do Fonaje, confirmando o caráter não vinculante desses enunciados.

O referido enunciado, ao condicionar a admissibilidade da ação a apresentação de documento fiscal relativo ao negócio jurídico, delimita os meios de prova a serem utilizados pelas microempresas e empresas de pequeno porte, além de criar obstáculos que impedem o acesso à justiça.

De acordo com estudo capitaneado pelo Conselho da Justiça Federal, o enunciado cria exigência desarrazoada, de burocrática e irregular necessidade de comprovação de regularidade tributária das microempresas e das empresas de pequeno porte para que possam ingressar com qualquer ação judicial perante os juizados especiais cíveis.

Ainda de acordo com a comissão de trabalho, tais exigências vão de encontro ao artigo 170, IX, da Constituição da República, que elenca como um dos princípios gerais da atividade econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”.

A consagração do princípio do tratamento favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte representa o ponto significativo na consolidação institucional e política da importância econômica e do relevo social que tais entes apresentam para o desenvolvimento regional e nacional, afirmada no Projeto de Lei 10.798, de 4 de setembro de 2018, alterando artigos da Lei Complementar 123/06, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

A inconstitucionalidade ora discutida está justamente na exigência de apresentação de documento fiscal referente ao negócio jurídico objeto da demanda, criando um requisito que não consta na legislação, restringindo e limitando o acesso à justiça, conforme exposto.

É oportuno destacar que o documento fiscal não é o único documento hábil a comprovar a existência de uma relação jurídica, uma vez que todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes (art. 32, Lei 9.099/95).

Ressalte-se que eventual ausência de prova decorrente da não apresentação de documento fiscal deve ser objeto de análise de mérito, e não condição da ação.

Como se não bastassem tais problemáticas, o Enunciado 135 do Fonaje milita, ainda que indiretamente, a favor da inadimplência, na medida em que coloca a pessoa jurídica, muitas vezes desprovida de meios para recuperar o crédito perdido nos termos da nova exigência, em situação de desvantagem, colocando ainda as microempresas e empresas de pequeno porte em desigualdade com as demais pessoas jurídicas, ferindo mais um preceito constitucional, o da igualdade.

Portanto, em que pese o reconhecimento da eficiência da atividade exercida pelo Fonaje em diversos aspectos, sobretudo ao proporcionar uma uniformização dos processos nos juizados especiais, no caso do Enunciado 135 o fórum não agiu com o costumeiro acerto.

Considerações finais

Passados 25 anos da vigência da Lei 9.099/95, é incontestável o êxito dos juizados especiais na promoção e efetivação do acesso à justiça, contribuindo para o processo de democratização do Poder Judiciário brasileiro.

A atuação do Fonaje e a importância que os enunciados editados por esse fórum exercem na rotina diária da atividade jurisdicional, em especial no âmbito dos juizados especiais cíveis, também deve ser ressaltada.

Entretanto, deve-se ir além da exaltação ao que já foi conquistado, é necessário olhar adiante a fim de conservar esse sistema de justiça, diferenciado no seu modo de proceder, simplificado e célere.

Obviamente, o caminho até então percorrido não foi composto apenas por acertos. Assim, o exercício da crítica é fundamental para o constante aprimoramento dos mecanismos e do próprio microsistema.

É neste contexto que o presente artigo foi pensado: a crítica formulada ao Enunciado 135 é que em sua primeira parte apenas reafirma o disposto no artigo 8º, § 1º, II, da Lei 9.099/95, sem agregar nada de novo para o ordenamento jurídico. Já a segunda parte do enunciado é

absolutamente questionável, seja do ponto de vista constitucional, seja do ponto de vista legal, ao exigir do microempreendedor e empresário de pequeno porte documento fiscal referente ao negócio jurídico para que ter acesso aos juizados especiais.

Portanto, é questionável por, ao menos, três motivos: I) o enunciado carece de fundamento de validade, uma vez que é incompatível com a competência para legislar sobre direito processual (artigo 22, I,

Na prática, o reflexo da aplicação do Enunciado 135 do Fonaje é o atraso na tramitação dos processos em que figuram no polo ativo as microempresas e empresas de pequeno porte

CRFB/88); II) fere o princípio da legalidade, na vertente da reserva legal (artigo 5º, II, CRFB/88); e III) infringe o princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CRFB/88).

O acesso ao Poder Judiciário não pode ser obstaculizado por requisitos infralegais exarados por órgão incompetente para tratar sobre direito processual, em desrespeito ao princípio da reserva legal e em detrimento dos jurisdicionados. Isso porque, no Brasil, vige um sistema rígido de competências, bem definido. E a competência para legislar em matéria processual é exclusiva da União.

Na prática, o reflexo da aplicação do Enunciado 135 do Fonaje é o atraso na tramitação dos processos em que figuram no polo ativo as microempresas e empresas de pequeno porte. Uma vez alicado pelo juízo singular, a ordem natural do processo é a interposição de recurso inominado direcionado para as turmas recursais, eis que, como visto, é pacífico o entendimento no sentido de reconhecer a inaplicabilidade do Enunciado 135, pelos motivos expostos.

O efeito gerado é incompatível com os princípios norteadores dos juizados especiais, pois, além de gerar prejuízo à razoável duração do processo, movimenta a máquina judiciária desnecessariamente.

Sugere-se, portanto, a alteração ou mesmo a revogação do Enunciado 135 do Fonaje, com vistas a afastar os efeitos negativos que sua aplicação traz para o funcionamento do microssistema.

Notas

1. Fernando Rokiskei Suchek. Graduado em Direito pela FAE Centro Universitário. Especialista em Direito Aplicado (lato sensu) pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Assessor de juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Endereço eletrônico: ferokiskei@live.com.
2. Maria Roseli Guieismann. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Endereço eletrônico: mgn@tjpr.jus.br.
3. O artigo 3º, § 1º, inciso II, da Lei Complementar 123/06 considera empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário com faturamento bruto anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00.
4. Art. 74. Aplica-se às microempresas e às empresas de pequeno porte de que trata esta Lei Complementar o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e no inciso I do caput do art. 6º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, as quais, assim como as pessoas físicas capazes, passam a ser admitidas como proponentes de ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

Referências

- ANDRIGHI, Fátima Nancy; LINHARES, Erick. (coord.). *Juizados Especiais Cíveis e o Novo CPC*. Curitiba: Editora Juruá, 2015.
- BALDAN, Guilherme Ribeiro; HONÓRIO, Maria do Carmo; LINHARES, Erick. (org.). *Os enunciados cíveis do Fonaje e seus fundamentos*. Porto Velho: Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.798. de 4 de setembro de 2018*. Altera artigos da Lei Complementar nº 123/2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, 2018. Disponível em: http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D764330BEDA6680E1E8E7VF4AFA504BF.proposicoesWebExterno2?codteor=1685165&filename=Avulso+-PL+10798/2018. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em; 11 nov. 2020.
- BRASIL. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado 0001552-04.2016.8.16.0168. Relatora: Maria Fernanda Scheidemantel Nogara Ferreira da Costa. Curitiba, 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000010231931/Acórdão-0001552-04-2016.8.16.0168>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- BRASIL. Quinta Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Para-

- ná. Recurso Inominado 0000083-98.2019.8.16.0205. Relatora: Maria Roseli Guieissmann. Curitiba, 21 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do;jsessionid=5a961e1c049fec5c57022f8e45a6?actionType=pesquisar>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- BRASIL. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado 0003533-25.2018.8.16.0192. Relator: Helder Luis Henrique Taguchi. Curitiba, 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000013690981/Acórdão-0003533-25.2018.8.16.0192>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- BRASIL. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado 0001305-77.2018.8.16.0192. Relatora: Fernanda Bernert Michielin. Curitiba, 18 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000011622581/Acórdão-0001305-77.2018.8.16.0192>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- DINAMARCO, Cândido. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à lei 9.099/1995*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GAULIA, Cristina Tereza. Juizados Especiais: Temas relevantes e inovações – Microsistemas Constitucionais. *Revista de Direito em Movimento*, v. 15, p. 72-90, 2017.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2005.
- HOLANDA, Alex Tiago Pessoa Araújo. *Força vinculante dos enunciados do Fonaje no sistema dos Juizados Especiais*. Monografia (Bacharelado em Direito). Orientador: William Paiva Marques Júnior. Fortaleza: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MARQUES, Nemércio Rodrigues. Competências de Juizados são fixadas pela causa. *Conjur*, 13 out. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-13/competencias-juizados-sao-fixadas-causa-nao-valor>. Acesso em 25 nov. 2020.
- NEGRÃO, Theotonio. *Juizados Especiais de pequenas causas – Lei 7.244/84*. Curitiba: Revista dos Tribunais, 1985.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- SOUZA NETTO, José Laurindo. *O Juizado Especial como jurisdição tecnológica e afetiva*. Disponível em: http://www.amapar.com.br/images/ARTIGO_-_JOSÉ_LAURINDO_DE_SOUZA_NETTO.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016.

O juiz de direito e as causas nos juizados especiais cíveis em que a parte litiga sem a assistência de advogado

Beatriz Fruet de Moraes¹

Juíza de Direito no Paraná há 15 anos

Resumo: O presente estudo analisa o papel do juiz de direito na condução do processo e na gestão do sistema dos juizados especiais cíveis para concretização do efetivo acesso à justiça, especialmente para as partes que optem por litigar sem a assistência de advogado, nas hipóteses que lhe são permitidas. Em um primeiro momento, é feita uma análise doutrinária acerca da evolução da temática do acesso à Justiça, passando por alguns dos seus obstáculos mais recorrentes. Na sequência, apresenta-se a sistemática do rito processual sumaríssimo, com destaque para as peculiaridades introduzidas pela Lei 9.099/95, objetivando o incremento do acesso à justiça no Brasil. Na parte final do artigo, após a análise do papel do juiz de direito na atuação no processo e na gestão do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, o estudo conclui que a atuação proativa do magistrado é premissa importante ao equilíbrio da relação processual nas causas em que uma ou ambas as partes optem pela dispensa de advogado, sob pena da configuração de um acesso à Justiça praticamente inexistente, sem que exista, entretanto, afronta à necessária imparcialidade como garantia do processo democrático.

Introdução

O ESCOPO DO ACESSO À JUSTIÇA na efetivação dos direitos e na pacificação social somente será alcançado se exercido de maneira efetiva, deixando de ser uma mera construção doutrinária e legal e passando a existir, de fato, na sociedade.

Após uma longa fase de controle ao acesso e exercício da jurisdição estatal durante o período ditatorial, a Constituição Federal de 1988 elevou este direito à condição de fundamental, prevendo no seu art. 5º, inc. XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Atento a isso, e aos movimentos que foram surgindo nas décadas de 1970 e 80 para superação dos obstáculos de acesso à justiça, como é o caso do Projeto Florença de Acesso à Justiça e, no Brasil, das câmaras de conciliação e arbitragem, dos juizados de pequenas causas (Lei 7.244/84) e, posteriormente, dos juizados especiais, é que se consolidou a ideia da necessidade de melhor adequação das demandas com reduzido valor econômico, mediante a criação de juízos especializados e procedimentos simplificados.

É certo que a criação e a instalação dos juizados especiais a partir da Lei 9.099/95 promoveu a ampliação, ainda que formal, do acesso à justiça, ao prever diversas possibilidades, algumas até então inexistentes no sistema jurídico brasileiro, como a dispensa do recolhimento de custas iniciais sem a necessidade de comprovação de hipossuficiência financeira, a possibilidade de litigar sem a assistência de advogado em causas de até 20 salários mínimos, a previsão de novos atores no processo como o juiz leigo, conciliador, dentre outras.

No entanto, para que o intento inicial do efetivo incremento do acesso à justiça seja de fato observado é indispensável mais do que a mera previsão legal, sendo esperado dos participantes do processo, especialmente do juiz de direito, que promovam medidas adequadas à sua implementação na prática. Para tanto, é pertinente debruçar-se na análise da seguinte problemática: qual o papel esperado do juiz de direito na condução do processo e na gestão do sistema dos juizados

especiais cíveis, a fim de que as medidas de incremento do acesso à justiça, de fato, sejam observadas na prática processual?

A hipótese da pesquisa é a de que se faz de vital importância uma atitude proativa do juiz de direito na garantia do acesso à justiça e do equilíbrio processual, sem o descuido da observância da imparcialidade, da paridade de armas e do equilíbrio processual, garantias mínimas de um processo do estado democrático do direito.

O presente trabalho utilizará o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária e normativa, sendo analisada a referência da efetividade do acesso à justiça em consequência ao papel desempenhado pelo juiz de direito nos processos de competência dos juizados especiais cíveis para equilíbrio da relação processual às partes que optem por litigar sem a assistência de advogado quando lhes for permitido por lei.

1. O acesso à justiça: evolução e obstáculos

A temática do acesso à justiça passou a ser melhor pensada e discutida a partir do denominado “Projeto Florença”, que culminou na formação de uma série de textos denominados “Acesso à Justiça” que foram publicados nos anos de 1978 e 1979 sob a condução de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Para esses autores, aliás, existiriam duas finalidades básicas a serem reconhecidas pelo sistema jurídico,

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 que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque aqui, será, primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.²

Verificou-se neste contexto a existência de três ondas caracterizadas pelas principais barreiras encontradas ao acesso à justiça efetivo, e que foram extraídas da diversidade de experiências que vinham sendo adotadas em trinta países do mundo todo (ainda que sem a inclusão do Brasil) para a ampliação do acesso à justiça no contexto da crise da administração da justiça vivenciada no final da década de 1960 por esses países.

A primeira dessas três ondas observou a indispensabilidade do serviço judiciário gratuito às pessoas hipossuficientes financeiramente, sem os quais o acesso à justiça estaria impossibilitado. Já a segunda onda tratou do problema da representação judicial dos interesses difusos e coletivos no acesso à justiça. E, finalmente, a denominada terceira onda propôs um novo enfoque para o acesso à justiça. Nos precisos dizeres de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”³. Esses mesmos autores relataram:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos, individuais e sociais, uma vez que a titularidade dos direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁴

Parte-se da ideia, pois, de que o acesso ao sistema jurídico somente atingirá a finalidade para o qual foi criado, qual seja, o da pacificação social, se for alcançado de maneira efetiva pelos interessados que pretendam reivindicar os seus direitos e resolver os litígios que de outra forma não obtiveram sucesso. Trata-se, pois, mais do que o mero ingresso no Poder Judiciário, mas sim do alcance de meios efetivos para a concretização do rol de direitos previstos na legislação de um país,

com a concretização da tão pretendida justiça social. Neste sentido é o pensamento de Carmen Silvia Fullin:

Entretanto, o que se compreende e o que se define por acesso à Justiça, assim como a invenção de uma problemática ligada a este tema, têm a ver com transformações históricas sobre a ideia de Estado e de seu papel na regulação da vida social. Por isso, se em um primeiro momento o acesso à Justiça dentro de uma perspectiva liberal resumia-se ao entendimento de que todo cidadão tem liberdade para litigar em nome da defesa de seus interesses, nos anos 1960 esta interpretação foi severamente modificada. A partir de então, seu conteúdo foi revestido de um significado mais exigente, associado à ideia de promoção da igualdade social; tarefa esta, naquele momento, assumida em vários países que adotavam políticas de bem-estar (*welfare state*). Neste contexto, poder lutar no judiciário pela concretização desta igualdade passou a ser questão de justiça social; portanto, acessar a justiça deixou de significar somente a possibilidade de ter o judiciário à disposição, mas, além disso, dispor de condições reais (econômicas, culturais, institucionais) para acioná-lo.⁵

Foi neste contexto que as causas de menor relevância econômica passaram a ser vistas como de necessário enfrentamento tanto de ordem legislativa como em termos de implementação prática no Poder Judiciário, sobretudo diante da constatação de que os elevados custos para o acesso ao sistema jurídico inviabilizariam a propositura e solução de tais demandas. Conforme bem coloca Leslie Shéri da Ferraz,

os Juizados Especiais foram concebidos para “facilitar o acesso à Justiça”, a partir da constatação de que as causas de pequena expressão econômica não estavam sendo levadas à apreciação do Poder Judiciário – quer pela descrença generalizada deste órgão; quer pela desproporção entre o valor reclamado e os custos processuais; quer pela desinformação e/ou alienação da população brasileira

(Dinamarco, 1998). Pretendia-se, assim, criar um sistema apto a solucionar os conflitos cotidianos de forma pronta, eficaz e sem muitos gastos.⁶

No Brasil, ainda que não tenha havido a participação no aludido Projeto Florença, iniciativas tímidas de enfrentamento às denominadas pequenas causas surgiram, inicialmente, em alguns estados da Região Sul. Nos anos 1980, alguns magistrados gaúchos criaram os denominados “Conselhos de Conciliação e Arbitragem” em que se objetivava a solução dos conflitos de baixo valor econômico de forma amistosa e informal, mediante o chamamento das partes a uma sessão destinada, sobretudo, à tentativa de conciliação, possibilitando, desta forma, o alcance de tratativas para a solução de conflitos que dificilmente chegavam ou chegariam ao Poder Judiciário⁷.

Foi o embrião, pois, da criação e posterior publicação da Lei 7.244/84, em que foram criados os então denominados juizados especiais de pequenas causas, primeiro órgão do Poder Judiciário com a finalidade precípua de resolver causas de menor complexidade e que, por esta via, ampliava claramente o acesso à justiça.

Guilherme Augusto Bittencourt Corrêa⁸ ainda indica que os objetivos deste novel juizado equipararam-se ao que posteriormente veio a ser consolidado na Constituição Federal de 1988⁹, qual seja, a efetiva abertura das portas do Poder Judiciário às causas de pequeno valor econômico que anteriormente não possuíam espaço para conhecimento e solução pelos juízes brasileiros. E ainda sobre estes avanços legislativos, nas precisas palavras de Daniela Monteiro Gabbay, Susana Henriques da Costa e Maria Cecília Araujo Asperti,

a pauta de acesso dessa legislação, como se vê, buscava priorizar e dar acesso a quem era alijado do Poder Judiciário por obstáculos formais e financeiros; ou seja, buscava dar acesso aos marginalizados em relação aos mecanismos oficiais de solução de conflitos, àqueles que não tinham acesso à Justiça.¹⁰

Em 1995, finalmente, foi promulgada no Brasil a Lei 9.099/95, com o objetivo de ampliar e consolidar o tratamento até então existente para as causas de menor complexidade, assim consideradas as de reduzido valor econômico e outros casos específicos que a lei indicar expressamente, restando criado um sistema informado por princípios próprios, quais sejam, a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e autocomposição, ademais de rotinas procedimentais simplificadas e novos atores processuais.

A introdução do novo sistema ampliou de maneira imediata e formal o acesso à justiça no Brasil, como bem esclarecem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

A doutrina atual tem-se debruçado sobre a questão do acesso à Justiça, mostrando que o processo tradicional brasileiro é incompatível com grande parte dos direitos da sociedade atual, em especial, com as situações típicas da sociedade moderna (como os direitos transindividuais), as relações de consumo e as relações pulverizadas no conjunto social), e com os direitos individuais não patrimoniais. Na verdade, conclui-se que, praticamente, o processo tradicional apenas se mostra adequado para atender algumas pretensões patrimoniais, capazes de ser convertidas em perdas e danos, sendo completamente inadequado para atender aos chamados “novos direitos”¹¹

O objetivo inicial, portanto, foi aumentar a gama de oferta de prestação jurisdicional, possibilitando que muitas causas de menor complexidade, sobretudo econômica, que permaneciam contidas e não alcançavam o Poder Judiciário em razão da ausência de custo-benefício para o respectivo ingresso e solução jurisdicional, pudessem ser resolvidas, propiciando maior grau de satisfação da coletividade e até mesmo de incremento a que estas relações fossem mais respeitadas na realidade fática porque poderiam, num futuro próximo, ser levadas ao crivo do órgão jurisdicional. Neste sentido é a lição de Araken de Assis:

Os juizados especiais se destinavam, originariamente, a aumentar a oferta jurisdicional, gerando um grau maior de pacificação social e solucionando, com brevidade e custos menores e mínimos, econômicos e sociais, conflitos que, em geral, nem sequer eram apreciados ou obtinham solução pelos órgãos jurisdicionais. Visam os juizados especiais a abrandar (erradicar parece impossível) o fenômeno da litigiosidade contida. [...] O sucesso da experiência dependerá, em grande parte, de dois fatores: (a) da renovação da mentalidade dos operadores e (b) da criação da estrutura material adequada.¹²

No entanto, ainda que o avanço legislativo no sentido da ampliação do acesso à Justiça no Brasil, especialmente com a edição da Lei 9.099/95, tenha sido manifestamente expressivo, a constatação do efetivo acesso depende da superação de alguns obstáculos que vêm sendo apresentados e que são de diversas ordens.

Um primeiro ponto relevante ao se pensar nestes aludidos obstáculos, especialmente para as causas de reduzido valor econômico é, sem dúvida, a já aludida questão econômica. Não é atrativo para a pessoa envolvida numa causa de reduzido valor dispendir recursos consideráveis para a obtenção da respectiva solução, mormente se estes recursos ultrapassarem o valor objeto da controvérsia.

Foi relevante, pois, a previsão da lei quanto à dispensa do pagamento das custas iniciais, mas soma-se a isto a possibilidade efetiva da litigância sem a assistência de advogado nas causas de até 20 salários mínimos, porque, ademais de ser mera possibilidade, muitas vezes a parte não dispõe de recursos financeiros nem de interesse em ser patrocinada por um advogado voluntário retribuído pelo Estado, que sequer teve a oportunidade de escolher. Neste sentido, o fato de estar litigando sem advogado pode facilitar o acesso à justiça, mas por si só constitui um obstáculo quanto a um possível desequilíbrio gerado na relação processual, que deve merecer a observação dos atores do sistema. Sobre o tema é a lição de Felipe Borring Rocha:

Na elaboração da Lei 9.099/95, o legislador procurou afastar alguns dos entraves comuns aos procedimentos tradicionais, que poderiam comprometer a eficácia dos Juizados. Ocorre que, entre os obstáculos identificados pelo legislador, está o advogado, justamente aquele que tem a missão constitucional de promover o acesso à Justiça (art. 133 da CF). Assim, como não poderia proibir a atuação do advogado, a Lei dos Juizados Especiais criou uma distinção no que tange à capacidade postulatória: nas causas de até 20 salários mínimos, atribuiu às partes, tanto no polo ativo como no passivo, a possibilidade de exercer diretamente a capacidade postulatória, independentemente de sua capacidade técnica.¹³

Um segundo obstáculo ao acesso efetivo ao sistema jurídico, e não menos importante, está relacionado a fatores sociais e culturais que vão desde o desconhecimento dos direitos e da forma de defendê-los, até mesmo o uso e o entendimento da linguagem jurídica predominante nos tribunais brasileiros e comumente utilizada nos processos judiciais. Neste sentido é a preciosa contribuição de Olívia Alves Gomes Pessoa:

Quanto aos obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça por parte das classes populares, a distância das pessoas em relação à administração da justiça é tanto maior, quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem. Portanto, essa distância não tem apenas causas econômicas, mas também fatores sociais e culturais (CAPPELLETTI e GARTH, 1988). Em primeiro lugar os/as cidadãos/as economicamente mais vulneráveis tendem a conhecer menos os seus direitos, e assim, possuem mais dificuldade em reconhecer um problema que os/as afeta como sendo jurídico, e isso os/as faz ignorar os direitos em jogo e/ou as possibilidades de reparação jurídica. Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, e um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor uma ação, indivíduos economicamente vulneráveis hesitam muito mais do que os outros em procurar a justiça.¹⁴

É certo e notório, especialmente para as partes desprovidas de advogado, que além do desconhecimento da existência e extensão dos direitos que eventualmente possuem frente aos mais diversos fatos e aspectos da vida, o acesso ao entendimento da linguagem costumeiramente utilizada nos tribunais é dificuldade que os afasta do processo e do próprio sistema da jurisdição, e, por demais, notório obstáculo ao efetivo acesso à justiça. Neste sentido é interessante a interpretação de Carmen Silvia Fullin:

Há, em paralelo, um conjunto de fatores sociais e culturais interligados e não menos decisivos. [...] ou seja, a transformação de um conflito em uma demanda judicial é apenas uma das alternativas, não necessariamente e nem a mais provável. Para isso, é necessário não somente o conhecimento dos direitos disponíveis, mas o reconhecimento de que o problema vivenciado lesou um direito exigível juridicamente. Realizada esta etapa, é preciso haver disposição para litigar contra quem lesou tal direito.¹⁵

Não se deve descuidar, igualmente, do próprio uso da tecnologia, cada vez mais presente na promoção do acesso à justiça e amplificada de maneira exponencial durante o período da pandemia da covid-19, que, por certo, constitui manifesta barreira à parcela da população ainda distanciada desta realidade.

É cada vez mais frequente, portanto, a própria estruturação de uma Justiça mais tecnológica, com a padronização dos processos virtuais, do acesso ao sistema pelos chamados balcões virtuais, da realização das audiências no formato virtual, do encaminhamento de petições via e-mail e das intimações realizadas pelas mais diversas possibilidades eletrônicas, como o aplicativo *whatsapp*, por exemplo. Resta deste contexto, pois, a natural existência de barreiras aos desprovidos do alcance da tecnologia (os “excluídos digitais”¹⁶), com bem pontua Thaís Amoroso Paschoal:

A promoção do acesso à justiça passa, inevitavelmente, pela superação das barreiras linguísticas, tecnológicas e estruturais. É

preciso repensar os espaços, permitindo a adequada participação democrática, para o que, muitas vezes, a própria estrutura física do Poder Judiciário é prejudicial. É necessário, também, que se crie ferramentas voltadas à superação das barreiras linguísticas, bem como que se garanta a devida assistência jurídica a todos aqueles que dela necessitem. A medida exige, como já se disse, o fortalecimento dos órgãos vocacionados à defesa dos direitos de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, como a Defensoria Pública. Essas medidas devem ser ainda mais desenvolvidas quando se agrega à prestação jurisdicional um novo elemento: o uso da tecnologia. A quarta revolução industrial exige que se pense o acesso à justiça a partir de questões estruturais.¹⁷

Ao tempo, pois, em que o acesso à justiça é matéria de grande avanço nas legislações e na realidade do Poder Judiciário, obstáculos inerentes ao próprio sistema ainda são encontrados, sendo necessário o estudo do seu alcance para que soluções possam ser encontradas.

Assim, é importante o questionamento do papel do juiz de direito enquanto supervisor e gestor do sistema dos juizados especiais no trato de todas as questões e barreiras que envolvem o acesso à justiça.

2. O rito sumaríssimo nos juizados especiais cíveis: peculiaridades para incremento do acesso à Justiça

Com a ideia precípua de proporcionar um incremento no acesso à Justiça, a Lei 9.099/95 não só introduziu um novo rito processual, mas também criou um novo microssistema com atores próprios, que somente poderá ter a efetividade inicialmente planejada se as ações forem devidamente orientadas pelos seus princípios informadores.

Esta novel sistemática foi influenciada pela denominada “terceira onda” do movimento de acesso à justiça que foi capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no chamado Projeto Florença e que objetivou a sistematização da diversidade de experiências que vinham sendo adotadas em trinta países do mundo todo (ainda que sem a in-

clusão do Brasil) para a ampliação do acesso à justiça no contexto da crise da administração da justiça vivenciada no final da década de 1960 por estes mesmos países. Nesta esteira é a lição de Carmen Silvia Fullin a respeito da chamada “terceira onda”:

É marcante em tal onda de reformas o deslocamento ou desvio de determinado tipo de conflituosidade para estruturas menos formais de solução de litígios, nas quais o juiz togado tem uma atuação totalmente reformulada. Nelas, ele deixa de protagonizar a produção do desfecho, posicionando-se de modo mais periférico. Trata-se de um afastamento ligado à abertura de uma atuação mais propositiva das partes em conflito, conferindo poder a personagens inéditos na cena judicial, como conciliadores, mediadores e árbitros. Entende-se que, uma vez mais afastadas de um processo decisório centrado no juiz togado, acima e distante das partes, e envolto em complexos procedimentais, as partes podem ter acesso a decisões mais rápidas, participativas – e, por isso, mas definitivas – e também menos custosas.¹⁸

Tratou-se, pois, de uma tentativa de trazer ao contexto da solução, sobre o crivo do Estado, demandas que não alcançavam este patamar além da circunstância das próprias pessoas envolvidas, proporcionando um acesso fácil e com a ideia de colocar as partes em pé de igualdade para a resposta dada ou encontrada e limitada ao contexto da demanda. Comenta Olívia Alves Gomes Pessoa:

Os juizados especiais são reflexo das tentativas do estado e da sociedade de encontrarem soluções para resolver os problemas e os litígios da convivência humana, com o objetivo de um juízo célere, simples, eficaz, descomplicado, mais oral do que escrito, para atender as demandas de menor complexidade. Estas tentativas tiveram início com os movimentos de reforma do judiciário na Europa no início do século XVIII, como por exemplo, os movimentos de reforma denominados “oralidade” que se ocuparam essencialmente

com a “livre apreciação” e o contato direto entre juízes, partes e testemunhas, bem como a tentativa de colocar as partes em pé de igualdade (CAPPELLETTI E GARTH, 1988).¹⁹

O art. 2º da Lei 9.099/95 informa que o procedimento nos juizados especiais cíveis deve orientar-se pelos critérios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação”.

A norma introduz regra norteadora da interpretação do caminho que os processos devem seguir ao tramitarem nos juizados especiais cíveis, sendo de observância obrigatória por todos que atuam no sistema e precisam interpretar as suas disposições para aplicação da lei. São, portanto, os princípios processuais que orientam tanto a elaboração da norma como a sua interpretação e aplicação. No esclarecimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Todo o regime previsto nessa lei deve orientar-se por esses critérios, sob pena de comprometer o sistema como um todo. As regras dispostas a respeito do procedimento exigem que o intérprete que as examina tenha em mente tais princípios, pois somente assim se poderá adequadamente lidar e manejar o poderoso instrumento previsto por esta Lei.²⁰

Esta constatação assume grande relevância diante da necessidade do intérprete e aplicador das normas no sistema dos juizados especiais observar a sua atuação no contexto em que se apresenta o próprio sistema que é composto pela Lei 9.099/95, ademais das Leis 10.259/01 (juizados especiais federais) e 12.153/09 (juizados especiais da fazenda pública), bem como pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

A atuação, portanto, no sistema dos juizados especiais exige a interpretação sistemática das suas três leis específicas, sem perder de vista o contexto subsidiário do Código de Processo Civil que, por ser posterior às aludidas leis, pode trazer ao intérprete dificuldades na aplicação

da norma, ademais de ter introduzido um sistema jurídico diverso do preconizado pelas leis dos juizados especiais, o que faz com que os problemas de orientação e interpretação nesse sistema adotem necessariamente o norte preconizado pelo art. 2º da Lei 9.099/95 (princípios informadores).

São relevantes os ensinamentos de Joel Dias Figueiredo Júnior, ao tratar do contexto específico dos juizados especiais da fazenda pública, mas que são lições a serem observadas em todo o sistema:

Nessa toada, haverá o intérprete de visitar primeiramente a Lei n. 10.259/2001, porquanto fonte originária e inspiradora direta da Lei n. 12.153/2009, tendo servido de verdadeiro modelo a ser copiado e adequado para os Juizados da Fazenda Pública; em sequência, encontrando omissão na Lei dos Juizados especiais Federais, haverá então de visitar a Lei n. 9.099/95, fonte primária dos Juizados e, por isso, detentora de maior completude legislativa, nos planos processual e procedimental. Por último, passará o intérprete a buscar subsídios no Código de Processo Civil, sem, contudo, perder de vista os princípios orientadores dos Juizados Especiais Cíveis, recepcionados no art. 2º da Lei nº 9.099/95.²¹

Quanto aos princípios em si, tem-se a oralidade, inicialmente, como o processo em que a palavra falada predomina em face da escrita. Não está a significar, pois, que o feito não terá de ser registrado por escrito, mas sim que os atos orais estão à disposição das partes para que os seus direitos sejam alcançados de forma mais efetiva. É por meio da oralidade que o juiz tem maior proximidade com as partes, podendo ouvi-las e compreender melhor o conflito, entendendo quais as provas são necessárias e proferindo uma sentença mais próxima da solução efetiva da lide. Como componentes importantes deste princípio tem-se nas palavras de Joel Dias Figueira Júnior:

“tomando por fulcro o pensamento precursor de Chiovenda, quatro aspectos podem ser associados ao chamado processo oral: a) a

concentração dos atos processuais; b) a identidade física do juiz; c) a irrecorribilidade (em separado) das decisões interlocutórias; e d) a imediação.”²²

Traço marcante da oralidade é ainda que, “além de simplificar o procedimento, põe as partes em contato mais próximo com o Juiz, levando, pelo menos em tese, a um julgamento mais justo e racional”²³.

Já a simplicidade deve ser entendida como a adoção da linguagem simplificada no processo a fim de aproximar as partes do Judiciário e, sobretudo da solução do conflito, como corolário do efetivo acesso à Justiça. Nos dizeres precisos de Guilherme Augusto Bittencourt Corrêa, “além de o procedimento ser simples, a linguagem empregada também deve ser, já que deve mostrar acessível a todos e, uma linguagem rebuscada e com termos jurídicos inúteis, acaba afastando o verdadeiro ‘público-alvo’”²⁴.

A informalidade, por sua vez, pretende definir no processo que as formas não essenciais ao ato jurídico sejam eliminadas, fazendo com que apenas aquelas essenciais à sua existência devam ser praticadas. Entende-se como essenciais, pois, as que respeitam as garantias fundamentais, ou, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “desde que atendidas as garantias fornecidas aos litigantes, todo ato processual deve ser reputado como válido, desde que atingida sua finalidade (art. 13 da Lei 9.099/95)”²⁵.

De outro lado, entende-se por economia processual a prática do menor número de atos processuais com o alcance do maior resultado possível. Ou nos dizeres de Felipe Borring Rocha, “tirar o máximo de proveito de um processo é torná-lo efetivo, ou seja, capaz de apresentar soluções para os problemas que são a eles submetidos”²⁶.

O princípio da celeridade, de outro verto, busca que os atos processuais praticados por todos os sujeitos do processo alcancem a sua finalidade no menor tempo possível, sem comprometer a segurança jurídica. Deve-se, pois, equilibrar a rápida solução do litígio com o respeito às garantias fundamentais à existência e validade do processo, sobretudo àquelas indicadas no art. 5º da Constituição Federal.

Finalmente, o enfoque concedido à autocomposição das partes prega que, sempre que possível, haverá o incentivo à solução consensual, em qualquer fase do procedimento, que deverá ser incentivada pelo juiz, o que acabou ganhando maior relevância com a entrada em vigor no Código de Processo Civil de 2015, ademais do incentivo que vem sendo dado pelo Conselho Nacional de Justiça quanto ao tema (Resolução 125/2010).

Partindo destes princípios, trouxe a aludida lei peculiaridades próprias, visando tornar o acesso à Justiça mais simplificado e facilitado, alcançando os que, sem tais incrementos, permaneceriam na seara da litigiosidade contida. Nestes termos, elucidam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que

o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis estaduais é nitidamente distinto do normal, previsto pelo Código de Processo Civil, visando, de um lado, a atender aos critérios informativos do instituto (art. 2º da Lei nº 9.099/95), e de outro fornecer mecanismos apropriados para a tutela dos interesses que se inserem na competência do órgão.²⁷

Quanto ao procedimento sumaríssimo em si, de início, para a propositura da ação, a parte pode encaminhar a sua petição de forma escrita ou oral à secretaria do juizado, sendo dispensável a assistência de advogado nas causas cujo valor não ultrapassem 20 salários mínimos. A parte reclamante²⁸ pode, neste contexto, comparecer pessoalmente à sede dos juizados e formular o seu pedido oralmente, sendo que um servidor local reduzirá a termo de forma sucinta os fatos, os fundamentos, o pedido e a qualificação das partes.

No processo eletrônico²⁹, a parte reclamante pode encaminhar a sua petição com os respectivos documentos diretamente ao sistema de processos virtuais, ou também via e-mail à secretaria do juizado, com a inserção respectiva por um servidor do mesmo, e, finalizado o encaminhamento, há a designação automática da data para a audiência inicial de conciliação, para a qual já há a devida intimação do proponente.

Quando da edição da Lei 9.099/95 ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1973 e a previsão de uma audiência inicial obrigatória de conciliação no sistema dos juizados especiais cíveis constituiu uma importante inovação, adotada posteriormente pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 334.

É pertinente ressaltar que para esta audiência inicial, assim como para as demais com previsão no procedimento sumaríssimo, é essencial a presença pessoal das partes para o incentivo à conciliação, ainda que estejam acompanhadas por advogado, cominando a lei severas consequências para a parte que devidamente intimada deixa de comparecer pessoalmente sem motivo justificado, diferente, pois, da sistemática hoje adotada pelo CPC de 2015.

No sistema da lei, três atores processuais são de importância manifesta no processamento em si: o juiz togado, o juiz leigo e o conciliador. O primeiro supervisiona todo o sistema e gerencia o processo, e o seu papel será melhor apreciado no item 4 deste estudo. Já o segundo conduz a audiência de instrução e julgamento, colhendo as provas pertinentes e resolvendo os incidentes, bem como apresenta o respectivo projeto de sentença que será submetido à apreciação do juiz togado, devendo também, sempre que possível, reiterar às partes os benefícios da autocomposição. Finalmente, o conciliador preside as audiências de conciliação com o objetivo de informar às partes as reais vantagens da solução consensual, auxiliando no encontro da melhor solução proveniente dos próprios sujeitos da controvérsia, muitas vezes através da utilização da técnica de concessões recíprocas visando um consenso que atenda aos interesses de ambas as partes.

Quanto à presença desses atores processuais e a importância da participação do povo na administração da Justiça, pondera Joel Dias Figueira Júnior:

A atuação no sistema dos juizados especiais exige a interpretação sistemática das suas três leis específicas, sem perder de vista o contexto subsidiário do Código de Processo Civil

Por seu turno, seguindo a linha preconizada pela “terceira onda” da ciência instrumental civil em que se busca um *processo de resultados* ou *verdadeiramente efetivo*, encontramos no microsistema dos Juizados Especiais a figura tão propalada por Mauro Cappelletti, quando se referia à *democratização do Judiciário*, na qual uma de suas facetas apresentar-se-ia por intermédio da *justiça participativa*, ou seja, pela integração harmoniosa do povo da administração da justiça, em prol da simplificação, agilização e aproximação da comunidade na resolução de seus conflitos intersubjetivos, de maneira a reduzir-se gradativamente a litigiosidade contida e, sobretudo, enfatizar-se a autocomposição, mediante a intervenção desses terceiros auxiliares.³⁰

Não obtida a conciliação, as partes podem deliberar pela adoção da arbitragem, mediante a escolha de um árbitro, dentre os disponíveis no cadastro do juizado especial cível respectivo, que prosseguirá na condução da demanda até solução final a ser homologada pelo juiz togado.

Caso a lide não seja resolvida pela autocomposição das partes, nem seja instituída a arbitragem, o feito prossegue com a designação de audiência de instrução, caso as partes pretendam a produção de prova oral (depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, inquirição de um especialista ou técnico e exibição de documento ou coisa). Até esta audiência é possibilitado ao reclamado apresentar contestação, na forma escrita ou oral, a qual poderá ser na sequência impugnada pela parte reclamante.

Encerrada a fase instrutória, o juiz leigo pode apresentar o projeto de sentença a ser submetido à apreciação do juiz togado ou poderá haver a apresentação de sentença diretamente por este, seja nos casos de discordância quanto ao projeto apresentado pelo juiz leigo, seja nos casos de julgamento antecipado ou, finalmente, quando o próprio juiz de direito presidir a audiência de instrução e julgamento.

Os únicos recursos admissíveis no sistema dos juizados especiais cíveis são os embargos declaratórios da sentença ou do acórdão e o recurso inominado da sentença, ocasião em que todas as decisões in-

terlocutórias proferidas nos processos poderão ser atacadas, uma vez que não há a previsão de agravo.

Apreciado o recurso inominado pela turma recursal, a parte vencedora pode, caso não haja o adimplemento voluntário da obrigação, ingressar com o competente cumprimento de sentença e iniciar a fase de execução forçada, com a prática de atos executivos tendentes à satisfação da obrigação.

Ressalta-se, ainda, a possibilidade do ingresso perante os juizados especiais cíveis de ações de cunho executivo (ações de execução por título extrajudicial), consubstanciadas em títulos com força executiva e destinadas à satisfação da respectiva obrigação nele representada, as quais, por óbvio, devem respeitar o limite dos valores de alçada do sistema (até 40 salários mínimos).

Registro importante, ainda, é concernente à desnecessidade do pagamento de despesas processuais³¹ para acesso ao sistema dos juizados especiais em primeiro grau de jurisdição, independentemente da comprovação de hipossuficiência financeira, sendo devido, entretanto, o pagamento das custas integrais caso a parte sucumbente pretenda apresentar o correspondente recurso inominado por discordância da sentença prolatada.

3. O juiz de direito e as causas nos juizados especiais cíveis em que a parte litiga sem a assistência de advogado

Como dito anteriormente, nas causas com valor econômico de até 20 salários mínimos, a assistência por advogado é dispensada para as partes litigantes no sistema dos juizados especiais. Quer isto significar que, tanto na posição de reclamante como na de reclamado, a parte poderá estar em juízo (*jus postulandi*) sem a representação ou assistência de um advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e, “assim, em tais causas, as partes excepcionalmente têm capacidade postulatória, isso é, capacidade para realizar atos técnicos do processo”³².

A situação pode ser uma boa opção da parte, que pode não estar interessada em contratar um advogado pelos custos e demandas que esta opção acarretará, ou até mesmo receber a indicação sem custo de um advogado que não teve a oportunidade de escolha e possivelmente será pago pelo Estado, no caso de hipossuficiência econômica comprovada.

Entretanto, se uma das partes estiver no processo assistida por advogado ou se o reclamado for pessoa jurídica ou empresário individual, ou mesmo se a natureza da causa recomendar, o juiz deverá alertar

Os únicos recursos
admissíveis
no sistema
dos juizados
especiais cíveis
são os embargos
declaratórios da
sentença ou do
acórdão e o recurso
inominado da
sentença

à parte desprovida de advogado da conveniência do patrocínio, indicando, ainda, a possibilidade de valer-se do órgão responsável pela prestação de assistência jurídica no local de abrangência do respectivo juizado³³.

É evidente que a intenção do legislador ao prever este comando foi facilitar o acesso à Justiça, simplificando as barreiras que a escolha e contratação de um advogado poderiam apresentar para o acesso ao Judiciário, ao mesmo tempo que acabou por reconhecer que o fato de uma parte estar assistida por advogado e a outra não, ou a circunstância de encontrar-se no polo passivo pessoa jurídica ou empresário individual, conduz a um natural desequilíbrio na relação jurídica processual, sobretudo porque se estará litigando sem assistência técnica e diante de outra parte, ao menos em tese, suficientemente amparada.

Não se desconsidera, ainda, que a pessoa jurídica ocupante do polo passivo muitas vezes possui corpo jurídico próprio altamente especializado, conhecedor das demandas e litigante frequente e contumaz, de muito acostumado às lides jurídicas, o que por evidente pode desequilibrar uma relação jurídica em que a outra parte sequer possui conhecimento dos seus direitos ou consegue compreender a linguagem frequentemente utilizada no meio forense. Sobre este tema, Carmen Silvia Fullin destaca ponderações relevantes:

Além de questões referentes ao que impede o livre consumo dos serviços judiciários pelo cidadão, ou o que podemos chamar de barreiras externas ao acesso à justiça, alguns estudiosos focam suas análises no modo como o sistema de disputa judicial compromete a paridade, isto é, “a igualdade de armas” entre as partes em litígio. Mais do que saber se os cidadãos têm iguais condições de servirem-se das instituições judiciárias, eles têm entendido que é preciso verificar se, uma vez dentro dele, esta igualdade se mantém. [...] Marc Galanter (1974) chama a atenção para as assimetrias que se reproduzem, a despeito da aparente neutralidade das regras do jogo, quando em confronto o que denomina “jogadores habituais” (*repeat players*) e “participantes eventuais” (*oneshoters*). Os primeiros correspondem aos que comparecem regularmente em juízo, envolvidos em litígios sempre muito semelhantes. [...] Já os “participantes eventuais” correspondem aos que pouco frequentam os tribunais, em geral pessoas físicas com pouca ou nenhuma experiência com serviços jurídicos”.³⁴

Entretanto, se mesmo devidamente alertada, a parte decidir exercer a capacidade postulatória que lhe foi conferida por lei como uma medida de incremento do acesso à Justiça, tal situação deverá ser resguardada com a concretização da opção da parte, cabendo questionar e investigar qual o papel do juiz de direito enquanto supervisor do sistema dos juizados especiais para o equilíbrio desta relação jurídica processual que já teria nascido naturalmente desequilibrada. E, ainda, se no exercício deste papel, excepcional no sistema jurídico processual até então vigente no Brasil, haveria o comprometimento dos mandamentos essenciais à função jurisdicional e ao próprio devido processo legal, como a imparcialidade e a independência³⁵ do juiz, o resguardo à paridade de armas (contraditório) e equilíbrio da relação jurídico-processual, garantias mínimas de um processo do estado democrático de direito.

Ressalta-se, pois, que o tão só fato de uma ou ambas as partes estarem no processo sem a assistência de um advogado pressupõe que,

a princípio, estarão demandando no Poder Judiciário pessoas sem o conhecimento do direito, seja do processo, do direito material em si ou da própria estrutura judiciária, fazendo com que haja a necessidade de maior “acolhimento” destas pessoas para que alcancem a Justiça.

E nisto reside, portanto, o ponto principal deste trabalho uma vez que se parte da ideia de que não basta apenas que os litigantes alcancem o Poder Judiciário, mas sim como deverá ser a receptividade deste para com aqueles num sistema em que atuarão com capacidade postulatória própria.

Reputo de grande relevância, pois, o questionamento e as soluções respectivas porque, somente assim, estar-se-ia trazendo a efetividade a um acesso à Justiça que muito foi pensado e estruturado para que as causas de menor complexidade econômica não estivessem limitadas ao conceito de litigiosidade contida.

E a efetividade aqui tratada é a que condiz com o pensamento de Olivia Alves Gomes Pessoa, para quem “a efetividade pode ser entendida como a capacidade da justiça de resolver os conflitos que chegam até aquela, a capacidade de apresentar uma resposta ao cidadão que acionou o Judiciário”³⁶.

O avanço a este contexto conduz, necessariamente, ao encontro da temática da efetividade do acesso à justiça elevada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao patamar de não apenas um direito social fundamental, mas também o ponto primordial da moderna processualística, a fim de que o resultado a ser buscado pelas partes seja oriundo de um processo conduzido com paridade de armas:

Embora o acesso efetivo à Justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a condução final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação

e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo.³⁷

Partindo-se dessas premissas, pois, entendo que sem dúvida a primeira concepção para o alcance da Justiça por aqueles que sem os incrementos estariam desprovidos da solução dos seus conflitos sociais de menor complexidade é a existência de um juiz ativo, muito diferente daquele tradicionalmente formal e reservado. Mas o que seria este juiz de direito ativo, com uma postura proativa?

Um juiz de direito proativo e atento às circunstâncias do processo é um profissional observador da existência de uma relação jurídica processual em natural desequilíbrio originário da existência de uma parte, ou mesma de ambas as partes, litigando com capacidade postulatória própria. É, pois, um juiz que atua em prol da efetiva justiça ao caso em concreto, propiciando que as naturais barreiras ao mero debate das questões jurídicas no processo sejam transpostas sem ofensas ao devido processo legal.

O primeiro passo, portanto, deve ser a conscientização desta necessidade de atuação proativa no sistema e no processo, proporcionando que os resultados a serem alcançados sejam originários do debate que as partes puderam trazer ao processo em relação aos fatos e fundamentos jurídicos subjacentes ao pedido. Nesse sentido, ainda, é o pensamento de Cappelletti e Garth:

Nos Estados Unidos, o exagerado sistema de neutralidade judicial tem sofrido críticas consideráveis desde o famoso discurso de Roscoe Pound, em 1906. Atualmente, admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes.³⁸

Nos parâmetros introduzidos pela Lei 9.099/95, pois, o juiz é não apenas o condutor do processo cível instaurado a partir do requerimento da parte, mas também o gestor de todo o sistema criado para enfrentar as causas de menor complexidade e, nesta condição, assume a relevante função de coordenador e supervisor de todos os atores processuais, fazendo, desta forma, chegar a devida assistência ao litigante desprovido.

Trata-se, com relevância, de uma alteração da própria mentalidade de condução do sistema judicial, partindo-se do pressuposto natural e intrínseco de que há uma defasagem natural ao leigo no alcance ao Poder Judiciário, sendo de todo necessário e até esperado um conjunto de atitudes proativas do juiz para superação dos obstáculos à existência da relação jurídica a mais próxima do equilíbrio possível. Esta também é a conclusão de Guilherme Augusto Bittencourt Corrêa:

O Estado admite a propositura e acompanhamento de determinadas espécies de causas sem a assistência de um advogado, como forma de efetivar e ampliar o acesso à justiça. Porém, não se pode compreender esse acesso à justiça como um mero direito de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, um mero direito de petição. Esse acesso à Justiça deve ser amplo, para que as partes que litigam sem a assistência de um advogado também exerçam esse direito de acesso à justiça, que, sobretudo visa garantir um processo justo com uma posterior decisão justa.³⁹

Atento, pois, a toda normativa existente quanto à supervisão do sistema dos juizados especiais cíveis, seja originária do próprio tribunal local, seja do Conselho Nacional de Justiça, deve o juiz togado exercer o treinamento e fiscalização de todas as pessoas que trabalhem no sistema, desde aqueles que estão no setor de triagem inicial e recebem a parte que procura o juizado para apresentação de uma reclamação oral ou escrita, até os servidores e estagiários que estão na secretaria, passando pelos conciliadores e juízes leigos.

Todas essas pessoas que participam do sistema dos juizados especiais devem ser orientadas quanto à abrangência e alcance dos princí-

pios informadores do sistema, ademais do conhecimento específico do rito, sendo capacitadas pelo juiz de direito a estarem disponíveis para assistir às partes desprovidas de advogado a respeito do funcionamento do sistema e do transcorrer do processo, como também dos seus direitos, ademais das consequências para a inércia ou abandono da parte.

Ainda, os participantes do sistema devem ter como ponto primordial de acolhimento das partes a utilização da linguagem que, realmente, possa ser do entendimento das pessoas, independentemente da classe social ou da cultura que possuam. De nada adianta num setor de triagem, ou mesmo na realização de uma audiência, que os responsáveis pelo processo se comuniquem com as partes com o uso de uma linguagem formal ou jurídica que não lhes traga conhecimento do que efetivamente está ocorrendo. É decorrência clara do princípio da oralidade, pois, não só o uso da palavra falada, mas também o uso de linguagem que possa ser da compreensão de todos, o que, inclusive, integra a garantia do acesso à justiça, na perspectiva da acessibilidade linguística.

Não são poucos os casos de pessoas que procuram diretamente o sistema dos juizados, nas pessoas dos seus servidores, especialmente para obtenção de esclarecimentos quanto ao processamento, quanto aos seus deveres e ônus enquanto na condição de parte, quanto à extensão dos seus direitos e, até mesmo, quanto à interpretação de despachos, decisões, atos ordinatórios ou petições da parte adversa.

É uma decorrência prática e importante da oralidade norteadora do próprio sistema, sendo de vital relevância a oitiva das pessoas que procuram o sistema em suas mais diversas questões, trazendo ao processo os seus reais anseios.

Ainda, em caso de qualquer dúvida, deve o juiz supervisor estar de pronto disponível para orientação específica, conduzindo os servidores e atores do processo à prestação do melhor esclarecimento à parte

Ao juiz de direito, portanto, compete a promoção e a indicação de encontros, palestras, cursos e reuniões para capacitação de todas essas pessoas no cenário do sistema dos juizados especiais cíveis

que busca o Judiciário para a efetivação dos seus direitos ou apenas que se contraponha às alegações da outra parte.

O mesmo deve ser aplicado aos conciliadores e juízes leigos, chamados para atuar em colaboração nos processos de competência dos juizados especiais conforme os critérios previstos em lei, mas que devem observar as orientações e entendimentos do juiz supervisor do sistema dentro da esfera de suas atribuições.

Quanto ao juiz leigo, cabe a consideração de que, por ser o responsável muitas vezes pela colheita da prova oral, ele é sem dúvida o que melhor possui condições de extrair as consequências jurídicas advindas das provas produzidas durante a audiência de conciliação, até mesmo para apresentar o projeto de sentença com base na equidade, se for o caso, porque a sua percepção diante da proximidade da prova oral será, muitas vezes, diversa daquele que não a colheu. Mas, ainda neste contexto, a sua liberdade de atuação não é plena e vasta, devendo sempre agir sob a supervisão do juiz togado a quem compete orientar quanto ao seu agir e quanto aos seus deveres de esclarecimentos para com as partes, imbuído, sobretudo, pelos critérios orientadores da informalidade, da simplicidade e da oralidade.

Ao juiz de direito, portanto, compete a promoção e a indicação de encontros, palestras, cursos e reuniões para capacitação de todas essas pessoas no cenário do sistema dos juizados especiais cíveis, orientando a cada qual a importância do papel de esclarecimento às partes que estão no processo sem a assistência de um advogado, porque somente com a compreensão haverá o efetivo acesso à justiça por tais jurisdicionados.

Muito importante, portanto, será o comportamento e a atitude de todos os integrantes do sistema dos juizados especiais, sobretudo no acolhimento da parte desprovida de advogado para que tenha conhecimento do rito e do funcionamento da Justiça, conduzindo a que estes fatores, por si só, não atrapalhem o julgamento ao final e para que o resultado desejado pelo direito material seja alcançado, qual seja, o de uma resposta ao cidadão que buscou o Judiciário para um fim específico. Nestes termos é a conclusão de Olivia Alves Gomes Pessoa em es-

tudo específico quanto ao acesso à Justiça e as audiências nos juizados especiais cíveis do DF:

A aposta de estruturas mais acessíveis como os juizados especiais pressupõem adesão dos atores envolvidos nesta dinâmica, especialmente os/as agentes do poder judiciário (servidores/as e magistrados/as), a um conjunto de novos valores, que orientam a adoção de novas práticas, atitudes e postura. Porém, os atores presentes nos juizados são formados nos mesmos moldes dos atores das instituições tradicionais, logo as premissas, tais como a celeridade e simplicidade são aplicadas quando operacionalizadas por uma cultura jurídica formalista e um cenário de acesso à justiça altamente desigual. Os procedimentos jurídicos e a linguagem técnica específica muito se distanciam da linguagem comum, logo, novas estruturas construídas sob alicerces de velhas estruturas correm o risco de estarem contaminadas com os antigos hábitos.⁴⁰

Já no processo propriamente dito em que litigam a parte ou as partes sem a assistência de advogado, o primeiro cuidado a ser adotado pelo juiz de direito diz respeito ao uso da linguagem em suas decisões ou despachos de mero ordenamento do processo, bem como a correta orientação aos servidores que também atuam no processo para que em todo o ato praticado (atos ordinatórios, certidões, termos de audiências, entre outros) também seja adotada linguagem simples e de fácil compreensão por um leigo na área do direito.

É crucial a adoção de linguagem compatível ao entendimento de qualquer pessoa que não tenha frequentado a faculdade de direito, sendo relevante que ao proferir ou praticar os atos do processo seja objeto de seus pensamentos a seguinte pergunta: será que o receptor da ideia por trás desta decisão, despacho ou simples ato do processo terá condições de entender a mensagem que desejo transmitir, considerando que, muitas vezes, até o entendimento da língua portuguesa pode restar comprometido para este jurisdicionado por questões de ordem cultural, social ou econômica? É neste sentido o ensinamento de Olívia Alves Gomes Pessoa:

O uso abusivo do chamado “juridiquês” – emprego de vocábulos de difícil compreensão a fim de elitizar a linguagem e segregar poder – no discurso jurídico pode trazer consequências irreversíveis à justiça e à sociedade (SANTANA, 2012), uma vez que o cidadão e cidadã que tenha que utilizar o sistema de justiça não compreende o processo e na maioria dos casos não é protagonista neste processo.⁴¹

Na fase postulatória nos juizados especiais cíveis, tratando-se de parte em exercício da capacidade postulatória plena, assume grande relevância o princípio da oralidade, desde a interposição da petição inicial ou da defesa até mesmo no transcorrer dos demais atos do processo. As partes, assim, devem ser chamadas ao processo para esclarecimento do que ocorreu no mundo dos fatos e de suas reais pretensões, sempre que a prática de um ato processual, como o entendimento das peças do processo, a realização das audiências, seja de conciliação ou de instrução, a determinação da produção de provas, dentre outras, restar impossibilitada por ausência de compreensão quanto ao real alcance das pretensões.

Quando do recebimento de um e-mail da parte autora com a respectiva petição inicial, por exemplo, pode o juiz de direito convocar o respectivo autor a comparecer no Fórum e explicar melhor os fatos e as suas pretensões a um servidor que deverá tomar a termo as declarações para serem juntadas ao processo. Se ainda no transcorrer do processo essas explicitações não restarem claras, pode o conciliador ou o juiz leigo, no transcorrer das respectivas audiências que presidir, tomar por termo as declarações da parte propiciando esclarecimentos ao processo, sem prejuízo, é claro, do exercício do contraditório pela parte adversa quando se fizer necessário.

O exercício da oralidade encarado desta maneira permite que o conflito instaurado venha ao processo na forma como ele realmente é, sem que reste dissolvido ou escondido nas palavras muitas vezes não tão precisas das partes, levando o juiz de direito à solução efetiva da lide.

Já na fase instrutória do processo, ademais de verificar quais provas são necessárias ao julgamento do pedido, indicando às partes de forma clara a sua importância ao processo, deve o juiz de direito, sempre que for importante ao real entendimento do conflito, designar a audiência de instrução e julgamento para, ao menos, ouvir as partes, de modo que os fatos possam vir ao processo de maneira mais precisa, sem prejuízo, é claro, da oitiva de testemunhas ou do técnico de confiança do Juízo, quando for necessário ao julgamento.

Neste caso, poderia ser que o processo prescindisse da produção da prova oral para o perfeito julgamento do pedido formulado pelo autor, mas sopesando a condição de partes que estejam no processo no exercício da capacidade postulatória plena, a sua presença em Juízo para esclarecimento dos fatos pode, muitas vezes, conduzir a um julgamento mais justo e realmente próximo de um processo em que há paridade de armas entre os litigantes.

Além disso, considerando que as partes que litigam com a capacidade postulatória própria muitas vezes sequer compreendem as provas que devem produzir, cabe ao juiz de direito, no uso dos seus poderes instrutórios amplos, determinar de ofício a prova documental a ser produzida, determinando que a parte traga aos autos todos os documentos que possuir relativos aos fatos discutidos ou, até mesmo, qual documento em específico seria relevante e necessário ao julgamento do pedido formulado.

Pode-se dizer, inclusive, que o ônus subjetivo da produção probatória resta, neste ponto, comprometido, uma vez que a parte que litiga sem a assistência de advogado muitas vezes não sabe de antemão o que precisa provar no processo, sendo dever do juiz proativo, assim, indicar nos autos quais os documentos seriam essenciais ao julgamento do pedido, inclusive invertendo o ônus da prova nas hipóteses legais, aler-

O juiz condutor e gestor do sistema dos juizados especiais cíveis precisa se conscientizar da necessidade de desenvolver uma postura proativa tanto na condução do processo como no exercício da efetiva supervisão de todos os seus atores

tando, ainda, que a ausência de documento essencial poderá conduzir ao julgamento conforme as regras objetivas do ônus da prova.

Finalmente, na fase executiva do processo nos juizados especiais, nada mais quer a parte vencedora do que a concretização do seu direito, seja aquele reconhecido numa fase de conhecimento, seja numa ação de execução por título extrajudicial. Ou seja, superada a fase de conhecimento, o que pretende a parte exequente, por óbvio, é a concretização de sua pretensão, com a realização da obrigação determinada na sentença ou no acórdão respectivo.

Em sendo assim, e como muitas vezes a parte na condição de exequente desconhece quais medidas executivas poderia solicitar ao Juízo, nada impediria que o juiz de direito decretasse as medidas destinadas à satisfação da obrigação de ofício, respeitando todos os direitos inerentes ao contraditório e à ampla defesa da parte adversa.

Pensar em sentido oposto a isto poderia levar a parte executada a ocupar posição de privilégio diante da parte exequente que, apenas por desconhecer as medidas que poderia requerer no processo para consagração da obrigação constante do título executivo, teria suas pretensões frustradas com a possibilidade, inclusive, de extinção do processo por ausência de localização de bens do devedor.

É possível ao juiz de direito, portanto, determinar a realização de medidas tendentes à satisfação da obrigação de ofício, tal como realizar atos nos sistemas Sisbajud, Renajud ou Infojud, objetivando conhecer da situação patrimonial do devedor e ofertar ao exequente a possibilidade de escolha de quais medidas pretende que sejam realizadas, sem desconsiderar a oferta do contraditório e da ampla defesa sempre que necessário.

Conclusão

Buscou-se, neste estudo, avaliar o papel do juiz de direito no processo de competência dos juizados especiais cíveis, especialmente, nos casos em que a parte litiga sem a assistência de advogado, ou seja, com a capacidade postulatória plena.

Como ponto de partida, o trabalho situou o contexto evolutivo da temática do acesso à Justiça e alguns dos seus principais obstáculos, passando pela previsão legal existente no Brasil para o tratamento no Poder Judiciário das causas de menor complexidade econômica.

Avaliou-se o rito processual sumaríssimo e as possibilidades conferidas às partes neste sistema para incremento do acesso à Justiça, muitas delas em manifesta inovação ao que vinha sendo anteriormente praticado no Brasil.

Como resultado, a conclusão obtida é a de que o juiz condutor e gestor do sistema dos juizados especiais cíveis precisa se conscientizar da necessidade de desenvolver uma postura proativa tanto na condução do processo como no exercício da efetiva supervisão de todos os atores do mesmo, desenvolvendo o comprometimento técnico e institucional dos servidores, estagiários, conciliadores e juízes leigos acerca da preocupação inerente ao “acolhimento” ao Judiciário da parte desprovida de advogado para a resolução dos seus conflitos que, sem este incremento, não sairiam da esfera da litigiosidade contida.

Esta postura e consciência é premissa básica ao equilíbrio das relações jurídicas que nascem naturalmente desequilibradas, justamente porque a lei proporciona a abertura ao Poder Judiciário da presença do “leigo” na área do direito como medida de incremento do acesso à Justiça.

Portanto, para que os ideais preconizados por Cappelletti e Bryant na proposta de um novo enfoque do acesso à Justiça, concretizados no Brasil, principalmente com o advento da Lei 9.099/95, sejam de fato implementados, é essencial que o juiz de direito conduza o sistema dos juizados especiais cíveis de forma proativa, trazendo entendimento, compreensão e paridade de armas aos litigantes e proporcionando, ao final, a solução que melhor correlacione os interesses das partes ao direito material e à Justiça ao caso em concreto.

Notas

1. Beatriz Fruet de Moraes. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduanda em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Juíza de Direito no Paraná há 15 anos. beatrizfruet@hotmail.com.
2. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 3.
3. *Ibidem*, p. 25.
4. *Ibidem.*, p. 3.
5. FULLIN, Carmen Silvia. *Acesso à Justiça: a construção de um problema em mutação*. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219/220.
6. FERRAZ, Leslie Shéri da. *Acesso à Justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 27.
7. CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. *O papel do condutor do processo (juiz togado, juiz leigo e conciliador) no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Curitiba, 2010. 258 f. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná, p.26/27. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/22022>. Acesso em: 15 jun. 2021.
8. *Ibidem*, p. 28-29.
9. “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – Juizados Especiais, providos por juizes 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, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau”.
10. GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecilia Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, p. 152-181, set/dez. 2019, p. 160.
11. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v. 3, p. 317.
12. ASSIS, Araken de. *Execução civil nos Juizados Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v. 3, p. 14.
13. ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 71.
14. PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Audiências no juizado especial cível no Distrito Federal: quem fala com quem?* Brasília, 2016. 110 f. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual de Brasília, p.23/24. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/22331>. Acesso em: 15 jun. 2021.
15. FULLIN, Carmen Silvia. *Op. cit.*, p. 223.

16. O CNJ editou, recentemente, a Recomendação nº 101, de 12/07/2021, que tratou deste tema ao recomendar “(...) aos Tribunais brasileiros a adoção de medidas específicas para o fim de garantir o acesso à Justiça aos excluídos digitais”. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4036>. Acesso em: 11 set. 2021.
17. PACHOAL, Tháís Amoroso. Acesso à justiça, Tecnologia, e o nosso realismo esperançoso de cada dia. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 137.
18. FULLIN, Carmen Silvia. *Op. cit.*, p. 228/229.
19. PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Op. cit.*, p. 35/36.
20. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v. 3, p. 318/319.
21. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública: comentários à Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52.
22. *Ibidem*, p.28.
23. CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Acesso à Justiça? Revista Eletrônica do CEJUR v. 1, n. 3, 2008, p. 92. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16759/11145>. Acesso em: 14 ago. 2021.
24. *Idem*.
25. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 321.
26. ROCHA, Felipe Borring. *Op. cit.*, p. 31.
27. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 333.
28. Sobre o uso desta expressão para a denominação das partes no rito sumaríssimo: “Nomenclatura mais adequada aos padrões do Juizado, já que visam a atender as demandas de pessoas de mais baixa classe social, portanto com a nomenclatura Reclamante e Reclamado, ao invés de Autor e Réu ou Requerente ou Requerido, as pessoas sentem-se mais à vontade e mais familiarizadas com o ambiente do processo”. In: CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Acesso à Justiça? *Revista Eletrônica do CEJUR* v. 1, n. 3, 2008, p.94. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16759/11145>. Acesso em: 14 ago. 2021.
29. Atualmente no Estado do Paraná, todas as ações novas iniciadas devem observar o processo eletrônico (Projudi).
30. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública: comentários à Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009*. *Op. cit.*, p. 108.
31. A Lei nº 9.099/95 destaca em seu art. 55 a desnecessidade do pagamento de “(...) custas, taxas e despesas”, amplificando, pois, o alcance da gratuidade.

32. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Procedimentos Especiais e Juizados Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 4, p. 375.
33. Vide art. 9º, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 9.099/95.
34. FULLIN, Carmen Silvia. *Op. cit.*, p. 224/225.
35. “O que é mínimo e imprescindível para que se possa configurar o devido processo legal? Observação primeira é a de que se cuide de garantia vinculada a processo jurisdicional, isto é, a processo em que é figurante um juiz, com todas as exigências que o fato de ser juiz impõe necessariamente. E eles são, em síntese, a mais estreita possível, a imparcialidade e a independência. Ausente qualquer dessas notas, desnatura-se a condição do juiz, do que resulta o desvirtuamento da garantia do processo. Só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente.” In: PASSOS, J.J. Calmon. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: n. 25, 1982, p. 133.
36. PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Op. cit.*, p. 39.
37. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 6.
38. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 29.
39. CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. *O papel do condutor do processo (juiz togado, juiz leigo e conciliador) no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Curitiba, 2010. 258 f. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná, p. 130. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/22022>. Acesso em: 15 jun. 2021.
40. PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Op. cit.*, p. 92/93.
41. PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Op. cit.*, p. 27.

Referências

- ALVIM, Teresa Arruda; KUKINA, Sérgio Luiz; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; FREIRE, Alexandre (coords.). *O CPC de 2015 visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à Justiça: Relatório Brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, [S.I] v. 6, p. 15-36, jul./dez. 2017.
- ASSIS, Araken de. *Execução civil nos Juizados Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v.3.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- _____. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais da Fazenda Pública comentada artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. *O papel do condutor do processo (juiz togado, juiz leigo e conciliador) no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Curitiba, 2010. 258 f. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/22022>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- _____. Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Acesso à Justiça? *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 3, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16759/11145> Acesso em: 14 ago. 2021.
- DIAGNÓSTICOS sobre os Juizados Especiais Cíveis*. Relatório de pesquisa. Brasília: IPEA, 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Juizados Especiais da Fazenda Pública e Juizados Especiais Federais*. São Paulo: Juspodivm, 2019.
- FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à Justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública: comentários à Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FULLIN, Carmen Silvia. *Acesso à Justiça: a construção de um problema em mutação*. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecilia Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.
- GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre, ABraSD, 2015.
- _____. *Porque “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Ensaios bibliográficos*. Rio de Janeiro, [1986?].
- KORTZBEIN, Angelita Maria Lemos; LIMA, Giovani de; KLUG, Jaidette Farias. Acesso à Justiça no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais – Sua efetividade por meio do processo eletrônico. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/233/138> Acesso em: 15 ago. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v.3.
- PASCHOAL, Thaís Amoroso. Acesso à justiça, Tecnologia, e o nosso realismo esparançoso de cada dia. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- PASSOS, J.J. Calmon. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: n. 25, 1982.

- PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Audiências no juizado especial cível no Distrito Federal: quem fala com quem?* Brasília, 2016. 110 f. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual de Brasília. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/22331>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis: Teoria e Prática*. São Paulo: Atlas, 2019.
- SANTOS, Boaventura de Souza Santos. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, 1986.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 4.

Dados pessoais: tratamento realizado pelo poder público à luz da Lei Geral de Proteção de Dados

Georgia Anastácia Campana Murari¹

Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP)

Isabela Nabas Schiavon²

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Ronaldo de Almeida Barretos³

Pós-graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP)

Resumo: Por meio desse estudo objetiva-se investigar como se dá o tratamento dos dados pessoais dos indivíduos pelo Poder Público, sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados. A problemática da pesquisa tem como base a reflexão sobre os dispositivos legais que autorizam as pessoas jurídicas de direito público a tratarem e compartilharem dados pessoais. Para isso, utiliza-se o método dedutivo e como técnica de pesquisa metodológica, no que se refere à natureza do estudo, adotam-se a descritiva e a exploratória. Por fim, como resultado alcançado, observou-se que a LGPD vislumbra proteger o compartilhamento dos dados pessoais pelo Poder Público, exigindo que ele aconteça em observância ao atendimento da finalidade pública na persecução do interesse público e em respeito ao princípio da finalidade, possibilitando o uso secundário dos dados pessoais desde que a nova finalidade seja compatível com a finalidade original.

Introdução

A FORMA COMO A INFORMAÇÃO é difundida e utilizada na sociedade contemporânea implicou a necessidade de sua regulamentação com vistas à proteção dos dados pessoais. A fim de impedir que aconteçam violações desses dados, e ainda de regulamentar o seu uso, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para tutelar o direito à privacidade dos indivíduos, inclusive no tratamento de dados realizado pelo Poder Público.

A LGPD surgiu então com o intuito nacional de promover segurança jurídica quanto à proteção dos dados pessoais e privacidade no Brasil, regulamentando desde a coleta inicial de tais informações, seu processamento e, por fim, como devem ser arquivadas em cada rol administrativo. A lei é subdividida em dez capítulos, possuindo um capítulo todo direcionado ao poder público.

Em capítulo específico, a lei reafirma no art. 24 os entes de administração direta, como a União, os estados, Distrito Federal, territórios e municípios, e, além disso, declara que para os fins de LGPD as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas às mesmas diretrizes, aduzindo uma lei igualitária.

O poder público na seara da privacidade dos dados pessoais atua na realização do tratamento desses dados sob a ótica de um ato administrativo que possui como pressuposto de validade a observância da finalidade pública, estritamente relacionada ao interesse público, voltado para os objetivos fundamentais do Estado, o que vem a justificar a utilização dessas informações pessoais do indivíduo.

Tais tratamentos possuem uma série de exceções que brevemente serão mencionadas na presente pesquisa. O legislador foi cuidadoso em determinar medidas solucionadoras para a implantação da LGPD nas empresas, e em especial no poder público, citando particularidades para este poder, não se esquivando das normas da administração pública.

Diante dessa conjuntura, tem-se como objeto de estudo o exame do tratamento de dados pessoais pelo poder público, sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados. A problemática da pesquisa fundamenta-

-se em investigar os dispositivos legais permissivos do compartilhamento dos dados pessoais pelo poder público. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A problemática da pesquisa foi desenvolvida em uma perspectiva descritiva e exploratória.

1. Principais aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709), aprovada em agosto de 2018 e vigente a partir de agosto de 2020, tem como principal objetivo a criação de um contexto de segurança jurídica, através da regulamentação padronizada das atividades de proteção de dados, de modo a conceituar e estipular as conjunturas nas quais os dados pessoais podem ser tratados. Ademais, determina os direitos inerentes aos titulares de dados, bem como estabelece normas e práticas, visando promover a proteção aos dados pessoais de cada indivíduo (BRASIL, 2018).

Com a crescente relevância da discussão quanto à segurança de dados, fez-se necessária a criação de legislação com objetivo específico de proteger os direitos fundamentais à liberdade e à privacidade. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) dispõe quanto ao tratamento de dados realizado por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, compreendendo operações executadas através de meios manuais ou digitais (BRASIL, 2018).

A LGPD reflete a estrutura das regulamentações preexistentes acerca da proteção de dados, agregando a matéria em uma legislação específica, de modo a tratar das questões mais relevantes ao ordenamento. Ainda, tem como princípio a boa-fé no tratamento de dados, garantindo que este seja realizado para propósitos legítimos, explícitos e específicos, mantendo o titular informado de maneira precisa e acessível (BRASIL, 2018).

No tocante à proteção de dados pessoais, a LGPD encontra seus fundamentos em seu segundo artigo, sendo estes o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de infor-

mação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor, e, ainda, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I – o respeito à privacidade;

II – a autodeterminação informativa;

III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Tendo em perspectiva os fundamentos elencados, o objetivo central da Lei Geral de Proteção de Dados é garantir que o titular dos dados esteja ciente dos dados que estão sendo acessados e armazenados, de forma a propiciar a segurança e a acessibilidade à qualquer pessoa. A LGPD, em seu art. 6º, dispõe sobre os princípios que norteiam o tratamento de dados, sendo estes a finalidade, a adequação, a necessidade, o livre acesso, a qualidade dos dados, a transparência, a segurança, a prevenção, a não discriminação, a responsabilização e a prestação de contas (BRASIL, 2018).

Na LGPD, o princípio da finalidade se refere ao tratamento para propósitos explícitos, específicos e legítimos, informando ao titular e impossibilitando o tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades, de modo a garantir a boa-fé no tratamento dos dados pessoais de cada titular.

Por sua vez, o princípio da necessidade visa determinar os limites do tratamento ao mínimo necessário para realizar as finalidades, de

forma proporcional e não excessiva. E, conforme a LGPD, o princípio da adequação trata da compatibilidade entre o tratamento e as finalidades das quais o titular foi conscientizado, em acordo com o contexto do tratamento.

O princípio do livre acesso tem como objetivo garantir uma consulta facilitada e gratuita ao titular, quanto ao tratamento e à integridade de seus dados pessoais. Do mesmo modo, o princípio da qualidade dos dados visa garantir ao titular a exatidão, clareza e relevância dos dados, nos moldes da necessidade e da finalidade do tratamento.

Ainda, o princípio da transparência tem como escopo garantir que o titular receba informações claras, acessíveis e precisas quanto ao tratamento, observados os segredos comercial e industrial. O princípio da segurança visa utilizar medidas técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais, impedindo acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas que prejudiquem o tratamento de dados.

O princípio da prevenção trata de adotar medidas de prevenção a ocorrência de danos causados pelo tratamento de dados pessoais, enquanto o princípio da não discriminação impossibilita a realização do tratamento para fins discriminatórios, abusivos ou ilícitos. Ademais, o princípio da responsabilização e da prestação de contas objetiva demonstrar a adoção de medidas eficazes para atestar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados.

Ainda se tratando de aspectos gerais da LGPD, não há dúvidas de que esta necessitou ter sua vigência de modo integral postergada, pelo alto custo para as empresas em um momento fragilizado no ápice da covid-19 no Brasil, exigido pelas várias normativas da lei, que, ao prever a preservação desde recebimento de um dado pessoal até seu arqui-

Ainda se tratando de aspectos gerais da LGPD, não há dúvidas de que esta necessitou ter sua vigência de modo integral postergada, pelo alto custo para as empresas em um momento fragilizado no ápice da covid-19 no Brasil

vamento, aumentou o investimento da empresa no seu departamento de *compliance*.

Compliance pode ser entendido, de acordo com Rachel Sztajn e Reinaldo da Silva (2020), como um conjunto de ações que possuem como objeto o cumprimento de determinadas normas legais, tendo como objetivo evitar inconformidades e, caso não seja possível tal fato, detectar e solucionar os desvios que podem vir a surgir pelo não cumprimento normativo ou pelo indevido seguimento à regra.

Com a vigência da LGPD, as empresas necessitaram se adaptar às novas regras e, em sua maioria, atualizar seus códigos de conduta e até mesmo revisar os procedimentos internos, incluindo as normas de segurança, sendo de suma importância unir o *compliance* com as mudanças que a LGPD trouxe (SZTAJN; SILVA, 2020).

Então, para que houvesse a adaptação das empresas e órgãos públicos às exigências da LGPD, eles deveriam possuir um departamento de *compliance* ativo, pois a partir do início da vigência dessa lei cada uma dessas empresas precisariam, além disso, proteger os dados de seus colaboradores e clientes durante todo o ciclo de vida desses documentos, sendo que, muitas vezes, não há fim estipulado, como por exemplo em relação aos dados da saúde pública, que durante a pandemia do coronavírus teve um aumento em grandes proporções do seu acervo de dados (SZTAJN; SILVA, 2020).

2. O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público na Lei Geral de Proteção de Dados

A proteção de dados pessoais visa a proteção da privacidade, garantida pelo art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, que aduz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

A LGPD, inspirada no regulamento europeu *General Data Protection Regulation* (GDPR), entrou em vigência no país em agosto de 2020, com o propósito de proteger a privacidade e intimidade dos

indivíduos, trazendo maior segurança quanto ao tratamento dos seus dados pessoais, uma vez que na contemporaneidade “a contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações” (RODOTÀ, 2008, p. 113), que passam a ser utilizadas como moeda de troca e mecanismo de poder.

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, o Brasil passou a ter um regulamento específico para o tratamento de dados pessoais, com uma disposição a fim de garantir os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, frisando o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo em seu texto um capítulo que trata exclusivamente do uso das informações pessoais pelo poder público.

Nos termos da LGPD, o tratamento de dados pessoais pode ser feito pelas pessoas jurídicas de direito público, sendo elas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e deverá obrigatoriamente ser realizado observando a finalidade pública e a persecução do interesse público, visando a execução de competências legais ou o cumprimento das atribuições legais do serviço público (BRASIL, 2018). Isso respeitando os seguintes requisitos postos pelos incisos do art. 23:

- I – sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;
- II – (VETADO); e
- III – seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei; e
- IV – (VETADO) (BRASIL, 2018).

Ressalta-se que as empresas públicas e sociedades de economia mista que atuarem em regime de concorrência no mercado serão tratadas da mesma forma que as pessoas jurídicas de direito privado em razão

de serem constituídas não somente por capital público, mas também por capital privado (art. 24, LGPD) (BRASIL, 2018).

No que tange ao compartilhamento de dados, “deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral” (art. 25, LGPD) (BRASIL, 2018).

O compartilhamento dos dados pessoais pelo poder público deve ser realizado atendendo finalidades específicas de execução de políticas públicas que justifiquem a sua disponibilização (TEPEDINO; TEFFÉ, 2019), e com atribuição legal pelos órgãos e entidades públicas, bem como deve respeitar os princípios de proteção dos dados pessoais aduzidos pela LGPD, sendo proibida a transferência de dados pessoais de bases de acesso pelo Poder Público para entidades privadas, salvo nas hipóteses autorizadas na lei (art. 26, LGPD) (BRASIL, 2018).

Ademais, “dados pessoais ou sensíveis não perdem a natureza ou proteção legal pelo fato de integrarem bases de dados públicos” (TASSO, 2019, p. 280). Nos termos do art. 7º, § 7º, da LGPD, o tratamento de dados pessoais em que o acesso é público em razão da finalidade, boa-fé e interesse público que justificam a sua publicização e dispensam o consentimento do titular, poderá ser realizado para novas finalidades, contanto que se observem os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento, devendo os direitos do titular serem preservados e respeitando os fundamentos e princípios da LGPD.

Verifica-se que o poder público também se encontra adstrito ao princípio da finalidade:

A limitação do tratamento vinculado pela finalidade afeta não apenas a manipulação dos dados, mas tem também extensas consequências organizacionais. A finalidade condiciona tanto o uso interno como externo. Seja o usuário um membro da organização ou não, a finalidade específica que legitima a coleta restringe qualquer tratamento adicional. Consequentemente, o governo, em particular, não pode mais ser tratado como uma única unidade informacional, a justificar o livre fluxo de dados entre todas as unidades governa-

mentais. As funções específicas de uma agência e sua relação com a finalidade específica que conduziu à coleta dos dados determinam a possibilidade de acesso à informação, e não apenas o fato de que tal agência faz parte do governo. A estrutura interna do governo, portanto, precisa ser readequada para fazer frente às exigências de separação funcional que inibem as tendências de proliferação (SIMITIS, 1987, p. 741, tradução nossa).

Nesse sentido, na mesma lógica adotada pelo Considerando 50 do GDPR (UNIÃO EUROPEIA, 2018), na LGPD, ainda que seja possível a utilização de dados pessoais de acesso público para novas finalidades, será necessário que possível novo controlador analise os requisitos trazidos acima, pois, uma vez que haja alteração na motivação do uso das informações pessoais ou na sua finalidade, se faz necessário o enquadramento do uso em uma nova base legal autorizada pela LGPD, com o consentimento e a autorização do titular.

A exemplo, quando houver a comunicação ou o uso de modo compartilhado dos dados pessoais, de pessoa jurídica pública à pessoa jurídica de direito privado, isso deverá ser informado à autoridade nacional e dependerá expressamente do consentimento do titular do dado, ou seja, mesmo a administração e o poder público possuindo os referidos dados, apenas em caráter de exceção, nas hipóteses de dispensa de consentimento previstas na LGPD, poderá compartilhar/fornecer informações sem a devida autorização. (art. 27, LGPD) (BRASIL, 2018).

Conforme exposto por Antonio Henrique Albani Siqueira e Bruno Feigelson, em sua obra intitulada *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Lei 13.709/2018* (2019), a aplicação da LGPD não dispensa ou substitui a obediência do poder público aos demais dispositivos legais:

Logo, em espectro amplo, certo é que, ao realizar operações de tratamento de dados pessoais, a Administração Pública permanece vinculada aos axiomas gerais que regem a sua atuação, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência constantes da Constituição Federal e legislação correlata (SIQUEIRA; FEIGELSON, 2019, p. 140).

Neste sentido, se o poder público possui obrigatoriedade no cumprimento de todos os dispositivos legais, ele também deve ser responsabilizado pelo não cumprimento à LGPD. Na visão de Antonio Henrique Albani Siqueira e Bruno Feigelson (2019), os arts. 31 e 32 tratam da responsabilidade que deveria ser atribuída ao poder público, que é ampla.

Contudo, para evitar lacuna legislativa, mais a frente na LGPD, no art. 55-J, IV, é determinado que compete à ANPD (autoridade nacional de proteção de dados pessoais) a fiscalização e aplicação de sanções caso haja descumprimento à LGPD. Esses descumprimentos deverão ser apontados administrativamente, visando o amplo contraditório (BRASIL, 2018).

Considerações finais

Verifica-se que, além da privacidade, a Lei Geral de Proteção de Dados visa salvaguardar o compartilhamento das informações, bem como submetê-lo às finalidades do uso dos dados pessoais.

A finalidade de tratamento de dados pessoais pelo poder público se restringe às hipóteses autorizadas em lei para o atendimento da finalidade pública sob o escopo do interesse público, sendo vedado o compartilhamento de dados para finalidade diversa. Neste sentido, o princípio da finalidade não trata de vedar absolutamente o uso secundário dos dados pessoais, todavia exige que a nova finalidade esteja em conformidade e seja conciliável com a finalidade originária.

Notas

1. Georgia Anastácia Campana Murari. Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Estudante Especial do Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Estado com Ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Assessora de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). E-mail: georgiaanastacia91@hotmail.com.

2. Isabela Nabas Schiavon. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, coordenado pela Professora Doutora Daniela Braga Paiano. Advogada. E-mail: isabelanschiavon@hotmail.com.
3. Ronaldo de Almeida Barretos. Pós-graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP). Especialista em Direito Penal, Processo Penal, Penal Econômico e Criminologia pelo Centro Universitário Filadélfia de Londrina (UNIFIL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Assessor de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) e Professor Universitário de Direito Processual Penal e Direito Tributário no Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Cornélio Procópio/PR. E-mail: ronaldobarretosadv@gmail.com.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.
- BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (2018). *Lei nº 13.709, de agosto de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SIMITIS, Spiros. Reviewing Privacy in an Information Society. *Law Review*, University of Pennsylvania, n. 135, p. 707-746, mar. 1987. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn_law_review. Acesso em: 22 jun. 2021.
- SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani; FEIGELSON, Bruno. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Lei 13.709/2018*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- SZTAJN, Rachel; SILVA, Reinaldo Marques da. “Compliance” e LGPD. *Jornal da USP*, 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/compliance-e-lgpd/>. Acesso em: 28 set. 2021.
- TASSO, Fernando Antônio. Do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados: comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Antônia Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *General Data Protection Regulation*. 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN>. Acesso em: 18 mar. 2021.

O neoliberalismo e seus impactos no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Rafael Velloso Stankevecz¹

Juiz de Direito do TJPR

David Kerber de Aguiar²

Mestrando em Direito

Resumo: Demonstrar as fases através do qual o Estado se fundamentou no decorrer dos séculos, passando do estado liberal para estado do bem-estar social, até chegar ao modelo neoliberal ou ao neoliberalismo, com o resgate de princípios do capitalismo liberal, produzindo reflexos nocivos ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O neoliberalismo, através de suas políticas macroeconômicas, é caracterizado pelo estado *mínimo*, *sobretudo através das privatizações estatais*, deixando de atuar de forma mais efetiva na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Introdução

A HISTÓRIA MOSTRA QUE houve um processo de modificação da atuação do Estado frente ao capitalismo. Durante o Absolutismo, o poder era concentrado nas mãos de um único governante, sendo que o monarca e o Estado não possuíam distinções. Acreditava-se na origem divina do poder, a ponto de Luís XIV dizer a frase *l'Etat c'est moi* (o Estado sou eu).

Posteriormente à Revolução Francesa (1789-1799), sobretudo após a Revolução Industrial (início em 1760), instalou-se o estado liberal ou absenteísta, com uma tendência de diminuição do poder do monarca e reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão. O Estado passou a não interferir na economia, dentro de uma concepção de que o mercado era autorregulável.

Após a primeira guerra mundial (1914-1918) e frente às desigualdades geradas pelo capitalismo liberal, instalou-se o estado social. Os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais) passaram a ser previstos em um novo modelo de constitucionalismo, tendo como pioneiras a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919.

A ideia de neoliberalismo surgiu apenas na década de 1940, como reação às crises econômicas, mas somente após 1970, com a progressiva decadência do socialismo, é que realmente se instalou, resgatando valores do capitalismo liberal.

Nessa evolução histórica, percebe-se que a mudança de modelo econômico guarda estrita conexão com a forma de atuação do Estado. Para tal percepção, é necessário resgatar o conceito do próprio Estado como sendo uma instituição neutra, marcada por elementos ideológicos e correlacionada com forças políticas e sociais, como partidos políticos, movimentos sociais, grupos empresariais, entre outros, com a prevalência da classe dominante no poder (POULANTZAS, 1980).

Conforme lição de Reich, a intervenção do Estado na economia é a forma democrática através da qual se faz prevalecer o interesse público:

O intervencionismo compreende uma estratégia moderna para a imposição do interesse público sobre um sistema econômico capitalista. Descreve a transformação de um “governo das leis” [...] para o moderno Estado do Bem-Estar (Welfare State, Sozialstaat, État Providence) [...] Neste contexto o Direito [...] assume uma função “substantiva”, finalística. Torna-se votado a metas de forma a viabilizar a democracia também na economia, para uma melhor alocação dos recursos, para uma distribuição de renda mais justa, e por uma proteção dos socialmente fracos e discriminados (REICH, 1990, p. 265).

Daí surge a reflexão de que, muito além de controlar a economia, o Estado tem papel fundamental na implementação dos direitos humanos e sociais. Assim, este artigo propõe um estudo sobre a evolução do capitalismo através do estado liberal, estado social, até chegar ao estado neoliberal que conhecemos hoje.

E, a partir de então, demonstraremos os reflexos do neoliberalismo no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da Constituição Federal), sobretudo diante de desastres ecológicos como o rompimento das barragens de rejeitos de Mariana/MG e Brumadinho/MG.

Utilizou-se como metodologia uma pesquisa teórica, exploratória e qualitativa, com foco metodológico crítico propositivo.

1. A mudança do estado liberal para o estado social

O absolutismo monárquico que predominava durante a Idade Média caracterizava-se pela concentração do poder nas mãos do governante. Porém, eclodiram na Europa revoluções para que houvesse a limitação do poder do monarca, em favor do reconhecimento dos direitos individuais. No século 18, no ano de 1789, ocorreu a Revolução Francesa, através da qual houve a ascensão da burguesia, em oposição ao absolutismo que existia até então.

Com o desenvolvimento da Revolução Industrial, houve a superação do modo de produção artesanal pela forma industrial burguesa. Instalou-se, assim, um período de mínima intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais, que caracterizava o estado liberal.

Passou a haver, portanto, um capitalismo concorrencial, sem limitações, visando apenas o lucro, derivado da escola clássica inglesa de Adam Smith, através do seu livro *A Riqueza das Nações*, no qual discorreu sobre um mercado autorregulável, sem intervenção do Estado, algo que chamou de “a mão visível do mercado” (NOVAIS, 2006).

Surgiu, assim, o capitalismo liberal, alavancado pela burguesia industrial, no qual o Estado atuava apenas como garantidor da propriedade privada, sendo mero árbitro de disputas entre particulares. O

Estado acabou reforçando a desigualdade social, pela falta de atuação efetiva na economia (GRAU, 2010, p. 17).

A nova ordem constitucional instalada pelo estado liberal passou a garantir, sobretudo, a liberdade contratual e a propriedade privada, em substituição a um mercado artificial, no qual o Estado atuava para planificar e dirigir as atividades econômicas. A ordem econômica, por sua vez, não era prevista; existia apenas no mundo do ser e não merecia nenhuma interferência do Estado.

O contexto social do século 19 foi marcado por um grande desenvolvimento industrial, graças à produção mecânica, havendo substituição do trabalho braçal por máquinas. O desemprego cresceu de forma abrupta, ainda assim o trabalho humano era necessário para operar as máquinas das fábricas. Porém, o capitalismo sem controle e a busca pelo lucro desenfreado favoreceram a utilização do trabalho infantil, em substituição ao trabalho adulto, em razão da redução dos custos de produção. As jornadas de trabalho eram excessivas e, muitas vezes, insalubres.

Essa forma de capitalismo passou a apresentar imperfeições, marcadas pela falta de uma atuação mais efetiva do Estado. A necessidade de intervenção do Estado no processo econômico ficou cada vez mais evidente, para organizar o mercado e preservar a livre concorrência. O Estado tinha que assumir um papel ativo para defesa dos seres humanos e dos recursos naturais e, também, para melhor responder às crises econômicas e controlar os conflitos sociais, conforme ensina Moreira:

A incapacidade do sistema para responder si às perturbações do aparelho económico provocadas por crises cada vez mais agudas, de absorver os conflitos sociais que se radicalizavam até o ponto de rotura, de responder às novas exigências do progresso técnico, tudo isto obrigou o Estado (...) a procurar disciplinar a economia no seu conjunto (1987, p. 48).

Em reação a isso, começaram a surgir leis na Europa que passaram a proteger, por exemplo, os trabalhadores contra a insalubridade, ou

crianças contra o trabalho infantil. A necessidade de atuação do Estado ficou evidente até para o controle do mercado, com o exercício do poder de polícia, ampliação dos serviços públicos ou para a emissão de moeda através do monopólio estatal.

A reivindicação pelos direitos sociais passou a ficar mais forte ao final da primeira guerra mundial. Até então, o sistema econômico que garantia a propriedade privada parecia inabalável e as potências europeias estavam no auge do seu poder. A desigualdade social estabelecida até o ano de 1914 acentuou-se com a grande guerra.

Ao fim da primeira guerra mundial consagrou-se um Estado tributário e de bem-estar social, através da instituição de um imposto progressivo, cuja alíquota era maior para os que tivessem um patrimônio expressivo (PIKETTY, 2020, p. 494). Surgiram, assim, os estados social-democratas, dando início a um novo tipo

de constitucionalismo. Em 1917, os direitos sociais foram consagrados na Constituição Mexicana, tendência esta seguida pela Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar). No Brasil, somente através da Constituição de 1934 foi seguido este movimento de consagrar direitos sociais.

O centro de gravidade da ordem jurídica econômica foi deslocado do direito privado para o direito público. Estabeleceu-se um período de organização dos trabalhadores em sindicatos e partidos, diferentemente do que acontecia no Estado liberal, em que os trabalhadores ficavam à mercê da vontade da burguesia industrial. No pensamento liberal, a economia estava fora do campo de discussão política (MOREIRA, 1987).

O dirigismo na economia passou a ser a marca dos estados sociais, de forma a tornar o sistema econômico mais humanizado e social. Até os direitos que já eram resguardados pelo estado liberal, como a liberdade e a propriedade, passaram a ser vistos com uma outra concepção:

O dirigismo na economia passou a ser a marca dos estados sociais, de forma a tornar o sistema econômico mais humanizado e social

A prescrição de deveres sociais, não só nas relações com o Estado mas também nas relações (económico-) sociais dos cidadãos, derivaria da vocação de um certo tipo de homem social, de uma exigência de sociabilidade do cidadão, inerentes ao Estado social. No e pelo Estado social os direitos de liberdade económica deixam de ser considerados valores autónomos; passam a considerar-se funções sociais, instrumentos de fins de justiça social, de democracia substancial, etc. Os direitos fundamentais económicos de propriedade e da liberdade de empresa já não seriam direitos individuais, ao serviço de um interesse pessoal; passariam a ser diretamente funções do bem comum (MOREIRA, 1987, p. 135).

O norte do estado social, também chamado de estado do bem-estar social ou *welfare state*, passou a ser a busca pela justiça social e igualdade substancial, garantindo-se a dignidade da pessoa humana através de um mínimo existencial.

2. Estado social e sua transformação em neoliberal

Com o surgimento do constitucionalismo social, o Estado passou a ter uma conduta ativa diante da ordem económica e a garantir os direitos de segunda geração, complementares aos direitos fundamentais, buscando diminuir as desigualdades sociais existentes até então.

Contudo, logo após a grande crise económica de 1929, o estado social passou a sofrer críticas, em razão do excessivo assistencialismo e altos gastos em demandas sociais. Começou, assim, a surgir a ideia de diminuir o tamanho do Estado, através das privatizações. Logo, o neoliberalismo já nasceu como ideologia em 1940, através da teoria de Friedrich August von Hayek, um dos maiores representantes da Escola Austríaca de pensamento económico, que inaugurou o pensamento neoliberal através do conceito de estado mínimo.

O pensamento neoliberal surgiu, também, como reação à excessiva intervenção do Estado que, para assegurar a justiça social, passou a agir no campo social e económico, colocando em perigo a liberdade individual. Neste sentido é a lição de Di Pietro:

Verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços (2017, p. 12).

Entretanto, o neoliberalismo não prevaleceu de imediato, após o surgimento da ideia com os representantes da escola austríaca de pensamento econômico. Isso porque, depois da segunda guerra mundial, a União Soviética gozava de forte prestígio moral, pois teve papel fundamental na derrota do nazismo na Europa. Além disso, o socialismo soviético era o único movimento político e ideológico que era contra o racismo e o colonialismo.

No entanto, esse prestígio moral da União Soviética passou a desaparecer gradativamente, a partir de 1970, porque as descolonizações terminaram e, também, porque os direitos cívicos foram estendidos, na sua totalidade, aos negros americanos.

Para Piketty (2020, p. 505) todos os valores que traziam deferência à União Soviética foram introduzidos, também, nos países capitalistas. Começou, assim, o declínio da União Soviética e abriu-se caminho para a expansão de um capitalismo mais liberal, através da globalização, ainda durante os anos 1970, conforme explicação de Anderson:

A chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as ideias neoliberais passaram a ganhar terreno. As raízes da crise, afirmavam Hayek e seus companheiros, estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais (1995, p. 9).

Durante a mencionada crise econômica, o ideal neoliberal ganhou espaço, propondo a diminuição de gastos do Estado e focando na desigualdade como valor positivo, por ser resultado da livre concorrência do mercado. Basicamente, os estados neoliberais propuseram a privatização de empresas estatais, desburocratização dos meios de produção e redução da atuação do Estado a um mínimo (Estado mínimo). Houve, assim, a retomada do crescimento econômico e o progresso tecnológico e industrial tornou a globalização inevitável, internacionalizando o capitalismo através das empresas multinacionais.

A noção de globalização superou a usual abordagem do comércio entre países. Criou-se um ambiente de integração entre eles, através do livre acesso a mercados, compreendendo produtos, serviços, logística, tecnologia e informação, trazendo reflexos nos processos de produção. Isso porque um produto passou a ser produzido em diferentes países, com o fracionamento do processo produtivo em diferentes etapas (STELZER e OLIVEIRA, 2020, p. 3).

Com a globalização, as políticas tornaram-se macroeconômicas, e o neoliberalismo assentou-se na década de 1990, em que houve o aumento das privatizações de empresas estatais e diminuição de políticas sociais. O neoliberalismo é assim descrito por Bourdieu:

A mundialização dos mercados financeiros, junto com o progresso das técnicas de informação garante uma mobilidade sem precedentes dos capitais e oferece aos investidores (ou acionistas) zelosos de seus interesses imediatos, ou melhor, da rentabilidade a curto prazo de seus investimentos, a possibilidade de comparar a todo momento a rentabilidade das maiores empresas e de sancionar, conseqüentemente, os fracassos pontuais. As próprias empresas, defrontando-se com tal ameaça permanente, devem se ajustar de modo cada vez mais rápido às exigências dos mercados; e devem fazê-lo sob pena de “perder, como se diz, a confiança dos mercados”, e com isso o apoio dos acionistas. Esses últimos, preocupados em obter uma rentabilidade a curto prazo, são cada vez mais capazes de impor sua vontade aos *managers*, de fixar-lhe normas, através das diretorias financeiras, e de orientar suas políticas em matéria de

contratação, emprego e salário. Assim se instaura o reino absoluto da flexibilidade com os recrutamentos por intermédio de contratos de duração determinada ou as interinidades e os “planos sociais” de treinamento (1998, p. 138).

O neoliberalismo, porém, manifesta-se como estado mínimo apenas no campo social, porém muito forte em políticas de repressão.

3. Neoliberalismo no Brasil

Seguindo inicialmente as diretrizes do estado social, a Constituição brasileira de 1988 adotou como objetivo do Estado a promoção do bem-estar da população. A liberdade é princípio constitucional fundamental, mas somente pode ser exercida no interesse da justiça social, priorizando-se o trabalho humano, em detrimento aos demais valores da economia de mercado.

A Constituição de 1988 adotou, também, um regime de mercado organizado, no qual o Estado apenas deve atuar para garantir a livre concorrência, evitando monopólios e abusos do poder econômico, o que poderia causar o aumento arbitrário de lucros.

No campo do meio ambiente, o art. 225 da Constituição Federal passou a prever 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*. Ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser direito de todos, além de ser dever do Estado preservá-lo.

No entanto, seguindo-se um Programa Nacional de Desestatização – PND, a partir de 1995 foram feitas diversas emendas constitucionais para implantação de uma economia globalizada neoliberalizante. Passou a ser permitida a exploração de minerais e potenciais de energia hidráulica por empresas de capital estrangeiro. Houve, também, o fim do monopólio estatal da exploração do petróleo. Como consequência, deu-se a privatização da Companhia Vale do Rio Doce, no ano de 1997.

Diversos setores políticos e sociais passaram a fazer duríssimas críticas a estas emendas constitucionais, falando-se até em agressão à soberania nacional pela ambição econômica de grupos multinacionais. Essa é a opinião de Bandeira de Mello:

Na área que nos interessa, a jurídica, no Brasil foram necessárias alterações legislativas e até mesmo constitucionais para que se oferecesse o máximo de suporte a esta penetração de interesses internacionais. Assim no governo que precedeu ao do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foram procedidas agressões duríssimas ao espírito norteador da Constituição no que se refere à defesa da soberania e dos interesses nacionais contra ambições econômicas de grupos multinacionais (2018, p. 1135).

Enfim, trata-se de crítica pouco produtiva para uma discussão acadêmica sobre o princípio da soberania, pois revela forte carga ideológica, uma vez que a manifestação dessa opinião segue uma dicotomia de Estado *versus* mercado, sem que possa concluir se as reformas constitucionais ofendem ou não os interesses nacionais.

Todavia, parece claro que a implantação da política neoliberal trouxe consequências nocivas ao Brasil, sobretudo pela privatização de serviços sociais, aumento das desigualdades e transformação do Estado em mero gestor de políticas, suprimindo a discussão popular.

Analisando o neoliberalismo nos países latinos, Gallardo (2014) explica que a política neoliberal promove a exclusão econômica e socio-política dos menos favorecidos e a fragilização dos movimentos sociais e populares. Torna-se um obstáculo à garantia dos direitos humanos e ao exercício da cidadania.

4. Reflexos do neoliberalismo no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O rompimento das barragens de rejeito de Mariana/MG (2015) e Brumadinho/MG (2019) demonstrou a falha do Estado em garan-

tir a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal). O desastre ecológico em Mariana/MG, inclusive, é considerado o maior já ocorrido no mundo envolvendo empresas de mineração.

Vale lembrar que o art. 170, inciso VI, da Constituição Federal consagrou como princípio da ordem econômica a *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*.

Vê-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado se trata de direito fundamental, necessário para a conservação da diversidade biológica e a criação de áreas de proteção ambiental, faz surgir a necessidade de estudo de impacto ambiental (EIA) para a realização de atividades que possam causar degradação ambiental, além da tornar essencial a efetiva proteção da flora e da fauna. Deve-se trabalhar para evitar os riscos futuros, através da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução.

Portanto, não pode o Estado simplesmente garantir a exploração da atividade econômica, sendo dever seu também garantir a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e tudo o que assegure isso. O próprio art. 225, § 1º, da Constituição Federal prevê a forma como isso dever ser feito:

- I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Em relação à atividade mineradora, o § 2º ainda dispõe que *aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei*. A atividade mineradora, por natureza, é prejudicial ao meio ambiente. Quando as empresas mineradoras são privatizadas, através de um Programa Nacional de Desestatização – PND, deve-se garantir que a empresa estatal não vai ser entregue para a iniciativa privada sem a preocupação com o desenvolvimento sustentável. Vale lembrar que os desastres ambientais citados tiveram como uma das causas a construção e utilização inadequadas das barragens de rejeitos.

A dinâmica predatória da atividade da mineração gera, inclusive, impacto social nas comunidades próximas. Neste sentido:

A dinâmica predatória que essa atividade impõe ao meio ambiente e às comunidades do seu entorno tende a provocar a perda das bases de reprodução socioeconômica dos grupos que vivem e trabalham nos locais onde os empreendimentos são instalados, comumente passando a se tornar dependentes, então, de uma única atividade: a mineração (WANDERLEY, MANSUR, PINTO, 2016, p. 40).

O sistema capitalista e o modelo econômico neoliberal favorecem o declínio do meio ambiente, sobretudo pelo esgotamento dos recursos naturais e, também, pela degradação ambiental que poderá levar longos prazos para sua total recomposição. Não se defende, com isso, o fim do modo de produção capitalista ou mesmo o fim do modelo neoliberal;

porém, deve ser garantido pelo Estado brasileiro o desenvolvimento sustentável. Ainda haveria o crescimento econômico mas com o uso racional da matéria-prima.

Nos casos de rompimento das barragens de rejeitos das mineradoras, tais reservatórios foram construídos para armazenar resíduos resultantes do beneficiamento do minério de ferro. A capacidade da barragem foi aumentada, gradativamente, além do que foi projetada para sustentar, através de elevação feita com o próprio rejeito, utilizando-se uma das técnicas mais baratas para aumentar a vida útil da barragem: o alteamento. Falhou-se na prevenção, na precaução e no exercício do poder de polícia pelo Estado (FERREIRA e FIORILLO, 2020, p. 6).

O rompimento da barragem de Mariana/MG (2015) provocou o soterramento de cidades inteiras e propriedades rurais. Mais de 1.200 pessoas ficaram desabrigadas por conta do impacto decorrente do rompimento da barragem de rejeitos. Além disso, houve uma série de consequências a longo prazo para o meio ambiente, considerando a destruição da paisagem, a qual foi coberta totalmente pela lama. O rio Doce foi assoreado por lama contaminada de resíduos de mineração, em prejuízo à fauna aquática e terrestre. A poluição chegou a contaminar o mar na foz do rio.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado somente será garantido através de ações do Poder Público que conciliem a preservação ambiental e o crescimento econômico, através da noção de desenvolvimento sustentável. Esta é a lição de Sirvinkas:

No dizer de Moacir Gadotti, o “desenvolvimento sustentável deve ser economicamente factível, ecologicamente apropriado, socialmente justo e culturalmente equitativo, sem discriminação”, e a ecopedagogia, por sua vez, deve defender a “valorização da diversidade cultural, a garantia para a manifestação das minorias étnicas, religiosas, políticas e sexuais, a democratização da informação e a redução do tempo de trabalho para que todas as pessoas possam participar dos bens culturais da humanidade. A ecopedagogia, portanto, é também uma pedagogia da educação multicultural. Por essa razão é que se faz necessário lutar pelo desenvolvimento sus-

tentável, procurando incentivar o crescimento econômico de maneira racional para atingir a tão propalada justiça social (art. 193 da CF) (2018, p. 74).

E a conciliação do crescimento econômico com a preservação ambiental, através do desenvolvimento sustentável, somente pode ser dar com o fortalecimento e incentivo à adoção de boas práticas socioambientais, nas empresas que atuam economicamente explorando atividades que gerem riscos ao meio ambiente.

Considerações finais

Através de um resgate histórico, demonstrou-se que a intervenção do Estado na economia é a forma democrática pela qual se faz prevalecer o interesse público. A modificação do modelo de capitalismo, através do estado liberal, estado social, até chegar ao estado neoliberal que conhecemos hoje, foi decorrência da forma de atuação do Estado na economia, sobretudo em relação à implementação dos direitos humanos e sociais.

A preocupação com o meio ambiente foi marcante na Constituição brasileira de 1988, que passou a prever o dever do Estado de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém, como consequência do neoliberalismo foi adotado um Programa Nacional de Desestatização – PND e diversas empresas públicas foram privatizadas, passando o Estado a ser mero gestor de políticas públicas.

Como forma de evitar desastres ambientais e garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se buscar um desenvolvimento sustentável, assegurando-se o crescimento econômico das empresas privadas, mas também buscando-se o uso racional da matéria-prima, bem como o respeito à legislação ambiental, em total harmonia.

A busca deste desenvolvimento sustentável somente pode ocorrer através do incentivo à adoção de boas práticas socioambientais, nas empresas que atuam economicamente explorando atividades que gerem riscos ao meio ambiente, conciliando o crescimento econômico e o respeito à preservação ambiental.

O neoliberalismo, através de suas políticas macroeconômicas, é caracterizado pelo estado mínimo, sobretudo através das privatizações estatais, deixando de atuar de forma mais efetiva na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Caminhando ao lado do Poder Público na proteção do meio ambiente, deve a sociedade atuar de forma mais efetiva em medidas preventivas a possíveis danos ambientais. Registre-se que esta solidariedade entre o Poder Público e a coletividade está prevista no próprio ordenamento jurídico constitucional.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, previsto na Constituição Federal, o qual não pode deixar de ser observado pelo Poder Público e sociedade, em prol da efetivação de uma política neoliberal e progresso industrial sem controle.

Enfim, conclui-se com uma reflexão de Hanna Arendt (2000, p. 10), em sua obra “A Condição Humana”:

A Terra é a própria quintessência da condição humana e, ao que sabemos, sua natureza pode ser singular no universo, a única capaz de oferecer aos seres humanos um hábitat no qual eles podem mover-se e respirar sem esforço nem artifício. O mundo – artifício humano – separa a existência do homem de todo ambiente meramente animal; mas a vida, em si, permanece fora desse mundo artificial, e através da vida o homem permanece ligado a todos os outros organismos vivos (2000, p. 10).

Notas

1. Rafael Velloso Stankevecz. Mestrando em Direito (UNICURITIBA). Especialista em Direitos do Homem pela Faculdade de Direito de Coimbra e em Direito Prático Aplicado pela EMAP. Juiz de Direito do TJPR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3706-9373>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3748788985326776>. E-mail: stankevecz@outlook.com.
2. David Kerber de Aguiar. Mestrando em Direito (UNICURITIBA). Especialista em Direito do Estado (UNIRITTER), Direito Civil (UNIRITTER) e Ciências Penais (ANHANGUERA-UNIDERP). Promotor de Justiça MPPR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0276-232X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9990733110457262>. E-mail: davikerber@gmail.com.

Referências

- ANDERSON, Perry et al. *Balanço do neoliberalismo. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.
- BOURDIEU, P. Contrafogos. *Táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública*, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Responsabilidade ambiental das empresas de mineração e suas obrigações em face da política nacional de segurança de barragens. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 57, p. 466 - 491, fev. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3783>>. Acesso em: 26. set.2020.
- GALLARDO, Hélio. *Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos*. Tradução Patrícia Fernandes, 1a. ed., São Paulo: Ed. Unesp, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed., Coimbra: Lisboa: Caminho, 1987.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedinas, 2006.
- PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. 1a. ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder e o socialismo*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.
- REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexos Sobre a Pós-modernidade na Teoria Jurídica). Tradução de: AGUILLAR, Fernando Herren. *Revista de Direito Público*, n. 94, ano 23, abr./jun.1990.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.
- STELZER, Joana; SOUZA, Silvano Denega; OLIVEIRA, Adrielle Betina I.; Cadeias Globais de Valor (CGV): a fragmentação do processo produtivo conforme a organização mundial do comércio. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 57, p. 399-421, fev. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3779>>. Acesso em: 27.set. 2020.
- WANDERLEY, Luiz Jardim; MANSUR, Máira Sertã; PINTO, Raquel Gioffoni. *Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição / organizadores: Bruno Milanez e Cristiana Losekann* – Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016.

EM DESTAQUE



O acesso à justiça como direito fundamental: a desjudicialização para a consecução dos direitos humanos

Anderson Ricardo Fogaça¹

Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

José Laurindo de Souza Netto²

Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Letícia de Andrade Porto³

Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná

Adriane Garcel⁴

Assessora Jurídica do TJPR

Resumo: O grande número de ações judiciais que ingressam no âmbito dos poderes judiciários estaduais brasileiros é motivo de questionamento quanto à efetiva prestação jurisdicional. Em virtude do perecimento dos direitos materiais o Brasil foi condenado diversas vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objeto da pesquisa repousa na premente necessidade de fornecer aos jurisdicionados um caminho distinto, através de uma releitura do direito fundamental de acesso à justiça para englobar o aspecto da desjudicialização. O método de pesquisa adotado é o dialético, realizado através de análise bibliográfica e de dados fornecidos pelo CNJ.

Introdução

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

É premente a necessidade da *'desjudicialização'* de casos outrora litigiosos, que podem encontrar solução efetiva e célere pela via extrajudicial. O objetivo deste trabalho consubstancia-se na verificação do acesso à justiça e sua relação com a possibilidade da desjudicialização de algumas demandas, principalmente as decorrentes de direito civil entre pessoas físicas, como os litígios envolvendo o direito de família. Isso porque “o juiz não pode ser visto como a primeira opção para os litigantes, mas, sim, como a última” (CADIET, 2015, p. 52; FOGAÇA, 2020, p. 100).

Como forma de alcançar nosso objetivo, a metodologia utilizada perpassa análises das condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em decorrência da morosidade da tramitação dos processos judiciais, em consonância com o direito humano de acesso à justiça e a tutela efetiva e célere dos direitos das vítimas. O Brasil, como signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, submeteu-se à jurisdição da Corte IDH, figurando em casos apreciados pelo órgão judicial. A morosidade da tramitação processual no Poder Judiciário brasileiro, na atualidade, constitui verdadeiro óbice ao acesso efetivo à justiça e à prestação da tutela jurisdicional adequada, podendo, inclusive, caracterizar uma violação ao direito fundamental disposto no art. 5, inciso XXXIV, da Constituição Federal de 1988. De igual modo, a proteção judicial, disposta no art. 25 da Convenção Americana, tutela o recurso efetivo e rápido de qualquer pessoa perante os juízes e tribunais competentes, contra atos que violem seus direitos fundamentais, sejam eles resguar-

dados pela Constituição ou pela Convenção Americana. Também serão analisados dados promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça, dados de 2020, sobre a morosidade judicial e o acesso à justiça brasileira, em suas várias instâncias.

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

A justificativa da pesquisa repousa na necessidade de repensar a prestação da tutela jurisdicional através do acesso à justiça por outras vias, céleres e efetivas, por meio de autocomposição ou serventias extrajudiciais. Os dados analisados, provenientes do Relatório Justiça em Números, promovidos pelo CNJ em 2020, apontam para o esgotamento da via tradicional de resolução de litígios. O futuro do Poder Judiciário deve ser pautado pela efetividade, evitando que a morosidade processual se torne uma violação aos direitos humanos e uma limitação ao acesso à justiça. Dessa forma, busca-se um novo horizonte ao Poder Judiciário brasileiro, de forma a tornar a via judicial a *ultima ratio* para resolução dos conflitos.

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

1. As condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em face da demora da prestação jurisdicional nacional

Os direitos humanos merecem destaque nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, firmada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948. A nível regional, foi criada a Organização dos Estados Americanos

(OEA), também em 1948, para integrar as 35 nações do continente americano, dentre as quais o Brasil (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2021; CAMBI, PORTO, 2019-a).

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

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁵ e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão responsável por processar e julgar os Estados-parte da CADH por violações de direitos de cidadãos que tenham sofrido qualquer violação de seus direitos no âmbito da jurisdição de um dos Estados-partes da Convenção Americana – CADH (MAZZUOLI, 2015, p. 48-49).

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

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

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

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

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

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

Até o início de 2021, o Brasil já havia sido condenado dez vezes pela Corte IDH, em questões envolvendo violência resultante de movimentos de reforma agrária⁶, trabalho escravo e servidão por dívidas⁷, tratamento desumano em relação à saúde de pessoas vulneráveis/deficientes⁸, desaparecimento forçado de pessoas durante operações militares na década de 1970⁹ e mortes no período ditatorial brasileiro (de 1964 a 1985)¹⁰, violência policial^{11 12}, demarcação de terras indígenas¹³ e, mais recentemente, omissão estatal decorrente da ausência de fiscalização em uma fábrica de fogos, o que resultou em sua explosão e morte de diversos trabalhadores e crianças¹⁴.

Ao lançar um olhar apurado nas condenações sofridas, é comum, infelizmente, a constatação da demora na prestação jurisdicional bra-

Ao sujeitar-se à
jurisdição da Corte
IDH, e nos termos
do denominado
*bloco de
constitucionalidade*,
o país amplia o
rol de direitos
fundamentais e o
espaço de diálogo
com a comunidade
internacional

sileira, o que obsta à vítima, ou aos seus familiares, de alcançarem seus direitos e reparações. Em consonância com os casos julgados pela Corte IDH, a CADH determina a possibilidade de acesso aos tribunais em face de atos que violem qualquer direito fundamental previsto constitucionalmente, pela lei ou pela própria Convenção, mesmo que advenham de autoridades no exercício de suas funções¹⁵. De maneira semelhante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos impõe ao sistema de justiça a proteção contra atos que violem qualquer direito fundamental¹⁶.

O artigo 8 da CADH estabelece as garantias judiciais necessárias à existência do devido processo legal, no qual se inclui o acesso à justiça a partir do dever do Estado em garantir direitos observando um prazo razoável, vedando “qualquer medida interna que imponha custos ou dificulte o acesso de indivíduos ao sistema de Justiça” (LOPES, AMADO, GONZÁLEZ, RÉBORA, 2021). De forma semelhante, o artigo 25 da Convenção Americana estipula a proteção judicial, qual seja “a obrigação estatal de oferecer um recurso efetivo [...] contra quaisquer atos violatórios de direitos fundamentais” (LOPES et al, 2021, p. 31-32).

Um caso emblemático, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006, no qual o Brasil foi condenado, versava sobre a situação desumana e degradante vivida pela vítima – Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental –, em razão de sua internação em um hospital psiquiátrico privado que operava no âmbito do Sistema Único de Saúde, em Sobral/CE. A situação de vulnerabilidade da vítima, decorrente da deficiência mental, agravou a situação, tendo sofrido sucessivos golpes e ataques contra sua integridade pessoal, o que resultou na sua morte três dias após a internação. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua sentença, reiterou que

os Estados devem levar em conta que os grupos de indivíduos que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, tais como as pessoas em condição de extrema pobreza, as crianças e adolescentes em situação de risco e as populações indígenas, enfrentam um aumento do risco de padecer de deficiências mentais, como era o caso do senhor Damião Ximenes Lopes. É direto e significativo o

vínculo existente entre a deficiência, por um lado, e a pobreza e a exclusão social, por outro. Entre as medidas positivas a cargo dos Estados encontram-se, pelas razões expostas, as necessárias para evitar todas as formas de deficiência que possam ser prevenidas e estender às pessoas que padeçam de deficiências mentais o tratamento preferencial apropriado a sua condição (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006)¹⁷.

Em seu voto apartado, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade considerou que o direito de acesso à justiça deve ser reconhecido como um direito à pronta prestação jurisdicional, garantia que não restou perfectibilizada no caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. A denúncia foi apresentada pelo representante do Ministério Público estadual em 27 de março de 2000, sendo que, passados mais de quatro anos do oferecimento da peça inicial, não havia sido emitida a sentença na primeira instância¹⁸.

Na sentença condenatória exarada pela Corte IDH, foram reconhecidas as violações aos direitos à vida e à integridade pessoal de Damião Ximenes Lopes, além dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1¹⁹ e 25.1²⁰ da Convenção Americana. Como forma de reparação, a Corte IDH solicitou que o Estado garanta, em um prazo razoável, a investigação e o prosseguimento processual interno, a fim de sancionar os responsáveis pelo caso (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

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

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

217. Quanto à celeridade do processo, este Tribunal salientou que o “prazo razoável” a que se refere o artigo 8.1 da Convenção deve ser apreciado em relação à duração total do procedimento que se desenvolve até que se profira a sentença definitiva. O direito de acesso à justiça implica em que a solução da controvérsia se dê em tempo razoável, já que uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais.

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

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

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

Por outra senda, em tempos de pandemia de covid-19, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos regulamentou a Resolução 04/2020, que fixa diretrizes quanto ao tratamento digno dispensado às pessoas infectadas pelo vírus. Em seu parágrafo 47, dita que o acesso à justiça, nesse contexto, deve ser garantido em relação às denúncias que envolvam violação de direitos humanos das pessoas com covid-19, devendo observar a celeridade e diligência de modo a proteger os direitos dos indivíduos infectados (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020)²¹.

A nível global, a Organização das Nações Unidas tem buscado inserir a resolução extrajudicial nas demandas criminais, o que deu origem à Resolução 2.002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, que regulamentou princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal (PARANÁ, 2012).

Não se olvide que o número de ingresso de ações no Poder Judiciário brasileiro é elevado, conforme se depreende dos dados provenientes do Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números – 2020. A taxa de congestionamento²², em média, dos tribunais estaduais, gira em torno de 71%. Como forma de resolver os litígios pendentes de solução, o CNJ tem incentivado a promoção de acordos por meio de conciliação (BRASIL, 2020). A Resolução CNJ 125/2010 criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), em respeito ao direito ao acesso à justiça e à celeridade processual.

Em cumprimento ao disposto pelo CNJ, foram criados vários Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania pelo Brasil, com destaque para os três tribunais estaduais que comportam o maior número: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com 231 centros, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com 166 centros e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde figuram 135 Centros Judiciários de Solução de Conflitos na Justiça Estadual (BRASIL, 2020).

Sobre esse ponto, é interessante lançar um olhar sobre uma iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que busca assegurar a celeridade processual e o acesso à justiça aos cidadãos. A fim de garantir o fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde por parte do estado ou do município, no Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça, por meio da 2ª Vice-Presidência (Gestão 2019/2020), celebrou termo de cooperação para que a Defensoria Pública e o Ministério Público promovam o chamamento do ente público pelo sistema pré-processual

O acesso à
justiça constitui
importante
mecanismo de
efetivação de
direitos dentro do
estado democrático
de direito

do CEJUSC, evitando, com isso, o ajuizamento da demanda. Primeiro, convida-se o responsável pelo medicamento ou tratamento para uma audiência no CEJUSC, a qual é conduzida por um mediador judicial devidamente capacitado com as técnicas de mediação e conciliação. Obtida a transação, o juiz coordenador do CEJUSC homologa o acordo pré-processual. Caso seja negativa, a Defensoria Pública ou Ministério Público avaliará se deve ingressar ou não com a demanda judicial. Com isso, o cidadão tem seu conflito resolvido no menor tempo possível, pelo próprio Poder Judiciário, concretizando-se um acesso à justiça célere, justo e efetivo (FOGAÇA, 2020, p. 106).

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

O acesso à justiça constitui importante mecanismo de efetivação de direitos dentro do estado democrático de direito. A democracia se justifica na tutela dos direitos fundamentais intrínsecos ao bem-estar social.

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

2. O acesso à justiça como direito fundamental e a desjudicialização como solução

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

Em consonância com o exposto, a Agenda Global 2030 da Organização das Nações Unidas estabeleceu o compromisso assumido por vários países – incluído o Brasil –, no que concerne ao cumprimento de 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável no mundo até 2030. A Agenda foi recepcionada pelo Poder Judiciário brasileiro, que se compromete com a persecução dos objetivos e metas relacionadas aos direitos humanos. Dentre eles, destaca-se o Objetivo 16, que busca “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (BRASIL, 2020, p. 253).

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

A desjudicialização vem sendo utilizada nesse contexto, sendo considerada uma forma de acesso à justiça e que pode ser resolvida fora do ambiente judicial, pelos próprios indivíduos, fato que, para Mônica Bonetti Couto e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, é definido como uma “transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais”, reduzindo-se a taxa de congestionamento de processos (COUTO, CRUZ, 2017, p. 405-425; FOGAÇA, 2020, p. 101).

Nesse norte, a desjudicialização abarca não apenas interesses quantitativos, mas também econômicos e de gestão. Isso porque um menor número de litígios tem sentido de economia para o orçamento do Estado (CADIET, p. 41; FOGAÇA, 2020, p. 101).

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

mora seria cúmplice da impunidade (GRINNOVER, 1999; FOGAÇA, 2020, p. 103).

O acesso à justiça é classicamente delineado a partir de três dimensões básicas. A primeira se refere à própria procura por assistência jurídica, propiciando o ingresso daquelas pessoas menos favorecidas ao Poder Judiciário para que façam valer seus direitos individuais. A segunda das dimensões, por sua vez, se conecta à luta pela salvaguarda de direitos difusos e coletivos. A terceira dimensão, por fim, adota um ponto de vista mais amplo, pois, além de incluir os aspectos das noções anteriores, avança para debater as formas de acesso à justiça. A criação de órgãos especializados e a institucionalização de formas socialmente adequadas de resolução de litígios, alheias à tradicional heterocomposição da lide por um terceiro imparcial (Estado-juiz), estão calcadas, justamente, nessa última dimensão (FELTEN, 2014, p. 30-41).

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

Deve-se considerar também o uso predatório do sistema de justiça pelos réus, que aproveitam a morosidade que eles próprios causam para obter vantagens. Isso ocorre com mais intensidade nos litígios de massa, envolvendo os grandes prestadores de serviços públicos, instituições financeiras e entes públicos.

Cada processo em trâmite, no Brasil, tem um valor muito elevado. Se considerarmos que o Poder Judiciário, em todas suas esferas de competência, segundo dados do Justiça em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça, teve um total de despesa, em 2019, de cerca de 100,2 bilhões de reais, equivalente a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, e que 2019 foi finalizado com 77,1 milhões de processos em trâmite, conclui-se que cada processo, do mais simples ao mais

complexo, custa, em média, R\$ 1.299,61 por ano, valor gasto na manutenção de sua estrutura física, de tecnologia e de recurso humano (BRASIL, 2020).

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

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

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

Aqui, podem ser citadas outras formas de acesso à justiça sem a necessidade de ingresso premente na esfera judicial, como a possibilidade de reconhecimento de paternidade perante o Registro Civil. O Provimento 16, de 17 de fevereiro de 2012, do CNJ, busca facilitar o reconhecimento espontâneo de paternidade e a indicação dos supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida perante o registro civil (BRASIL, 2012).

Deve-se considerar também o uso predatório do sistema de justiça pelos réus, que aproveitam a morosidade que eles próprios causam para obter vantagens

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes inovações almejando a celeridade processual e a desjudicialização, como a previsão do divórcio consensual, separação consensual e a extinção consensual de união estável, mediante escritura pública, prescindindo de homologação judicial, em não havendo nascituro ou filhos incapazes²³. Da mesma forma, a ação de divisão e demarcação de terras particulares, prevista nos artigos 569 a 573 do Código de Processo Civil – CPC, pode ser realizada por escritura pública quando todos os interessados forem maiores, capazes e concordes²⁴. Também, proceder-se-á à lavratura de escritura pública de inventário e partilha quando todos os interessados forem capazes e concordes, limitando-se o inventário judicial quando o testamento ou os interessados forem incapazes, conforme disciplina o artigo 610 do CPC.

Em se falando da prestação de uma tutela rápida e eficaz, não se olvida da premente necessidade de sua realização em casos de violência doméstica. Cabe mencionar as alterações previstas na Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que dizem respeito à celeridade processual no que tange à mulher vítima de violência doméstica, e que se encontra em situação de risco atual ou iminente. O delegado de polícia e o policial podem determinar o afastamento do agressor do lar e da convivência com a vítima, de maneira a conceder rapidez e garantir a segurança da ofendida²⁵. Sabe-se que nesses casos cada minuto é precioso e a espera pela decisão judicial concedente de medida protetiva pode significar consequências graves para a ofendida. Ademais, a espera pela decisão judicial poderia inibir a vítima de procurar a autoridade policial, em função da sua exposição ao agressor.

Conforme leciona Nucci (2019),

teve a referida lei a cautela de prever a comunicação da medida ao juiz, no prazo máximo de 24 horas, decidindo em igual prazo, para manter ou revogar a medida, cientificando o Ministério Público. Nota-se a ideia de preservar a *reserva de jurisdição*, conferindo à autoridade judicial a última palavra, tal como se faz quando o magistrado avalia o auto de prisão em flagrante (lavrado pelo delegado

de polícia). Construiu-se, por meio de lei, uma hipótese administrativa de concessão de medida protetiva – tal como se fez com a lavratura do auto de prisão em flagrante (e quanto ao relaxamento do flagrante pelo delegado). Não se retira do juiz a palavra final. Antecipa-se medida provisória de urgência (como se faz no caso do flagrante: qualquer um pode prender quem esteja cometendo um crime).

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

Conclusão

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

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

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

Os benefícios da desjudicialização das demandas litigiosas são facilmente vislumbrados, como a celeridade e a economia processual, a efetiva prestação da tutela (extra)judicial, o intercâmbio instantâneo e os baixos custos de monitoramento

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

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

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

Todavia, a aderência a meios alternativos de solução de conflitos ainda se encontra aquém do esperado, de forma que ocorre “uma lenta transformação da sociedade brasileira, no sentido de criar a cultura do consenso e da cooperação na composição das disputas, aceitando-se um polissêmico conceito de justiça” (DELDUQUE, CASTRO, 2015, p. 511).

Os benefícios da desjudicialização das demandas litigiosas são facilmente vislumbrados, como a celeridade e a economia processual, a efetiva prestação da tutela (extra)judicial, o intercâmbio instantâneo e

os baixos custos de monitoramento. Tais características evitam o ingresso da ação no âmbito judiciário, com o propósito de desobstruir um lento sistema que, frequentemente, gera frustrações às partes litigantes.

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

Evita-se, assim, que as demandas alcancem o Sistema Regional de Direitos Humanos em razão da morosidade processual interna, impedindo novas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela ausência de prestação jurisdicional efetiva. A Justiça resolutiva limita o acesso genérico e, em algumas situações, descabido ao Poder Judiciário, conferindo-se, assim, o mais amplo e efetivo acesso à justiça aos que dela necessitam.

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

Notas

1. Anderson Ricardo Fogaça. Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná.
2. José Laurindo de Souza Netto. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR.

3. Letícia de Andrade Porto. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Bacharel em Direito e em Relações Internacionais. E-mail: leticia.porto21@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7625-6139> / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4957444327036996>
4. Adriane Garcel. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público – UNIVERSIDADE POSITIVO. Assessora Jurídica do TJPR.
5. Dentre as atribuições da CIDH, estão: i) receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos (arts. 44 a 51 da CADH); ii) observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando considerar conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico; iii) realizar visitas *in loco* aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular; tais podem resultar na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembléia Geral; iii) estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América (v.g., pela publicação de estudos sobre temas específicos como a situação dos direitos humanos das mulheres, dos imigrantes e dos povos indígenas; iv) realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários e organizações não governamentais para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos; v) fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos; vi) requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes, bem como solicitar que a Corte IDH requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte; vii) remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios; viii) solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Quem é a CIDH*. Disponível em: <http://https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em 06 fev. 2021).
6. *Caso Escher e Outros Vs. Brasil*. Sentença de 6 de julho de 2009; *Caso Garibaldi Vs Brasil*. Sentença de 23 de setembro de 2009.
7. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentença de 20 de outubro de 2016.
8. *Caso Ximenes Lopes Versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006.
9. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.

10. *Caso Herzog e outros Vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018.
11. *Caso Nogueira de Carvalho e Outro Versus Brasil*. Sentença de 28 de Novembro de 2006.
12. *Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.
13. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018.
14. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*. Sentença de 15 de julho de 2020.
15. “Art. 25. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Acesso em: 11 fev. 2021. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.
16. “Artigo VIII – Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Acesso em: 11 fev. 2021. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.
17. Neste ponto, é interessante lançar um olhar sobre o voto apartado do Juiz Cançado Trindade: “40. As obrigações de proteção, – ainda mais em uma situação de alta vulnerabilidade da vítima como a presente, – revestem-se de caráter *erga omnes* (par. 85), abarcando também as relações interindividuais, tendo presente o dever do Estado de prevenção e de devida diligência, sobretudo em relação a pessoas que se encontram sobre seus cuidados. A saúde pública é um bem público, não uma mercadoria. Em meus numerosos escritos e Votos no seio desta Corte, venho expressando há tantos anos meu entendimento no sentido de que todas as obrigações convencionais de proteção revestem-se de um caráter *erga omnes*. É-me particularmente difícil escapar da impressão que me assalta no sentido de que em todo esse tempo talvez tenha eu escrito e continue escrevendo para os pássaros...” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Op.cit).
18. “24. O direito de acesso à justiça *lato sensu* pressupõe o entendimento de que se trata de direito à pronta prestação jurisdicional. Sua fiel observância não se constatou no presente caso *Ximenes Lopes*, como se depreende claramente dos próprios fatos. Por exemplo, aos 27.03.2000 o representante do Ministério Público apresentou denúncia criminal na Comarca de Sobral contra quatro pessoas supostamente incursas nas penas do Código Penal brasileiro (artigo 136(2)) por crime de maus-tratos resultando na morte da vítima (Sr. Damião Ximenes

Lopes). Dois meses depois, os promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria Geral de Justiça manifestava ao Promotor de Justiça que atuava na causa que a ampliação da denúncia constituía uma “imposição institucional e legal”; pese ao anterior, foi somente aos 22.09.2003 que, ao apresentar suas alegações finais, a Promotoria ampliou a denúncia para incluir a duas outras pessoas.

25. A morosidade na tramitação tão só do aditamento da denúncia se prolongou ainda mais, porquanto somente aos 17.06.2004 o Juiz de Direito da Comarca de Sobral o recebeu. [...] Naquele momento, o processo penal no *cas d'espèce* completava mais de 4 anos e 2 meses sem que tivesse sido emitida sequer a sentença de primeira instância”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. *Op. cit.*

19. “Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos.

20. “Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos.

21. “45. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas con COVID-19 deben asegurarse recursos dirigidos a investigar de manera seria, oportuna y diligente las afectaciones a sus derechos, que incluyen irregularidades en el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación médica recibida, atención médica en instituciones sin la debida habilitación o no aptas en razón de su infraestructura o higiene, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades. [...] 47. Los procesos relacionados con denuncias de afectaciones a los derechos de las personas con COVID-19 así como la ejecución de las sanciones deben ser decididos en un plazo razonable. Cuando lo que se encuentra en juego en el proceso judicial es de crucial importancia para salvaguardar los derechos de la persona afectada, los Estados deben actuar con celeridad y diligencia excepcional, aun cuando este tipo de casos pueda significar cierto nivel de complejidad”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolución 4/20 – Derechos Humanos de las personas con Covid-19*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf> Acesso em: 8 mar. 2021.

22. “A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram repressados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números - 2020*. Acesso em: 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>
23. “Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.
§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras». BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015.
24. “Art. 571. A demarcação e a divisão poderão ser realizadas por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordes todos os interessados, observando-se, no que couber, os dispositivos deste Capítulo”. BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015.
25. “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 manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente”. BRASIL. *LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. *Justiça em números – 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 12 fev. 2021.

- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Provimento nº 16 de 17/02/2012. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_16_17022012_26102012172402.pdf Acesso em: 12 fev. 2021.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015.
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.
- CADIET, Loïc. *La desjudicialización*: informe introductorio. In: *Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel Ediciones, 2015.
- CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais* [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.1002, abr. 2019-a.
- _____; _____. *O Ministério Público Resolutivo e a proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019-b.
- _____; _____. FACHIN, Melina Girardi. *A (in) convencionalidade da prisão diante do não recolhimento do ICMS*. In.: NORONHA, João Otávio de. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (Org.). *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- _____; _____. *Proteção dos Direitos Humanos e a Nova Lei de Abuso de Autoridade*. In.: CAMBI, Eduardo. ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Abuso de Autoridade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 4/20 – Derechos Humanos de las personas con Covid-19. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf> Acesso em: 8 mar. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. *Sentença de 4 de julho de 2006* (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*. *Sentença de 15 de Julho de 2020* (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf Acesso em: 15 fev. 2021.

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e Outros vs. Brasil*. Sentença de 6 de julho de 2009. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Garibaldi vs Brasil*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Acesso em: 15 fev. 2021. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Nogueira de Carvalho e Outro Versus Brasil*. Sentença de 28 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Orgs.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- COUTO, Mônica Bonetti; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Desjudicialização e novo Código de Processo Civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro*. Revista de Processo, v. 271, p. 405-425, set. 2017.
- DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. *Revista Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>. Acesso em 15 fev. 2021.
- FELTEN, Márcia Silvana. O exaurimento do modelo jurisdicional: ponderações sobre um diagnóstico possível. In: SPENGLER, Fabiana Marion. COPELLI, Giancarlo Montagner. JAQUES, Marcelo Dias. *O sistema de justiça e suas instituições: ensaios à luz dos direitos humanos e democracia*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014.

- FOGAÇA, Anderson Ricardo. *Judicialização da saúde: novas respostas para velhos problemas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Internacional – UNINTER. Curitiba, 2020.
- GUILHERME, Gustavo Calixto; SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. *I Encontro Virtual do CONPEDI – Formas consensuais de conflitos I*. 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/f0s5rb7q/51mO2H7cAqQraYT7.pdf>
- GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.
- _____. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019. p. 30 e ss.
- GRINNOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- KFOURI NETO, Miguel; GARCEL, Adriane. SOUZA NETTO, José Laurindo de. O direito de acesso a tribunal, à mediação e à arbitragem na Convenção Americana de Direitos Humanos. *Revista Direito Ufms*. Campo Grande, MS, v. 5, n. 2, p. 207-225, jul. / dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9677>
- LOPES, Daniel Lozoya Constant; AMADO, Fábio. GONZÁLEZ, Pedro; RÉBORA, Fabian. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da jurisprudência interamericana. *Cadernos Estratégicos – Análise Estratégica dos Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39103.pdf> Acesso em: 12 fev. 2021
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.
- MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- NETTO, José Laurindo de Souza; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Mecanismos Extrajudiciais do Direito à Saúde sob a Perspectiva do Teorema de Coase. *Revista Internacional CONSINTER de Direito*. Publicação Oficial do Conselho Internaional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação, Ano VI, n. XI, 2º sem. 2020. Curitiba: Juruá. ISSN: 2183-6396 DOI: 10.19135/revista.consinter.00011.18. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-xi/capitulo-02-direito-publico/mecanismos-extrajudiciais-do-direito-a-saude-sob-a-perspectiva-do-teorema-de-coase/>
- _____; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane. COCHRAN III, Augustus Bonner. O Processo Civil Constitucional e os efeitos do princípio da cooperação na resolução de conflitos. *Revista Jurídica – UNICURITIBA* ISSN: 2316-753X v. 2, n. 59, 2020. 576-600 Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4411>.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo*. 18 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo> Acesso em: 12 fev. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. São José da Costa Rica.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Quem somos*. 2021. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em 10 fev. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Quem é a CIDH*. 2021. Disponível em: <http://https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em 06 fev. 2021.
- PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. *Resolução 2002/12 da ONU – PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL*. Disponível em: https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf Acesso em: 15 fev. 2021.
- WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) Processos Coletivos e outros Estudos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

ALÉM DO DIREITO

O filho da louca

Anita Zippin¹

Advogada, jornalista, presidente da Academia de Letras José de Alencar e membro do Observatório da Cultura do Paraná

*“Tragam-me sempre dificuldades.
As boas notícias me enfraquecem.”*
(Dálio Zippin)

Estava eu a me formar em direito pela Universidade Federal do Paraná, turma de 1974, quando meu irmão Sérgio, que tinha o primeiro escritório de advocacia na comarca de Dois Vizinhos, sudoeste do Estado, convidou-me e ao meu marido (também colega de turma, Marco Antonio Monteiro) para irmos advogar no interior.

Foi uma grande experiência!

Ao lado das causas jurídicas, em que eu me dedicava à conciliação de casais e adoção, sem saber que seria a minha meta mais tarde no Tribunal de Justiça como assessora jurídica por mais de 30 anos, também coordenávamos campanhas políticas. E não há de ver que o José Ramuski Júnior foi eleito prefeito, pelas nossas mãos? A minha função, em especial, era escrever seus pronunciamentos. E, ao tomar posse, ele me chamou ao seu lado e disse:

– Dra. Anita, a senhora será a minha secretária de saúde!

Eu, advogada, nem pensar! Ao menos no primeiro instante. Depois, a ideia do pioneirismo, de ser a primeira secretária de saúde, tendo em vista que este cargo não existia antes, começou a me cativar, no auge dos meus 21 anos.

E lá fui eu tomar posse, colocando em minha equipe médicos bons da região. Eu me dava bem com o renomado médico Kit Abdala, de Francisco Beltrão. Se algum caso os meus companheiros em dois hos-

pitais não pudessem resolver, Kit reservaria um leito em sua grande clínica, tudo de graça, pela amizade que sempre nos uniu. Também, em Pato Branco, lá estava o bom Alceni Guerra, mais tarde ministro da saúde.

E das histórias de minha gestão, a mais forte foi a que dá título a este texto: *O filho da louca*. Contarei!

Naquele município de apenas dez mil habitantes, tinha a Olívia, moça até que bonita, mas totalmente fora do juízo: adorava dormir na praça, comer sentada na calçada. Cidade de gente boa, sempre lhe ofereciam cama, banho, roupas, comida etc. Mas ela gostava era da rua. Eu sabia daquela cidadã e quase sempre parava o carro para conversar com ela, que ficava a olhar o céu, meio que a não entender meu diálogo, ou melhor, monólogo.

Fomos vendo Olívia mais gordinha, sempre ao redor da igreja a apreciar aquela praça, como se ali fosse seu paraíso. E um dia ela aceitou entrar no meu carro e ir comigo ao hospital de um dos médicos da equipe. Sim, ela estava grávida!

A cidade inteira se comoveu, todos querendo levá-la para casa. Mas ela queria ficar ali. Contam que foi um professor quem se aproveitou da nossa querida amiga, que já conversava com as estrelas, enquanto nós ainda tínhamos os pés no chão. Talvez ela fosse mais feliz.

Num sábado, dia em que eu não trabalhava, tocou o telefone:

– Doutora Anita, a Olívia está para ter nenê na praça.

Fui rapidamente ao encontro dela e, quando cheguei, Olívia estava deitada em cobertores limpos, dormindo. A criança se encontrava toda protegida por moradores que já tinham até enxoval para o menino que ali veio ao mundo.

Devagar, fui passando meus dedos nos cabelos dela, e com voz amena disse que a gente iria ver os médicos amigos, naquele carro em que ela adorava passear.

E fomos ao hospital do Gazalle, médico muito bom, onde Marcos Gertzenstein, de família amiga também de Curitiba a examinou, recebeu alguns medicamentos e deu alta.

Tentei colocar Olívia numa pousada e ela, como estava sob o efeito de remédios, aceitou. Nem se lembrava da criança que tinha parido.

Quando resolvi o problema da mãe, fui ver o filho, que chamei desde logo de Paulinho. Tinha um papel nas mãos da pessoa que segurava a criança. Era uma lista de casais bons, gente de bem que queria adotar o filho da Olívia.

Já era tarde quando fui conversar com o juiz e o promotor que, mesmo num sábado, puderam me atender no Fórum.

Contei o ocorrido e o que eu tinha pensado, pedindo orientação jurídica. Minha preocupação naquela hora era total para a criança. Eu disse na reunião que jamais gostaria de saber que o belo menino nascido em Dois Vizinhos seria para toda a vida conhecido como “O Filho da Louca”.

No estrito cumprimento do dever legal, já na rodoviária, um carro do juizado de menores me aguardava

Eu propus trazê-lo a Curitiba, onde no juizado de menores, atual juizado da infância e da juventude, poderia ter uma adoção, sem que o Paulinho ficasse marcado

para sempre.

Eles fizeram algumas ligações, creio que até com o Poder Judiciário, e eu tive carta branca para trazer o filho da Olívia e tentar uma adoção na Capital.

Só um detalhe! Como levar o menino? Não era caso de ambulância. Carro oficial de minha Secretaria de Saúde não fazia grandes viagens, sempre pela contenção de despesas. O jeito foi esta escritora pensar como mãe, como amiga da Olívia, como madrinha do belo menino.

E vim eu de mala e cuia, ou melhor, de sacola e chupeta, no ônibus simples, da Cattani, de lá a Curitiba, passando por diversas cidades, tudo de noite, até às 6 h da manhã. E o menino, nos meus braços, enroladinho. Vez que outra, eu trocava a fralda, dava chá ou até mamadeira.

Se eu tive vontade de adotar? Curioso leitor, com certeza! Até hoje me imagino um pouco mãe e madrinha desta história de amor ao próximo.

Mas, no estrito cumprimento do dever legal, já na rodoviária, um carro do juizado de menores me aguardava. E fomos para lá, onde a

assistente social que marcou época, Jane Prestes, o juiz e o promotor cuidaram com rapidez do destino de Paulinho.

Se contaram aos novos pais que o menino era filho de uma moça doente mental que perambulava pelas ruas? Acredito que não. Foi um pedido meu: por favor, se puderem, preservem este detalhe.

E assim, o nosso Paulinho hoje está formado, constituiu uma família linda e dá aula em universidade na Europa. Venceu na vida.

Eu, à distância, acompanhei os passos, sem ser notada.

Agora aqui escrevo para contar como é importante a adoção. E também a adoção internacional que tanto coordenei, através da Comissão Judiciária de Adoção, junto à Corregedoria de Justiça. A CEJA foi criada pelo Dr. Moacir Guimarães, tendo como apoiadores fiéis Dr. Tufi Maron, desembargadores Jorge Andriguetto e Henrique Lenz Cesar, além do atuante procurador de justiça Olimpio de Sá Sotto Maior. Estes são os pais da adoção internacional, hoje no Estatuto da Criança e do Adolescente. E eu... único membro honorário da CEJA. Que orgulho!

Uma advogada ser secretária de saúde? Parece estranho! Mas, se tivesse mais vidas, em todas aceitaria o convite, em especial por conduzir o destino de um menino, cidadão que conseguiu viver acima do bem e do mal. Que jamais foi chamado de “o filho da louca” e hoje tem a mãe a cuidar de seus passos onde ela sempre quis estar: nas estrelas.

Nota

1. Anita Zippin, advogada. Jornalista, presidente da Academia de Letras José de Alencar e membro do Observatório da Cultura do Paraná.

APOIO INSTITUCIONAL



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
— MAGISTRADOS —
— DO PARANÁ —

